

La responsabilidad cambiaria derivada de la letra perjudicada

(Observaciones críticas sobre la «acción de enriquecimiento»)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: 1. *Planteamiento del problema.* 2. *Directivas interpretativas a seguir.* 3. *Hipótesis a verificar.*—II. LA LEGITIMACION PASIVA DEL ENDOSANTE Y LA CUESTION DEL ARTICULO 525 DEL CODIGO DE COMERCIO: 4. *Introducción a un precepto confuso.* 5. *La pretendida incongruencia del artículo 525: sus antecedentes en el Code de Commerce.* 6. *El «error de recepción»: del artículo XVII de la Ordonnance touchant le commerce a nuestro Código de Comercio vigente.* 7 (sigue). *Precisiones críticas al respecto.* 8. *Primera conclusión: la necesidad de matizar la «visión hipercrítica».* 9. *El problema de la legitimación pasiva del endosante en los primeros ordenamientos cambiarios germánicos.* 10. *La solución de la Wechselordnung y de las legislaciones cambiarias contemporáneas.* 11. *Referencia al Anteproyecto español de ley cambiaria y del cheque de 1980.* 12. *Las soluciones doctrinales de la cuestión: a) La tesis negativa.* 13. *b) La tesis de la valuta.* 14. *c) La tesis de la provisión.* 15. *Punto de vista a defender: el enriquecimiento depende de la relación subyacente que en cada caso haya motivado la asunción de responsabilidad cambiaria.* 16. *El supuesto del librador.* 17. *El caso del aceptante.* 18. *Las hipótesis de enriquecimiento del endosante: criterios directivos para su averiguación.* 19. *Referencia a los «supuestos de hecho literales» del artículo 525.* 20. *Conclusión: el endosante puede resultar emisor del título (y, por tanto, «enriquecido») cuando el librador firma de favor.* 21. *Propuesta: hacia una teoría del enriquecimiento basada en la insolvencia anterior y pública de los obligados cambiarios precedentes.* 22. *Superación de las últimas objeciones a nuestra tesis.*—III. NATURALEZA JURIDICA DE LA «ACCION DE ENRIQUECIMIENTO» SANCIONADA POR EL DERECHO CAMBIARIO: 23. *Introducción al problema y trascendencia práctica de su solución.* 24. *Exposición y crítica de las teorías extracambiarias.* 25. *La teoría cambiaria de la «acción residual» de la pretensión cartular originaria: crítica metodológica.* 26. *Teoría de la supervivencia de la acción cambiaria de regreso. Verificación de su consistencia desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo.* 27. *Conclusión.*

I

1. Uno de los más delicados asuntos que presenta nuestro Derecho cambiario es el concerniente a la determinación de la naturaleza jurídica e identificación de los sujetos pasivos de la «acción de enriquecimiento». En nuestra tradición, con formulaciones más o menos explícitas y más o menos acabadas, tales cuestiones se han venido resolviendo a través de la llamada *teoría de la provisión*, a cuyo tenor la pretensión debería tener una naturaleza de Derecho común (por fundarse en una relación extracartular) y podría dirigirse contra aquellos sujetos que se encontrasen provistos (es decir, el librado o el librador que no hubiese cumplido su obligación de provisión), con independencia de que fuesen o no obligados cambiarios. Este planteamiento, que se desprende una *primera* lectura de los preceptos del Código, y muy particularmente del artículo 460, es también el que parece encajar mejor con la herencia cambiaria francesa, de la que, al parecer, somos los más directos seguidores. Con el paso del tiempo, sin embargo, semejante explicación ha quedado un poco envejecida, al menos desde dos puntos de vista: desde el punto de vista dogmático, porque resulta incapaz de dar cuenta correcta de algunos fenómenos que el mismo Código de Comercio prevé [por ejemplo, la exclusión *ex* artículo 456 del ordenador del círculo de legitimados pasivos, siendo así que es él el obligado a hacer la provisión (1)], y desde el punto de vista de su función equilibradora, porque no está en condiciones de evitar ciertos «enriquecimientos» (muy frecuentes en las letras financieras) que encuentran su razón de ser fuera de la provisión (sirva de ejemplo el supuesto de una letra de favor en la que el endosante sea el verdadero creador del título). Por estas razones —que no son más que simples botones de muestra de disfunciones de fondo de la teoría clásica— entendemos que es necesario efectuar una *segunda* lectura del Código de Comercio; una lectura que sea más actual y que al mismo tiempo esté en condiciones de explicar en rigurosos términos dogmáticos la cara oculta de nuestros textos legales. La teoría de la provisión, es cierto, sirve para explicar —y muy eficazmente— bastantes fenómenos; pero tal vez existan tras ella otras posibilidades de entendimiento, un poco más sofisticadas quizá, que además de resolver los problemas «clásicos», nos ayuden a solucionar los propios de nuestro tiempo.

(1) De esta incongruencia, por ejemplo, cobra razón RUBIO, el autor quizá que mejor ha perfilado en nuestra literatura la «teoría de la provisión», quien, sin embargo, únicamente la constata sin esforzarse por salvarla; cfr. J. RUBIO: *Derecho cambiario*, Madrid, 1973, págs. 213-214.

2. Las cuestiones que nos disponemos a abordar, tal como han quedado enunciadas, encuentran su marco de discusión —como de todos es bien conocido— alrededor de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye al perjuicio, decadencia o caducidad de la letra (2). No es éste el momento oportuno de bucear en la historia ni de rastrear analíticamente en los sistemas que ofrece el Derecho comparado; pero incluso el más superficial de los exámenes nos muestra que todos los ordenamientos jurídicos aparecen guiados por el loable intento de asegurar un cierto equilibrio entre el interés de los obligados cartáceos a la seguridad y certeza de las operaciones cambiarias (fielmente representado en el nuestro por el artículo 1.170 del Código Civil, a cuyo tenor el perjuicio del título produce los efectos del pago) y el interés del tenedor de la letra a no empobrecerse por una simple negligencia «burocrática» (expresado en aseveraciones del tipo *nemo cum damno alterius potest fieri locupletior*) (3); al objeto de establecer cierto equilibrio entre estos intereses contrapuestos todos los ordenamientos han ideado un expediente que, aun conduciéndose por itinerarios diversos —las que podemos denominar «vía alemana» y «vía francesa»—, aspira a cubrir una misma finalidad práctica: *evitar el enriquecimiento patrimonial «definitivo» de cualquiera de los sujetos intervinientes o relacionados con la letra de cambio* (4). Nuestro Código de Comercio no es ajeno a esta preocupación y compone un remedio específico en el «conjunto normativo» definido por los artículos 460, 515 y 525, que, como tal, debe ser interpretado *conjuntamente*, y partiendo siempre de un axioma bien afirmado en nuestra cultura jurídica, a tenor del cual el legislador, en principio, no es redundante. El sistema que se deduce de esos preceptos parece (sólo a primera vista, según tendremos ocasión de constatar) que debe adscribirse al ejemplo francés, aunque a la hora de su reconstrucción (o interpretación), siendo confuso y oscuro —*in claris non fit interpretatio*—, entiendo que, más que obsesionarnos

(2) Tres términos éstos que utilizaremos como sinónimos frente al concepto de prescripción.

(3) Cfr., por todos, K. EINERT: *Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im 19. Jahrhundert*, Leipzig, 1839 (reimpresión Darmstadt, 1969), página 248.

(4) Con arreglo a la «vía alemana», el tenedor negligente pierde la acción de regreso contra el librador y los endosantes, pero conserva contra estos últimos o, por lo menos, contra el librador una acción de enriquecimiento (cambiaría o no —es discutible—, pero distinta a la acción de regreso); es la auténtica *Wechselbereicherungsklage*. Según la «vía francesa», el portador negligente conserva la acción de regreso contra el librador hasta tanto éste no logre probar la existencia de la provisión, y (es dudoso) contra los endosantes que se hallen «al descubierto». Remito a G. CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, Padova, 1970, págs. 3 y sigs. y 63 y sigs., y la síntesis de las págs. 127-129, para una minuciosa y documentada reconstrucción de la historia y el Derecho comparado relativos al problema.

por su filiación gala, debemos atender a su «finalidad práctica», según ésta ha quedado subrayada.

Y es ésta la directiva interpretativa a la que deseamos sujetar la elaboración de nuestra propuesta, porque, entre otras razones, es ella la única que nos permitirá hacer explícita la *mens legis* (si es que esta fórmula de la tradición quiere decir algo). Nuestro ordenamiento positivo, en este sentido, nos ofrece, además de las directivas hermenéuticas de primer grado, «normas de procedimiento» y «normas de preferencia» interpretativa que en ningún caso pueden ser obviadas. Y atendiendo a este último tipo de normas, el inciso final del artículo 3 del Código Civil es muy claro: en él se da la máxima autoridad, en caso de conflicto, a la interpretación finalista e incluso a la funcional (5). Por consiguiente, la revisión que ofrecemos deberá en todo momento ampararse en esa directiva —«evitar el enriquecimiento definitivo»—, que por ser *ratio legis* (y sobre ello ninguna duda existe en nuestra literatura), es vinculante para el intérprete.

3. Planteado el problema y explicadas las directivas que deben guiar la investigación, sólo nos queda, dentro de este apartado preliminar, enunciar las hipótesis que nos proponemos verificar en el curso del trabajo; tales, en síntesis extrema, son las tres siguientes:

- a) *La «acción de enriquecimiento» es, en nuestro ordenamiento positivo, la misma acción cambiaria que no decae respecto del «enriquecido».* Descartamos, pues, la naturaleza civil o común de esta pretensión (6).
- b) *El criterio de identificación del enriquecido, respecto del cual no decae la acción cambiaria, no puede ser —como viene manteniéndose por la generalidad de los autores— la provisión (o, al menos, no siempre y de manera exclusiva). Fundamentalmente, habrá que examinar la relación subyacente que en cada caso constituye el motivo de la asunción de la responsabilidad cam-*

(5) Sobre estas cuestiones generales y en el sentido de nuestros propósitos, véase el iluminante ensayo de J. WROBLEWSKI: «L'interprétation en Droit: théorie et idéologie», en *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, págs. 51-69.

(6) Por razones convencionales y de comodidad utilizaremos la fórmula «acción de enriquecimiento» para aludir al fenómeno de la perduración de la responsabilidad (¿cambiaria?) una vez perjudicado el título. Con ello no queremos prejuzgar nada, y en concreto no pretendemos afirmar la existencia en nuestro Derecho de una verdadera *Wechselbereicherungsanspruch*, de lo que tampoco debe inferirse que propugnemos una total asimilación de nuestro sistema al instaurado en 1807 por el *Code de Commerce*. Más bien nuestra hipótesis —que esperamos poder corroborar— es que el legislador español de 1885 ha consagrado un sistema mixto, con «cuerpo francés» y «alma alemana».

biaria (en la mayoría de las ocasiones, pues, será la valuta quien determinará el personaje que ha experimentado el enriquecimiento).

- c) *En rigor, legitimados pasivos de esta pretensión únicamente pueden serlo los obligados cambiarios «enriquecidos».* Es decir, el librador, el *aceptante* y los endosantes. Quedan excluidos, pues, el ordenador, el domiciliatario y el mismo librado (7).

(7) En rigor, la situación del *aceptante* es muy diversa de la de los demás obligados, ya que a él no le afecta el perjuicio de la letra; el *aceptante* responde siempre —y respecto de él persiste la acción cambiaria (directa)— con independencia de que se haya o no se haya enriquecido. Porque es un tema que no vamos a tratar, pero que vamos a presuponer, me permito establecer en esta nota una síntesis de los razonamientos que conducen a la conclusión referida. La tesis es, pues, que *el aceptante no es legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento, sino que lo es siempre* —con o sin protesto o notificación (que son deberes impuestos en beneficio exclusivo de los obligados en vía de regreso)— *de la acción cambiaria directa* (que ciertamente sólo podrá deducirse en juicio declarativo, pues la falta de protesto —y en este punto, el tenor del artículo 521 del Código de Comercio es tajante— precluye definitivamente el acceso a la vía ejecutiva). Esta es la opinión sustentada por la doctrina mayoritaria (cfr. J. GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1955, págs. 535-536; M. OLIVENCIA: «La acción cambiaria declarativa en el Derecho español», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor J. Garrigues*, I, Madrid, 1971, págs. 293-294, y recientemente, I. M. LOJENDIO OSBORNE: «El perjuicio de la letra y la obligación del aceptante», en *Rev. der. priv.*, 1980, pág. 622, con información completa de la literatura española en la nota 60, a la que remito). Básicamente, los argumentos alegados en favor de esta solución son los siguientes: (i) en primer lugar —y a mi modo de ver, se trata de la razón medular—, hay que tener en cuenta que, como dice GARRIGUES, el *aceptante* no se obliga bajo condición de protesto; argumento que no pierde fuerza porque algunos autores estimen que se trata de una simple petición de principio al no hallarse establecido por la ley (así, RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., página 172), y no la pierde porque se basa en la estructura misma de la aceptación, que supone el nacimiento de una acción directa del delegatario contra el delegado, y en la significación funcional del protesto, cuyo único objetivo es certificar a los obligados regresivos que el obligado directo no pagó (cfr., por todos, A. HUECK y C. W. CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, München¹¹, 1977, págs. 101 y 113); (ii) el segundo argumento nos lo proporciona una lectura *a sensu contrario* del artículo 483 del Código de Comercio, que al no mencionar al *aceptante* permite pensar que los efectos del perjuicio —i.e., la decadencia— afectan sólo a la acción de regreso y no a la acción directa. Esta misma idea —como ha señalado el profesor OLIVENCIA (*op. loc. últ. cit.*)— resulta confirmada por el artículo 517, II en relación a la notificación; (iii) un último argumento a esgrimir en defensa de la tesis que queremos llevar adelante vendría dado, a mi juicio, por el artículo 480, que no permite al *aceptante* alegar la excepción de caducidad de la letra. En todo caso, no se nos oculta que el planteamiento aquí sustentado puede ser —y ha sido— blanco de algunas objeciones «positivas», que, sin embargo, no parecen insalvables. En concreto, RUBIO ha querido impugnar su consistencia, entendiendo que en nuestro Derecho el *aceptante* de una letra perjudicada, siendo legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento, no lo es de la acción directa, que, a juicio del mencionado tratadista, se habría extinguido por caducidad. En síntesis, sus argumentos son los siguientes: (i) En primer término, el proveniente del artículo 516, a cuyo tenor: «[E]n defecto de pago de una letra de cambio presentada y protestada en tiempo y forma, el portador tendrá derecho a exigir del *aceptante*...» (cfr. RUBIO, *op. últi-*

Ciertamente —somos conscientes de ello—, el cuadro normativo que emerge de estas proposiciones choca en todos sus puntos con las soluciones que tradicionalmente ha venido proponiendo nuestra doctrina. Mas no por ello debemos llamarnos a engaño y pensar que de nuestras tesis se infiere una versión completamente distinta de las cosas. No. Y en este sentido se hace menester precisar que desde el punto de vista de la resolución de los problemas prácticos este nuevo planteamiento, más que postular soluciones diversas para los «conflictos típicos» (que más o menos continúan recibiendo un tratamiento similar al tradicional) se esfuerza por conseguir certeza y por cubrir las lagunas que pone de manifiesto la realidad de las letras financieras y la utilización discrecional por parte de los operadores de las posiciones cambiarias para fines que no son los originariamente típicos.

II

4. Los problemas con que nos enfrentamos, tal y como han quedado formulados, no los vamos a abordar, sin embargo, de un modo derecho y lineal, sino desde la perspectiva de una cuestión muy singular y acaso la más necesitada de esclarecimiento: la relativa a la *legiti-*

mo cit., pág. 173). A mi modo de ver, este razonamiento no es decisivo, al menos, por dos razones: de una parte, porque no quiere decir que en caso contrario el aceptante no esté legitimado, y de otra —y sobre todo—, porque el artículo 516 se está refiriendo a la acción ejecutiva y no —como aquí se postula— a la acción declarativa (así, GARRIGUES: *Tratado*, cit., II pág. 536, nota 29; OLIVENCIA, *op. loc. cit.*; LOJENDIO, *op. cit.*, pág. 623, etc.). (ii) En segundo lugar, alega RUBIO los artículos 521 y 509, de los que se deduciría que sin protesto no puede subsistir ningún tipo de responsabilidad cambiaria. Mas de nuevo, una mirada más atenta nos revela la escasa consistencia de la argumentación: del artículo 521 no se infiere nada, porque el precepto expresamente se refiere a la acción ejecutiva, y del artículo 509 tampoco, porque la «deducción lógica» que efectúa RUBIO presupone ya que la acción del aceptante está sometida a decadencia, que es justamente lo que se quiere demostrar (este razonamiento lo ofrece RUBIO en *Derecho cambiario*, cit., páginas 173-174). *A fortiori*, esgrimiríamos en favor de la no caducidad de la acción directa la solución del *Code de Commerce*: «Le tiré accepteur —dicen CH. LYON-CAEN y L. RENAULT: *Traité de Droit commercial*, IV, París³, 1901, pág. 318— s'est constitué débiteur direct et personnel du porteur, auquel il ne peut opposer la déchéance, mais seulement la prescription (art. 189)», y también la solución generalmente admitida por los ordenamientos ginebrinos, fieles en este punto al artículo 58 de la Convención (cfr. art. 60 *Legge cambiaria* y art. 53 *Wechselgesetz*). Por último, agregaríamos también en defensa del planteamiento sugerido, la opinión sostenida por los mercantilistas que escribieron bajo la vigencia del Código de SAINZ DE ÁNDINO: cfr. P. GONZÁLEZ HUEBRA: *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1853, págs. 335-336, y R. MARTÍ DE EIXALA: *Instituciones de Derecho mercantil de España*, Barcelona⁴, 1865, pág. 242. Escribe este último autor: «No se ve razón alguna porque éste [el aceptante] pudiera esceptionar el haberse levantado fuera de tiempo el protesto, pues únicamente por los intereses del librador y endosantes se hallan marcados los términos de la presentación y protesto».

mación pasiva del endosante y la clarificación del artículo 525 C. de C., bien entendido siempre que la solución de este problema se inicia en el mencionado precepto, pero termina en el artículo 460, II. Conduciendo la investigación por un «sendero comarcal», esperamos poder captar mejor la dimensión real de las cosas, que desde un punto de vista general —es decir, desde el prisma de la «naturaleza jurídica»— sólo serán objeto de atención en la última división del trabajo.

Y yendo ya a la «cuestión específica», hay que comenzar confesando que, ni siquiera en términos de «sistemas cambiarios», es fácil de resolver. Baste recordar al respecto que mientras para la *Ordonnance de Commerce* los endosantes no se liberaban por la negligencia del tenedor, en el *Code de Commerce* se afirmó o se quiso afirmar un criterio bien distinto, no exento ciertamente de abundantes vacilaciones; y en la *Wechselordnung* de 1847 se impuso de modo tajante la solución opuesta. La exclusión operada por el sistema alemán alcanzará en el período sucesivo una notable generalización, que se verá reducida, en tiempos más recientes, por algunos ordenamientos —v. g., la *Legge cambiaria* italiana o las regulaciones de los países escandinavos—, los cuales, de manera excepcional, vuelven a dejar abierta la posibilidad de que el portador negligente se reintegre de los endosantes injustificadamente enriquecidos. El Ordenamiento español —según se verá a continuación— no es ajeno a esa compleja evolución, y de ello dan buen testimonio tanto los desacuerdos doctrinales como el deplorable estado de los textos positivos. Una reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo (STS de 20 de junio de 1981) (8) viene a poner un poco de orden en tan atormentada materia —recuérdese, aunque no sobre este punto concreto, una desafortunada decisión anterior (9)— al pronunciarse a favor de una solución intermedia: *el Código de Comercio* —estima el juzgador de casación— *acuerda legitimación pasiva al endosante, pero única y exclusivamente en el caso en que haya recibido la provisión*. La tesis —que, obviamente, no podemos compartir— es de notable importancia, por cuanto que definitivamente supera y aísla dos puntos de vista sostenidos por algunos de nuestros mejores especialistas: (i) *la legitimación pasiva del endosante que recibió valuta, pero no la entregó* (GARRIGUES, VICENTE Y GELLA), que parece muy frágil, ya que —como se verá en su momento— el problema es que en este caso no se puede en rigor hablar de enriquecimiento; y (ii) *la exclusión absoluta del endosante del círculo de sujetos pasivos de la «ac-*

(8) Para una primera aproximación a esta notable resolución, v. C. PAZ-ARES: «Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1981», en *ADC*, 1982, en prensa.

(9) Me refiero a la célebre Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1948, justamente criticada por GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 257-259.

ción de enriquecimiento» (RUBIO, GIRÓN). Una de las argumentaciones fundamentales que baraja la referida sentencia es la de los antecedentes del artículo 525; haciéndose eco a este respecto de una idea muy generalizada en nuestra doctrina, a cuyo tenor el mentado precepto, siendo *ab origine* incongruente con el sistema, debería o bien rechazarse («tenerlo por no puesto») o bien reconducirse a los principios de la provisión. Avanzamos, ya que a nosotros no nos convence totalmente esta interpretación, y que por ello nos disponemos ahora a efectuar un somerísimo reconocimiento histórico del problema, que en ningún caso pretendemos exhaustivo ni definitivo. Un breve examen histórico, del cual adelanto ya las conclusiones: *no es nada seguro que la legitimación pasiva del endosante concedida por el artículo 525 del Código de Comercio sea el producto de un simple error histórico de recepción; y que aun siéndolo, resultaría afortunado, porque nos regala una disposición razonable y (por tanto) aplicable a ciertas hipótesis que sin duda no fueron las previstas por el legislador decimonónico* (10). Examinamos, pues, primero, cómo se produjo ese pretendido «error de recepción», intentando al respecto matizar las opiniones tradicionales, e indagamos después las hipótesis de «enriquecimiento» del endosante, al que será aplicable el precepto y sus concordantes dentro del Código.

5. Nuestro Derecho positivo parece, en principio, incongruente: el artículo 483 (y confróntese también el 467, 517, II y el 537) señala de modo tajante que el tenedor de una letra perjudicada «perderá el derecho a reintegrarse de los endosantes», mientras que el artículo 525 parece desmentir el rigor de ese mandato al cancelar el efecto de la caducidad, del perjuicio «respecto del endosante que [...] se hubiese saldado del valor de la letra en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia». Esta es la incongruencia que pretende salvarse, afirmando que el artículo 525 es producto de un «error de recepción». Pero ¿cómo se fragua ese «error»?

El artículo 117 del *Code de Commerce* de 1807 establecía en su

(10) El error histórico a que me refiero —y siempre en los mismos términos— ha sido puesto de manifiesto, en primer lugar (y de cuanto nos consta), por R. GAYOSO ARIAS: «Letra de cambio: Interpretación del artículo 525 del Código de Comercio», en *Rev. Der. Priv.*, 1924, pág. 172, a quien han seguido J. M. EIZAGUIRRE: «La trascendencia de la relación causal en el Derecho cambiario español», en *Revista Der. Priv.*, 1966, págs. 909-910; RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 210-211; V. CUÑAT EDO: «La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de Comercio y los derechos del tenedor de la letra perjudicada», en *ADC*, 1976, páginas 716-717, y últimamente, G. J. JIMÉNEZ: «Reflexiones sobre la 'acción de enriquecimiento' ante un proyecto de reforma del Derecho cambiario español», en *Revista Der. Banc. y Burs.*, 1981, págs. 86 y sigs. y 92-95.

párrafo 3.º que «[S]oit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur *seul* est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance: sinon il est tenu de la garantir, quoique le protêt ait été fait après delais fixés». Adviértase que la palabra «solo» que hemos subrayado es muy significativa; no figuraba en el proyecto y fue añadida en el último momento para evitar todo tipo de dudas en la interpretación, pues el texto legal vigente anteriormente —la Ordenanza de Colbert— adosaba tal prueba —como veremos más adelante— no sólo al librador, sino también a los endosantes (11). Esta norma sobre la provisión encontraba su congruente desarrollo en el artículo 168, en el que se establecía que pasados los plazos para la presentación, el protesto y la notificación, «le porteur de la lettre de change est déchu de tous droits contre les endosseurs». Precepto éste, el 168, que, por mediación del artículo 490 del Código de Comercio de 1829, llega a nuestro actual artículo 483, a cuyo tenor —según decíamos— el endosante se libera de toda responsabilidad con la decadencia del título (cuyo espíritu reitera el art. 517, II) (12). Tales preceptos del *Code*, por otra parte, eran perfectamente coherentes con los artículos 115 y 116, en los que, respectivamente, se establecía al librador como *único* destinatario de la obligación de provisión y se consideraba hecha la provisión cuando el librado resultase ser acreedor del librador. Preceptos que nuestro Ordenamiento acoge casi literalmente, primero en los artículos 448 y 450 del Código de Sainz de Andino y después en los artículos 456 y 457 del Código de Comercio en vigor. En ese conjunto sistemático de preceptos se observa que todo el sistema del *Code* se funda en la idea de que *sólo los endosantes pueden considerarse liberados frente al tenedor negligente* y en el pensamiento simultáneo de que *el librador que no ha cumplido la obligación de provisión que sólo a él le corresponde no sufre ningún daño por la falta de protesto o de otras formalidades que motivan el perjuicio de la letra*.

Pero, liberados los endosantes —el tenor del art. 483 es clarísimo—,

(11) Recojo estos datos sobre la «modificación de última hora» de CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, cit., pág. 17, nota 31. Esta voluntad de ruptura con la *Ordonnance touchant le commerce* de 1673 también se observa en el párrafo 2.º del mismo precepto, a cuyo tenor la aceptación «établit la preuve [de la provisión] à l'égard des endosseurs», pues según la Ordenanza, los endosantes [de la misma manera que el librador] no podían rechazar la pretensión del tenedor negligente más que probando que se había realizado la provisión. Por verdad, es inútil este párrafo, pues el artículo 168 del *Code* libera a los endosantes en todo caso, haya o no provisión; de él es, sin embargo, significativa la voluntad de superar la disciplina colbertiana: cfr. E. COHENDY y A. DARRAS: *Code de Commerce annoté*, I, París, 1903, pág. 663.

(12) Asimismo, el *Codice di Commercio* de 1865 se sitúa en la «órbita francesa», al reproducir la disciplina del artículo 117 del *Code* en el artículo 203, y la del artículo 168 en el artículo 254.

¿cómo se explica la «resurrección» de su responsabilidad que indica el artículo 525? Hay una explicación, a mi juicio no definitiva, según intentaré demostrar más tarde, que es la que suele aducirse por la gran mayoría de la literatura (13). El orden del sistema que pretendió instaurar el *Code* —se nos dice— viene a romperse con la introducción del artículo 171, a cuyo tenor los efectos del perjuicio del título «cessent en faveur du porteur contre le tireur, ou contre *celui des endosseurs* qui, après l'expiration des délais fixes pour le protêt, la notification du protêt ou la citation en jugement, a reçu par compte, compensation ou autrement, *les fonds destinés au paiement de la lettre du change*». Y al romperse el orden del sistema francés, se nos dice, se romperá también el orden de nuestro sistema, pues el Código de Comercio vigente incorpora esa misteriosa norma del artículo 171 en nuestro no menos misterioso artículo 525, con sólo una pequeña diferencia textual: en vez de hablar como el *Code*, e incluso como el artículo 257 del *Codice di Commercio* de 1865, de «*fondos destinados al pago de la letra*» (es decir, de provisión) (14), habla nuestro Derecho vigente —y por ahora no nos pronunciamos sobre el significado que hay que atribuir a este cambio— del «*valor de la letra*» (15). Como se habrá advertido, la eventual distorsión sistemática que introduciría este precepto no está tanto en la resurrección de la responsabilidad del librador que recupera la provisión después del perjuicio (ya que desde el punto de vista de la *ratio legis* del artículo 460 da lo mismo que el librador no efectúe la provisión como que la efectúe, pero la recupere más tarde), sino en la *previsión de una responsabilidad de los endosantes que, por efecto del perjuicio, en principio, debieran considerarse liberados* (y al respecto, ya lo avanzamos, lo mismo importará que el endosante reciba el «valor de la letra» después del perjuicio a que lo «reciba antes», por no haberlo entregado en ningún momento).

6. La aludida incongruencia que reproducen todos los sistemas cambiarios de filiación gala se explicaría por un «error de recepción». El legislador francés de 1807, al redactar el artículo 171, reproduciría —de hecho lo reproduce fielmente— el artículo XVII del Título V de

(13) Me remito a los autores, obras y lugares citados, *retro*, nota 10.

(14) Así, por todos, J. M. PARDESSUS: *Cours de Droit commercial*, II, París⁵, 1841, pág. 240.

(15) Para los comentaristas del Código de SAINZ DE ANDINO, el «valor de la letra» del artículo 541 (antecedente del actual 525) no eran sino «los fondos destinados al pago de la letra», es decir, lo mismo que señalaba el *Code*: cfr. P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. REUS Y GARCÍA: *Código de Comercio anotado y concordado*, I, Madrid⁷, 1878, pág. 222.

la *Ordonnance de Commerce* de 1673 (16), cuya justificación —se añade— no podía ponerse en duda en el seno del sistema colbertiano, el cual hacía pesar también sobre las espaldas de los endosantes el deber de garantizar la existencia de la provisión: «les tireurs ou endosseurs des lettres —prescribía el art. XVI de la Ordenanza— seront tenus de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui elles étaient tirées leur étaient redevables, ou avaient provision au temps qu'elles ont dû être protestées; sinon ils seront tenus de les garantir». La *Ordonnance* —si hemos de atender a la explicación que nos suministra BRAVARD-VERYRIÈRES (17)—, con objeto de robustecer la seguridad del tenedor en el pago de la letra, dispone que los endosantes deben proveer al librado en caso de no haberlo hecho el librador; y la norma, por otra parte, dadas las condiciones del giro cambiario de la época (de ciclo corto y entre profesionales), convenía a los propios endosantes, quienes a menudo efectuaban espontáneamente la provisión para evitar el suplemento de gastos producidos por la acción de regreso. Por lo demás, esta disciplina de la Ordenanza de Colbert se explica también si tenemos en cuenta que el endoso se equiparaba a la sazón con la emisión del título; suponía un nuevo contrato de cambio (18).

Pero muy pronto se advirtió que este sistema —que, en realidad, no difería mucho del nuestro del momento (19)— resultaba tremendamente disfuncional: «tropezaba con el hecho —señala RUBIO, haciéndose eco, sin duda, de BRAVARD-VERYRIÈRES— de que el endosante que había entregado el *valor* de la letra a su antecesor, aunque podía diri-

(16) Que dice así: «Si, depuis le temps réglé pour le protêt, les tireurs ou endosseurs ont reçu la valeur en argent ou marchandises, par compte, compensation ou autrement, ils seront aussi tenus de la garantie».

(17) Cfr. BRAVARD-VEYRIÈRES: *Traité de Droit commercial*, III, París², 1888, páginas 468 y sigs. (*apud* RUBIO, *op. cit.*, pág. 210, y EIZAGUIRRE: *La trascendencia de la relación causal*, cit., pág. 909). Resulta curioso señalar cómo VIDARI, al interpretar el artículo 256 del *Codice di Commercio* de 1865, que también venía a ser una réplica del artículo 171 del *Code*, despacha la cuestión con una amplia cita de BRAVARD-VEYRIÈRES y, por consiguiente, lo tenga por no aplicable respecto de los endosantes: cfr. E. VIDARI: *La lettera di cambio*, Firenze, 1869, páginas 622-623.

(18) «L'endossement était regardé par eux —señala DE ROOVER, refiriéndose al momento— comme un nouveau contrat de change dans lequel l'endosseur figurait comme vendeur et l'endossataire, comme acheteur. En d'autres termes, l'endossement tenait la place d'une nouvelle traite qui aurait eu pour tireur l'endosseur et pour bénéficiaire, l'endossataire. En vertu des vieilles règles qui s'appliquaient au contrat de change, cette théorie donnait automatiquement un droit de recours contre tous les endosseurs précédents, attendu qu'ils étaient réputés tireurs et, par tant, responsables du paiement de la lettre de change»: R. DE ROOVER: *L'Evolution de la lettre de change. XIV^e-XVIII^e siècles*, París, 1953, pág. 116.

(19) Según éste venía disciplinado en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y de San Sebastián de 1766: v. la síntesis que ofrece JIMÉNEZ: *Reflexiones sobre la «acción de enriquecimiento»*, cit., págs. 91-92.

girse contra él y, en último término, contra el librado, encarecía y dilataba el ejercicio del regreso» (20). Y por esta razón desaparecerá en el *Code*.

Mas hasta aquí hemos verificado dos cosas muy distintas: (i) que el artículo XVII (que, no lo olvidemos, será el que pasará a nuestro actual 525) legitima pasivamente al endosante que ha recibido los «fondos destinados al pago de la letra»; y (ii) que el artículo XVI (que no pasará a los códigos) impone también al endosante la obligación de probar que no hubo provisión. A mi juicio, no es seguro que estos preceptos se exijan mutuamente; ni tampoco que el artículo XVII sea una consecuencia del artículo XVI, como viene sosteniendo nuestra doctrina para identificar la incongruencia dentro de nuestro sistema del artículo 525 (art. XVII), en el que falta un equivalente al artículo XVI; o, mejor dicho, en el que se niega la solución de ese artículo XVI (cfr. artículo 456 C. de C.). En una palabra, con esta complicada afirmación queremos únicamente significar que el hacer responsable al endosante «enriquecido» (tal y como lo hace nuestro artículo 525, siguiendo la vía del artículo XVII y del 171 *Code*) no encuentra su fundamento en una hipotética obligación de provisión del endosante (que, desde luego, no existe en nuestros sistemas), sino en otro hecho distinto, que cancelaría la pretendida contradicción del artículo 525. Y de esta circunstancia ya eran conscientes los comentaristas de la *Ordonnance*. He aquí el autorizado testimonio de JOUSSE: «Parce qu'au moyen de cette valeur [es decir, los fondos destinados al pago de la letra que recibe el endosante después del perjuicio de la cambial], ainsi payée en marchandises ou autrement, le tireur ou endosseur qui l'a reçue devient débiteur [he aquí el fundamento de la responsabilidad del girante] de celui sur qui la lettre est tirée, et qui lui a payé la valeur de cette lettre, soit par lui-même, soit par ceux qui'il représente, et aux droits de qui il est» (21).

Una prueba ulterior de que los dos preceptos del *Code Savary* que comentamos no son solidarios —y, con ello, de que el art. 525 no puede considerarse exactamente como producto de un «error de recepción»— nos la suministra el hecho comprobado de que mientras el primero, el artículo XVII, no se discute por los autores del momento por considerarse razonable (y, acaso por eso, pase al art. 171 del *Code*), el segundo —el art. XVI, que asigna también al endosante la necesidad de probar la provisión para liberarse— resulta sumamente discutible para la doctrina de la época; y ello por la simplísima razón de que es disfuncional en el marco del tráfico cambiario al no tomar en consideración las muy

(20) RUBIO, *op. cit.*, pág. 210.

(21) JOUSSE: *Commentaire sur l'Ordonnance du Commerce*; cito por la edición anotada y explicada por V. BECANE, Poitiers, 1828, pág. 167.

diversas posiciones que ocupan el endosante y el librador dentro del círculo cambiario (22). Y tanto es así que ya antes de la promulgación del *Code* el precepto fue «sabiamente» modificado en su aplicación por la jurisprudencia (23).

7. Comprendemos así por qué los redactores del *Code* rectifican el sistema de la Ordenanza en punto al artículo XVI, disponiendo en los artículos 115 y 116 (456 y 457 de nuestro Código de Comercio) que el único obligado a probar la provisión es el *librador* y, sin embargo, deciden dejar intacto —no es que se «olviden» de reformarlo, como suelen aducir nuestros autores— el XVII en el artículo 171 (525 Código de Comercio). Una prueba ulterior de la interpretación que vengo manteniendo nos la proporciona la doctrina inmediatamente posterior al *Code*, en la que se observa que el artículo 171 no comporta ninguna contradicción con los artículos 115 y 116, ni siquiera con el 168 (en el que, como en nuestro 483, se libera a los endosantes de responsabilidad en caso de perjuicio). Es más, los juristas del momento justifican la disposición observando que tanto el librador como el endosante ya no tendrían interés en oponer la excepción de decadencia, pues, habiendo recibido la provisión —«los fondos destinados al pago de la letra»—, no sufrirán ningún perjuicio por la negligencia del tenedor (24).

La explicación, es cierto, no resulta del todo satisfactoria, ya que de algún modo está pensando en algo un tanto insólito: que el endosante llegue a recibir el valor de la provisión (lo cual, a su vez, remite a una situación que el propio *Code*, según hemos visto, quiere superar). Pero algún autor hay que intenta salvar esta incongruencia y que nos pone ya en el buen camino (en la búsqueda de una verdadera «acción de enriquecimiento»). Y así, por ejemplo, NOUGUIER, después de haber justificado el artículo 171 respecto del librador, afirmando que aquel que «toma con una mano lo que ha dado con la otra se reputa no ha suministrado nada, es decir, que no ha efectuado la provisión», se ve constreñido, respecto de los endosantes, a descubrir una *ratio* totalmente

(22) De ello son testimonio inigualable las páginas críticas de G. R. POTHIER: *Traité du contrat de change*; cito por *Oeuvres de Pothier*, IV, vol. 2, según la edición de M. BUGNET, que en la reproducción fotocopiada que obra en el Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid carece de datos sobre el lugar y fecha de impresión, págs. 545 y 546. Y también las notas críticas de BECANE a JOSSUE: *Commentaire*, cit., págs. 163-164.

(23) Cfr. BECANE, en JOSSUE, *op. ult. cit.*, pág. 164.

(24) V., al respecto, las indicaciones que ofrece CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, cit., pág. 21, nota 44. Lo cual no obsta para que el sistema del *Code* sea criticable, pero básicamente por establecer una distribución injusta de la carga de la prueba: cfr. EINERT: *Das Wechselrecht*, cit., páginas 242-249.

distinta; aquella que parece remitirse a los principios de la *exceptio* o *replicatio doli*. En tales hipótesis —escribe el mencionado autor— los endosantes «han recibido dos veces y no han pagado más que una, de suerte que tratan de realizar una *ganancia ilegítima* y, por consiguiente, la decadencia se convierte en una *excepción odiosa*» (25). Esta es la línea interpretativa que nosotros vamos a seguir para tratar de identificar el sentido e incluso la racionalidad del artículo 525 y que ya encuentra un primer argumento en materia de distribución de la carga de la prueba, pues mientras corresponde probar al librador que efectuó la provisión de fondos en el supuesto descrito por el artículo 460 (y ello, lógicamente, porque sobre él pesa dicha obligación *ex art.* 456), en el supuesto referido por el artículo 525, semejante prueba —la del enriquecimiento del endosante— recae sobre el tenedor (26), lo cual, a mi juicio, constituye un nuevo indicio de que no existe verdadera incongruencia, ya que si este precepto —como se nos dice— estuviese pensando en un sistema que impone también al endosante la garantía de la provisión, haría recaer sobre él el *onus probandi*.

8. Somos conscientes, con todo, de que el precepto —el art. 171 *Code* y, con él, nuestro art. 525— no es muy afortunado; pero desde luego no estamos nada seguros —y nos disculpamos por no efectuar una investigación histórica rigurosa, que excedería de los propósitos de este trabajo— de que el precepto sea, como señalan LYON-CAEN y RENAULT, un «reste malencontreux de l'ancienne doctrine qui exigeait, en principe, que les endosseurs prouvassent la provision pour être admis à invoquer la déchéance» (27). Cerramos, pues, este pequeño repaso histórico sin «conclusión», manifestando únicamente nuestras dudas sobre el «error de recepción»; y entendiendo que en ningún caso puede ser un argumento definitivo para considerar «inexistente» el artículo 525 del Código de Comercio. Téngase en cuenta, además, que si bien podría aceptarse que el *Code* partió del equívoco de entender que el endosante,

(25) Cfr. L. NOUGUIER: *Des lettres de change et des effets de commerce en général*, I, París, 1839, pág. 406. Y este renombrado autor considera que lo establecido por el artículo 171 del *Code* nada tiene que ver con la obligación de probar la provisión que imponía al endosante el *ancien régime* cambiario (cfr. *ibíd.*, página 405), sino que, por el contrario, reputa que lo dispuesto por este precepto «est de toute justice» (*ibíd.*, pág. 406).

(26) Cfr. aquí M. BROSETA PONT: *Manual de Derecho mercantil*, Madrid', 1971, página 547: «La prueba del enriquecimiento no corresponde al tenedor cuando se dirige contra el librador [...], pero deberá el tenedor probar el enriquecimiento de los demás sujetos cambiarios si se dirige contra cualquiera de ellos».

(27) LYON-CAEN y RENAULT: *Traité*, cit., IV, pág. 317. Tal es el planteamiento que entre nosotros sigue JIMÉNEZ: *Reflexiones sobre la «acción de enriquecimiento»*, cit., págs. 88-89.

al igual que el librador, podría encontrarse en el caso de tener en su poder «les fonds destinés au paiement de la lettre de change», más difícil parece presumir lo mismo en nuestro Código de Comercio, que, recogiendo la fórmula de SAINZ DE ANDINO, ya no habla de «fondos destinados al pago de la letra», sino de «valor de la letra». Y aunque este argumento no es definitivo, puede, sin duda, avalar nuestra hipótesis, que, repetimos, no damos por confirmada (28). ¿Cómo se resuelve entonces la contradicción entre los artículos 483, 467 y 517, II que liberan a los endosantes de responsabilidad en caso de perjuicio, y el artículo 525 y también el 460, II que parecen resucitarla? La verdad es que, a pesar de las vacilaciones de nuestra doctrina en este punto, no me parece que el problema sea de difícilísima solución; en este sentido —y al margen de otros argumentos que se expondrán más adelante (v. *infra* n. 22)—, se puede señalar que el artículo 525 (como a fin de cuentas viene a reconocer el artículo 482, que debe leerse conjuntamente con el 483) consagra una *excepción* o derogación de las prescripciones generales de los artículos 483, 467 y 517, II cuyo fundamento se encuentra en el enriquecimiento (29).

9. Pero, comoquiera que sea —haya habido error histórico o no—, lo cierto es que el artículo 525 está ahí y es *válido* (o sea existente: no olvidemos que el principio de contradicción, como ha señalado Kelsen, aplicable a las proposiciones descriptivas, no es aplicable a las proposiciones prescriptivas, es decir, a las normas). Me parece, pues, que lo más correcto es «llenarlo de sentido», interpretarlo de acuerdo con la *ratio legis* que inspira el conjunto de los artículos 460, II, 515 y 525, que —como ya sabemos— no es otra que «evitar el enriquecimiento definitivo». Y para averiguar cuál es el sentido que debemos asignar a la disposición nos resulta necesario —aunque parezca paradójico— repasar por un momento la otra línea de evolución de los ordenamientos cambiarios: la «línea alemana». Hasta ahora nos hemos referido a la «vía francesa» y hemos verificado que la disciplina contenida en el *Code Savary* era extremadamente rigurosa para los endosantes y extremamente benevolente para los tenedores (que, por su negligencia, sólo sufrían

(28) Cfr. críticamente JIMÉNEZ, *op. ult. cit.*, pág. 93.

(29) En este sentido, por ejemplo —y con toda naturalidad— se expresa ALAUZET refiriéndose al artículo 171 del *Code*: «L'exception consacrée par l'art. 171 [sin embargo] ne doit pas être étendue au delà de ce que réclame l'équité. Si c'est un endosseur qui a reçu les fonds destinés au paiement, c'est contre lui seulment que cessent les effets de la déchéance, et ils n'en restent pas moins acquis aux autres débiteurs» (I. ALAUZET: *Commentaire du Code de Commerce et de la législation commerciale*, IV, París³, 1879, pág. 379).

perjuicio en la remota hipótesis en que el librado fuese insolvente y que en su insolvencia estuviesen implicados los valores que constituían la provisión). Frente al corte tolerante de la disciplina colbertiana y ya en la misma época comienza, sin embargo, a decantarse el rigor germánico (30). Estamos en el siglo XVII. El desarrollo mercantil del momento es enorme y requiere instrumentos jurídicos más solidarios con el progreso económico; el protestantismo promovido por la reciente reforma luterana —que tanto habría de facilitar el desarrollo del capitalismo, como tan brillantemente ha sugerido MAX WEBER— ofrecía un campo libre de escrúpulos y prejuicios (de los que, por el contrario, tan inundada estaba, merced a los canonistas, la Europa del Sur), totalmente apto para permitir la cristalización de normas severas en materia comercial. Acudimos así a acontecimientos importantísimos en la historia de la letra de cambio, cuya consideración no es gratuita para comprender la disciplina que va a cuajar en materia de enriquecimiento; y entre ellos no podemos silenciar la afirmación definitiva de la validez y eficacia del endoso, como consecuencia de la cada vez más sentida necesidad de negociar la cambial (31); la difusión de la letra como instrumento de crédito independientemente del contrato de cambio y la progresiva desaparición de la cláusula-valor (32). Exigencias éstas que —junto con otras que no es del caso reseñar— conducen a la gradual afirmación de la literalidad, autonomía y abstracción del título cambiario (33). Y esta general evolución —que, por lo demás, representa un lugar común en cualquier manual de Derecho cambiario— incide de manera muy directa en la regulación que va a recibir nuestra cuestión. No olvidemos al respecto que todos estos desarrollos vinieron acompañados o, mejor dicho, constituyeron el presupuesto de la definitiva consolidación de un extremado *rigor formal*. Recuérdese en este sentido que el incumplimiento de la obligación provocaba la *parata executio* e incluso el arresto personal (34). Y si para el deudor cambiario resultaba suficiente firmar un título en el que apareciese el *verbum solemne* «Wechsel» (letra de cambio) (35), para exponerse a tan graves consecuencias, forzoso era establecer también que semejante rigor se compensase con un tratamiento igualmente severo del tenedor negligente. Nos explicamos así

(30) En la exposición sucesiva seguiré básicamente las reconstrucciones que nos ofrecen L. DABIN: *Fondements du Droit cambiaire allemand*, Liège, 1959, *passim*, y CASTELLANO, *op. cit.*, caps. 1.º y 2.º En nuestra literatura contamos con la síntesis realizada por JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 90-91 y 96-99.

(31) Cfr. DABIN: *Fondements*, cit., págs. 15-17.

(32) *Ibid.*, págs. 27-31.

(33) *Ibid.*, págs. 32 y sigs.

(34) *Ibid.*, págs. 24-26.

(35) *Ibid.*, págs. 22-23.

por qué el § 13 de la *Wechselordnung* de Leipzig de 2 de octubre de 1682 —paradigmática de todo un conjunto de ordenamientos cambiarios regionales (Hamburgo, Bremen, Austria, Ausburgo, etc.) (36)— llega a disponer que el tenedor «no sólo no debe omitir nada para cobrar el dinero al vencimiento, sino que queda obligado en caso de impago a protestarla según las reglas. Si omite o retarda el cumplimiento de este deber *pierde su derecho tanto frente al librador como frente a los endosantes* y no puede recurrir más que contra el aceptante...» Es cierto —y esto tampoco podemos olvidarlo— que esta severidad, aunque dominante, no se producía por doquier; ciertas ordenanzas alemanas seguían más próximas al modelo francés; en este sentido se pueden citar las *Wechselordnungen* de Nüremberg (1772) y de Francfort (1739) (37). Mas estas diversidades regionales, al crear desigualdades no justificables y graves problemas en el comercio interregional, iban a ser paradójicamente el mejor acicate para la unificación, cuyo resultado final será la *Wechselordnung* de 1847. Un momento fundamental en todo el movimiento unificador —por la unificación parcial que realizaba y por la hegemonía que va a tener en la Conferencia de Leipzig de 1847— es el *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* de 1794, en cuyo § 974 se halla el germen del artículo 83 de la *Wechselordnung* y, en general, la raíz misma de la *Bereicherungsklage* estricta, desconocida por el sistema francés. En el § 973 del *Landrecht* se disponía que el poseedor de la letra que hubiese dejado transcurrir los plazos para la presentación y omitido las demás formalidades no podía ejercitar ni contra el librador ni contra los endosantes la acción de regreso (advuértase: «acción de regreso»). Podía, sin embargo —a tenor de lo prescrito por el § 974—, hacer valer sus derechos en proceso ordinario (por el valor que hubiese satisfecho —«wegen der gezahlten Valuta»—) contra el librador o los *endosantes*, por lo que éstos hubiesen podido enriquecerse en perjuicio suyo. Se perfilan así dos diferencias de matiz —más tarde veremos que no son esenciales— frente al modelo francés: (i) de una parte, el perjuicio de la letra comporta la pérdida de la acción de regreso (recuérdese que el tenor literal del art. 171 —seguido por nuestro 525— decía: «[L]es effets de la déchéance [...] cessent...»); (ii) de otra, se crea una nueva pretensión, la «acción de enriquecimiento» (la famosa *Wechselbereicherungsklage*), cuyo montante no viene dado por el importe de la cambial, sino por la tasa de enriquecimiento (cfr., además, los §§ 1.014, 1.015 y 1.079 del *Landrecht*). En resumen, parece decantarse una diferencia de perspectiva en el tratamiento del problema: mientras

(36) Los textos originales pueden consultarse en MEISSNER: *Codex der europäischen Wechsel-rechte*, I, Nüremberg, 1836 (*apud* CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 42).

(37) *Ibidem*.

los efectos del perjuicio de la letra parecen encontrar en el Derecho alemán una atenuación de su radicalidad (que sería igual a la señalada por nuestro art. 1.170 CC) de tipo *externo* en la *Bereicherungsklage*, el sistema francés no recurre a ese expediente por contar ya con una atenuación *interna* que, en principio, da la impresión de polarizarse sobre la provisión (los fondos destinados al pago de la letra) (38).

10. Este sistema ingeniado por el *Landrecht* sirve de base a la obra unificadora. En efecto, la Conferencia de Leipzig de la que saldrá la *Allgemeine deutsche Wechselordnung* trabaja sobre los proyectos prusianos (primero, el de 1836, y después, el del mismo 1847), en los que se busca a toda cosa suprimir toda referencia a elementos extracartáceos. Constatamos aquí que el § 75 del proyecto de 1847 constituye el origen inmediato del artículo 83 de la *Wechselordnung*, que se promulga, sin embargo, con una notable modificación respecto del proyecto y de la tradición prusiana: se obvia cualquier referencia a la valuta y, lo que es más importante, *se excluye a los endosantes del círculo de sujetos pasivos* de la «acción de enriquecimiento». No vamos a detenernos ahora en investigar por qué se optó por esta exclusión en contra de muy autorizadas voces (THÖL, por ejemplo); ni a considerar si se obró «injustamente» —como sostenía LEHMANN (39)—, o si, por el contrario, se actuó de una manera correcta. Anotamos únicamente que en los Protocolos de la Conferencia se dice que la desviación del modelo del *Landrecht* prusiano se debió al hecho de que resulta imposible imaginar el enriquecimiento del endosante (40).

Esta norma del artículo 83 WO (41), por lo demás, constituye el punto de llegada —aunque no de «no retorno»— de una difícil gestación. Desde ahí, el artículo 83 WO pasará a regir en casi toda Europa: en primer lugar, hallará acogida en el nuevo *Codice di Commercio* de 1882 y, más tarde —tras varios intentos fallidos (el Proyecto Norsa,

(38) Son éstas las conclusiones a las que arriba CASTELLANO, *op. cit.*, páginas 52-53.

(39) Cfr. H. O. LEHMANN: *Lehrbuch des deutschen Wechselrechts*, Stuttgart, 1886, pág. 579.

(40) «[v]on einer Bereicherung bei den Indossanten niemals werde [man] sprechen können»: *Protocolle der Leipziger Wechsel-Conferenz*, 1886, pág. 205, *apud* HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 126.

(41) Este era su tenor literal: «Ist die Wechselmässige Verbindlichkeit des Austeller oder des Acceptanten durch Verjährung oder dadurch, dass die zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen verabsäumt sind, erloschen, so bleiben dieselben dem Inhaber des Wechsels nur soweit als er sich sonst mit dem Schaden des Andern bereichern würde, verpflichtet. *Gegen die Indossanten, deren wechselmässige Verbindlichkeit erloschen ist, findet ein solcher Anspruch nicht statt*».

discutido en el Congreso de Bruselas de 1885 por el *Institut de Droit International* y las malogradas Conferencias de La Haya), en los que era evidente la hegemonía de la solución alemana (42)—, pasará a la gran mayoría de los ordenamientos occidentales, que, al amparo del artículo 15 del Anexo II a la *Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets á ordre* (firmada el 7 de junio de 1930 en Ginebra), incorporan al Derecho interno la vieja solución de la *Welchselordnung* (43). En este proceso de asimilación del artículo 83 es preciso anotar, sin embargo, alguna desviación notable: así, por ejemplo, Italia «resucita» en el artículo 67 de su *Legge cambiaria* la legitimación pasiva de los endosantes, mientras Alemania conserva su viejo artículo 83 en el § 89 de la vigente *Wechselgesetz*. Con lo que, al final del camino, volvemos a encontrar en este punto una «comunidad» entre el discutido modelo francés (art. 171 *Code*) y algunos de los más notables exponentes nacionales del modelo alemán.

11. Esta última constatación autoriza a pensar que el artículo 525 del Código de Comercio, en la medida en que legitima a los endosantes, no está tan desencaminado como quizá a primera vista pudiera parecer (sobre todo, a quienes ven en él el producto de un error histórico de recepción). ¿Cuál es entonces la razón de que lo consideremos en el «buen camino»? Son los italianos (y también los alemanes «disidentes» de su propio sistema) quienes deberán explicárnoslo, puesto que, aun alineados en el bando germánico, han acabado por redactar así su artículo 67 *Legge cambiaria*: «Qualora il portatore abbia perduto l'azione cambiaria contro tutti gli obbligati e non abbia contro i medesimi azione causale, può agire contro il traente o l'accettante o il girante per la somma di cui si siano arricchiti ingiustamente a suo danno.» Y suponemos que sus razones tendrán (44). En la medida, pues, en que logremos demostrar la «razonabilidad» de la legitimación pasiva de los endosantes (y, por tanto, la racionalidad en este punto de los arts. 525 y 460, II) encontraremos además un motivo bien justificado para que, al amparo de la reserva, se modifique el texto del artículo 58 del Anteproyecto de

(42) Información suficiente sobre tales intentos en CASTELLANO, *op. cit.*, páginas 79 y sigs.

(43) Como es sabido, en la Convención ginebrina no se logró consenso en esta materia —y por ello se dispuso la reserva— debido a la irreductible posición de los franceses, que seguían polarizando la cuestión sobre la provisión.

(44) La introducción de la legitimación pasiva del endosante, a pesar de contar con voces contrarias, ha sido saludada muy positivamente por alguno de los más reconocidos tratadistas en la materia: cfr., por todos, L. MOSSA: *Trattato della cambiale*, Padova³, 1956, págs. 627-628.

ley cambiaria y del cheque de 1980, en su párrafo 2.º, que, siguiendo el ejemplo de la *Wechselgesetz*, excluye a los endosantes (45). En un meritorio y reciente trabajo, y haciéndose eco de la doctrina más extendida, se ha sostenido la opinión contraria, argumentándose con gran agudeza que no tiene sentido legitimar pasivamente al endosante, puesto que las posibilidades de su enriquecimiento injusto no constituyen más que auténticas «hipótesis académicas» o «de escuela» que «no justifican en modo alguno una especial consideración por parte del legislador» (46). Es claro que para dar crédito a nuestro punto de vista debemos esforzarnos en demostrar que existen (y abundantemente) casos de enriquecimiento del endosante y descubrir su lógica más recurrente. Pasamos a analizar, pues, todas estas hipótesis.

12. Pero planteemos ya la cuestión de *iure condito* y de cara a nuestro Derecho vigente. Para ello, partimos de las posiciones más «extremistas» respecto del artículo 525 del Código de Comercio, que funcionarán como pretexto de nuestra propia exposición. Dos voces —y de las más autorizadas— se han alzado contra el precepto; y con tal vehemencia que —respecto de los endosantes, claro está— lo han considerado como inaplicable y, por consiguiente, lo tienen como no puesto (*lettre morte*, dicen LACOUR y BOUTERON respecto del art. 171 *Code*) (47). Aparte del argumento histórico —la introducción de este precepto se debe a un «despiste» del legislador—, cuya consistencia ya hemos puesto en duda, dos son los argumentos que se han utilizado *contra* el ar-

(45) El texto del Anteproyecto reza así: «El librador y el librado quedarán obligados respecto al tenedor de la letra en tanto en cuanto se hayan enriquecido en su perjuicio, ya sea porque su obligación cambiaria se haya 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». «*Contra los endosantes, cuya obligación cambiaria se haya extinguido, no tienen lugar tales acciones de enriquecimiento*». De este precepto, ya lo decimos ahora, es criticable el primer párrafo, en cuanto que legitima pasivamente al librado; esta idea proviene del artículo 156 del *Code de Commerce* (postginebrino) y se incorpora a nuestro ordenamiento, en el que el tenedor no es —como sucede en el ordenamiento galo y *ope legis*— cesionario del crédito de la provisión. En este punto, entendemos que habría que seguir el ejemplo alemán; ejemplo que se sigue —y a mi modo de ver, desafortunadamente— en el segundo párrafo, al excluir a los endosantes. Las razones del desacuerdo las estudiaremos, *infra*, número 20.

(46) Cfr. JIMÉNEZ: *Reflexiones sobre la «acción de enriquecimiento»*, cit., páginas 99-100. Con ello, tácitamente, aprueba la línea seguida por el Anteproyecto.

(47) Cfr. E. E. HIRSCH: *Der Rechtsbegriff provision im französischen und internationalen Wechselrecht*, Marburg in Hessen, 1930, pág. 25, nota 4.

título en examen: (i) *es incompatible con el mecanismo cambiario atribuir al endosante legitimación pasiva*: «Ciertamente que el endosante —señala RUBIO (48)— puede haber obtenido, efectivamente, la letra sin entregar su importe. Pero éste constituye problema interno entre él y su endosante anterior que no se refleja en el título...» Sobre ello, nada puede pretender el tenedor, «porque el endosante se ha enriquecido no a costa del portador, sino a costa de su endosante anterior» (49); (ii) *es incompatible con el artículo 517, II C. de C.*: este razonamiento ha sido apuntado por GIRÓN TENA, quien a la vista de lo dispuesto en el precepto últimamente mencionado (50) escribe: «El 525, frecuentemente invocado, me parece que queda excluido por ese párrafo referido» (51). Creo que ambos autores tienen razón en la primera parte de lo que dicen, es decir, en la argumentación, y, aun así, con ciertas reservas; disiento, en cambio, de la segunda parte, de sus conclusiones. En el fondo, si no me equivoco, lo que les conduce a estimar *inaplicable* el artículo 525 es un pensamiento que me atrevería a calificar de «naturaleza de las cosas»; el pensamiento tan a menudo repetido de que resulta casi imposible imaginar el enriquecimiento del endosante (*kaum denkbar*, dice MÜLLER-ERZBACH). Idea ésta que es muy cierta si no la tomamos como aseveración absoluta, y que ha sido puesta de manifiesto por toda la literatura cambiaria con afirmaciones cuyo prototipo muy bien podría ser ésta: *los endosantes no crean, a diferencia del librador, la letra de la nada; ellos sólo la reciben* (52). De estas consideraciones, con todo, obtenemos una directiva importante para resolver nuestro asunto: *el problema del enriquecimiento hay que discutirlo con relación a la emisión del título; con relación a lo que en el caso concreto haya*

(48) RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., pág. 208.

(49) *Ibid.*, pág. 209.

(50) «Si el portador de la letra protestada —dispone el artículo 517— dirigiere su acción contra el aceptante antes que contra el librador y endosantes, hará notificar a todos ellos el protesto por medio de Notario público dentro de los plazos señalados en la sección 5.ª de este título para recoger la aceptación, y si se dirigiere contra alguno de los segundos, hará dentro de los mismos plazos igual notificación a los demás. Los endosantes a quienes no se hiciera esta notificación *quedarán exentos de responsabilidad aun cuando el demandado resulte insolvente*, y lo mismo se entenderá respecto del librador que probare haber hecho oportunamente provisión de fondos.»

(51) J. GIRÓN TENA: «Una forma de interpretar los artículos del Código de Comercio sobre la provisión», en *Id.*, *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, pág. 385.

(52) Cfr., para la doctrina italiana, CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 293, con indicaciones suficientes en la nota 132. Los alemanes también suelen insistir en el hecho: así, por ejemplo, B. REHFELDT y W. ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*, München, 1970, página 97, dicen que la exclusión del endosante del círculo de sujetos pasivos de la pretensión «hat einen ganz einfachen Grund: Bei den Indossanten läuft der Wechsel nur durch»; y afirmaciones de este tenor se hallan por doquier.

sido la causa de su emisión. Ello no implica, sin embargo, que —como hacen los autores mencionados— debamos desechar el artículo 525. Es éste un paso que no es necesario dar para mantener la coherencia del sistema cambiario. Porque imaginemos por un momento que el endosante efectivamente se enriquezca injustificadamente. ¿Qué hacer en tales supuestos? ¿Precluir la vía literalmente abierta por el artículo 525 en relación al artículo 460, II? A mí me parece que en semejantes hipótesis la lógica de una razonable composición de los intereses en conflicto exige algún remedio; y creo también —según intentaré demostrar más tarde— que ese remedio nos lo puede proveer el 525, que en casos de *verdadero enriquecimiento* del endosante (es decir, un enriquecimiento asociado al momento económico de la emisión) resultará totalmente aplicable. Por eso decíamos antes que un pretendido «error histórico» nos puede ayudar a cubrir situaciones manifiestamente injustas (el juicio de injusticia no es personal, sino positivo: el Ordenamiento lo prohíbe, según se deduce de los arts. 460 y 515 C. de C.). En definitiva, «no hay mal que por bien no venga».

13. Otro sector de nuestra doctrina, por el contrario, estima aplicable el artículo 525, pero a supuestos que, a mi juicio —y en coherencia con la directiva avanzada hace un momento—, no pueden caer dentro de su ámbito de aplicación. Y no pueden caer por la simplísima razón de que no hay enriquecimiento; el enriquecimiento es sólo una «ilusión óptica». Afortunadamente, la STS de 20 de junio de 1981 ha venido a poner en claro el error de estos planteamientos, acaso los más extendidos. Me refiero a las tesis según las cuales nuestro Derecho positivo autorizaría a que «esta acción de enriquecimiento sea planteada también frente al endosante que no abonó a quien le cedió la letra el valor de la misma y lo recibió, sin embargo, de su endosatario». Tal posibilidad —continúa GARRIGUES— «parece desprenderse claramente de los artículos 460 y 515, que designan como responsable del reembolso a aquel que aparezca en descubierto de él o a aquel que conservare en su poder el valor de la letra sin haber hecho su entrega o reembolso» (53). Y añade el ilustre autor, tratando de referirse a una hipótesis distinta: «El artículo 525 se inspira en un criterio similar al no exonerar al endosante en caso de letra perjudicada si este endosante, después de transcurridos los plazos de presentación, de protesto y de notificación, se hubiera saldado el valor de la letra en sus cuentas con el deudor o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia. La hipótesis de este

(53) GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 221-222.

precepto es la del [...] endosante que, al ceder la letra, no percibió su valor, quedando [...] el endosante deudor del mismo» (54). El *casus* es verdaderamente extraño (55). A mi modo de ver, no es posible encontrar en él el «enriquecimiento» que es el motivo por el cual el legislador decide hacer perdurar la responsabilidad del endosante: el endosante era acreedor y, por lo tanto, siendo satisfecho, no puede considerarse enriquecido injustificadamente. Pero, en todo caso, aparte de esta situación un tanto marginal, parece que la doctrina está pensando que el supuesto de hecho del artículo 525 es el primero al que nos hemos referido; el del «endosante que al recibir la letra no satisfizo su valor y, esto no obstante, lo ha percibido de su endosatario» (56). Estos planteamientos quedan adecuadamente destruidos por la argumentación del Tribunal Supremo en la anteriormente mencionada sentencia; en lo fundamental, por estas tres razones: (i) el *deudor* de que habla el artículo 525 no puede ser más que el librado o aceptante; (ii) la interpretación histórica conduce a interpretar el enriquecimiento —y esta tesis la matizaremos después— relativamente a la provisión y no a los movimientos patrimoniales que documenta la cláusula valor; y (iii) el enri-

(54) *Ibíd.*, pág. 222.

(55) «Es el caso [...] de los giros o endosos —continúa GARRIGUES— hechos con la cláusula 'valor en cuenta' o 'valor entendido'. Si ese [...] endosante, una vez perjudicada la letra, se reembolsa de su importe es como si renaciese el mecanismo de la transmisión cambiaria, y al renacer la letra con ese mecanismo renace igualmente la responsabilidad del [...] endosante» (GARRIGUES, *op. loc. ult. cit.*). Esta hipótesis había sido sugerida por P. HUGUET Y CAMPANA: *La letra de cambio*, Madrid⁵, 1969, págs. 301-302: «El librador o endosante que, estando perjudicada la letra, se reembolsa de su importe, es indudablemente porque al verificar el giro o el endoso, en vez de percibir el importe de la negociación, quedó adeudándose a su respectivo tomador o endosatario, a causa de haberse efectuado dicho giro o endoso por valor en cuenta o por valor entendido, y como que, mientras esta deuda existe, no cabe decir que con respecto a las personas en ella interesadas haya terminado la operación contratada, es por lo que si el librador o endosante *acreedor* cobra su crédito estando la letra perjudicada por falta de presentación, o de protesto o de notificación de éste, para todos habrá caducado el documento menos para quien en semejante estado perfecciona el contrato en virtud de los pactos particularmente establecidos. En tal caso, pues, el tenedor de la letra perjudicada puede dirigirse contra dicha persona, reclamándole el reembolso y abono de daños y gastos». El error del planteamiento me parece evidente; bastará para confirmar esta impresión repasar las páginas que GARRIGUES dedica a la cláusula valor: cfr. GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 296-300.

(56) Así BROSETA: *Manual*, cit., pág. 547. En el mismo sentido, E. LANGLE: *Manual de Derecho Mercantil Español*, II, Barcelona, 1954, pág. 189; A. VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito en la doctrina y derecho positivo*, Zaragoza², s. f., páginas 341-342. También en la doctrina italiana ciertos autores quieren explicar el supuesto de hecho de la legitimación pasiva del endosante con esta misma hipótesis: cfr. G. VALERI: *Diritto cambiario italiano, Parte speciale*, Milano, 1938, página 396; G. DE SEMO: *Diritto cambiario*, Milano, 1953, pág. 788, y V. SALANDRA: *Manuale di diritto commerciale*, II, Bologna, 1953, pág. 368. En la literatura alemana que manejo no he podido encontrar afirmaciones similares.

quecimiento del endosante que se halle «al descubierto» no se ocasiona en perjuicio del tenedor de la letra, sino del endosante anterior (57). Hemos dicho que los planteamientos enunciados quedan «adecuadamente destruidos», aunque en realidad —y siendo sustancialmente correcto cuanto ha sentado nuestro Alto Tribunal— no era necesario acudir a ese tipo de argumentos para negar que el supuesto de hecho del artículo 525 es el que estamos considerando. Existe una primera y definitiva razón que cancela esa posibilidad de dirigirse contra el endosante que no haya entregado valuta, pero que la haya recibido; y que consiste en que *semejante endosante en rigor jurídico (en términos de composición del patrimonio) no se ha enriquecido; o, si lo ha hecho, ha sido con «causa» o justamente*. En efecto, las tesis que ven el enriquecimiento en la circunstancia de que el endosante ha recibido la valuta sin haber satisfecho nada al obligado de grado anterior no se dan cuenta de que eso se produce:

- a) o bien porque dicho endosante ha recibido el título *donandi causa*, en cuyo caso no hay enriquecimiento injusto, porque media la «liberalidad del bienhechor», que es la *causa* —al decir del art. 1.274 CC— del negocio gratuito;
- b) o bien porque el endosante —y esta es una hipótesis que suelen referir los tratadistas alemanes ya desde el siglo pasado— ha adquirido la letra de una manera desleal (*unredliche*) o a través de una conducta prohibida (piénsese en una sustracción o con el que se encuentra una letra desaparecida y luego la pone en circulación). Mas en estos casos el remedio conveniente no es el estrictamente cambiario, sino los remedios penales que sean del caso y los civiles generales (art. 1.902 CC) (58);
- c) o bien porque el endosante —y este es el caso que más nos interesa, por ser el más usual y ser en el que están pensando nuestros autores— no ha cumplido sus obligaciones respecto de su endosante precedente; es decir, no le ha suministrado la valuta porque ha incumplido el negocio subyacente. Y aquí es donde radican todos los equívocos. Parece claro, sin embargo, que en rigor no puede hablarse de enriquecimiento, pues éste queda jurídicamente eliminado por la deuda *ex contractu* o *ex delicto* que persiste a su cargo y a favor del obligado ante-

(57) V. *amplius*, PAZ-ARES: «Nota» (a la referida sentencia), en ADC, 1982, en prensa.

(58) Cfr., para citar sólo un autor clásico y otro moderno, LEHMANN: *Lehrbuch des deutschen Wechselrechts*, cit., pág. 579, y H. KAPFER: *Handkommentar zum Wechselgesetz*, Mainz-Wien, 1969, pág. 279.

rior (59). No olvidemos que la letra se endosa *pro solvendo* y no *pro soluto*, no habiendo novación de la relación originaria. De tal forma que si —como pretenden nuestros autores— legitimásemos pasivamente a este endosante para la acción de enriquecimiento, estaríamos en realidad provocando su empobrecimiento, pues le haríamos pagar dos veces: una, al tenedor, *ex titulo* y de conformidad con el artículo 525; otra, a su endosante anterior y *ex causa*. Y a rebatir este argumento no alcanza desde luego la crítica de ANGELONI, basada en la observación de que nuestro endosante «habría estado igualmente obligado como endosante si el tenedor no hubiese incurrido en la decadencia de la acción de regreso», pues, como justamente observa CASTELLANO, «el endosante responde siempre en vía de regreso por efecto de la firma [...] puesta sobre el título (en contraprestación de la cual normalmente habrá recibido valuta), sin que pueda tener relieve la relación subyacente con el obligado precedente, de la cual se podrán o no, según los casos, derivar excepciones causales para paralizar la acción de regreso ulterior» (60). El perjuicio de la letra, aun sin convertir al título en mero *Schuldschein*, algún efecto restrictivo habría de tener.

14. Finalmente, descartadas las dos primeras posiciones, debemos todavía considerar una última postura doctrinal sobre este misterioso artículo 525. Este precepto vendría reservado —según una tercera orientación— para aquellas hipótesis (que se consideran «marginales») tales como: (i) el caso en que el endosante, «propietario de la provisión» por haberle sido cedida ésta por el librador, la recupere de manos del librado en ejercicio de una acción causal» (61); o (ii) el supuesto en que «como consecuencia de la celebración entre librador, librado y tomador o posteriores endosantes de pactos y contratos que determinan la novación subjetiva de las relaciones subyacentes en el libramiento o en

(59) Cfr. CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria*, cit., págs. 293-294; HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 126; KAPPER, *op. ult. cit.*, págs. 279-280. Esta misma idea, que me parece fundamental —y que será recurrente en nuestro planteamiento de esta y otras cuestiones—, a tenor de la cual no hay enriquecimiento si se permanece sujeto pasivo de una acción causal, ni empobrecimiento si se conserva en el patrimonio el crédito (y con él una acción *ex causa*), resulta puesta muy bien de manifiesto por A. LANGE: *Die Wechselverbindlichkeit*, Marburg in Hessen, 1934, págs. 183-184).

(60) Cfr. CASTELLANO, *op. ult. cit.*, pág. 294.

(61) Así, CUÑAT EDO: *La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de Comercio*, cit., pág. 712; EIZAGUIRRE: *La trascendencia de la relación causal*, citado, pág. 910, y JIMÉNEZ: *Reflexiones sobre la «acción de enriquecimiento»*, citado, pág. 95.

posteriores negocios de transmisión de la letra, asumen los endosantes la titularidad activa y pasiva de dichas relaciones y resultan incumplidores de la obligación de proveer fondos al librado» (62). En resumen, según esta otra interpretación, el artículo 525 quedaría circunscrito a las hipótesis de enriquecimiento de los endosantes *ex* provisión; es decir, a supuestos del todo excepcionales. Sus argumentos capitales vendrían dados por la interpretación histórica basada en la *Ordonnance* (a la que ya se aludió en términos críticos) y, sobre todo, por la identificación de los conceptos de *provisión* y *valor de la letra* (63). Identificación esta última que no sabemos hasta qué punto resulta correcta, sobre todo si procedemos a una lectura sistemática del Código de Comercio.

Nos inclinaríamos más bien por pensar —y vamos así introduciendo ya la primera piedra de nuestra reconstrucción— que cuando el legislador utiliza la expresión «valor de la letra» quiere referirse a la *contraprestación por la cual cada personaje cambiario asume su peculiar responsabilidad cartular*. En este sentido, la fórmula en cuestión englobaría tanto la provisión como la valuta; es decir, la relación subyacente que en cada caso constituye la causa de la suscripción del título: normalmente será, es cierto, la valuta (así, en las posiciones del librador y del endosante) (64); pero en otras ocasiones será la provisión (en el caso del aceptante, aunque —como veremos un poco más adelante— este supuesto sólo tiene una relevancia «indirecta» para nuestro tema de la acción de enriquecimiento). Mas —se nos preguntará— ¿de dónde puede inferirse este planteamiento?

Y para contestar a esta pregunta debemos comenzar confesando que nos hemos precipitado en nuestras conclusiones. En rigor, cuando el legislador habla del «valor de la letra» quiere designar el «importe de la letra». Y este importe es el que nos lleva a la afirmación anterior. Esta es la argumentación: cuando el artículo 515 (que como se sabe es uno de los que integra el grupo normativo que disciplina la acción de enriquecimiento) considera enriquecido y, por ende, legitimado pasivamente a aquel que «conservare en su poder el *valor de la letra* sin haber hecho su entrega o reembolso», lo que me parece que pretende significar es que considera enriquecido a quien sin desembolsar nada (es decir, sin entregar el valor de la letra) (65) recibe algo a cambio. En una palabra,

(62) Así, JIMÉNEZ, *op. loc. ult. cit.*, y, en el mismo sentido, la STS de 20-VI-1981.

(63) Cfr. JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 94-95 e *ibi* ulteriores indicaciones.

(64) Y ésta parece ser la dirección por la que apunta GIRÓN TENA: *Una forma de interpretar*, cit., pág. 385.

(65) Entregar el valor de la letra significa pagar lo que se nos ha dado a cambio; por eso es normalmente el librador el responsable del pago del título perjudicado, porque si no lo paga no satisface el precio de la valuta que le fue suministrada. Normalmente el endosante no está en esta situación, puesto que él

estima que se enriquece el *librador* porque recibe valuta y no entrega el valor de la letra, sino un «papel»; el *aceptante*, porque recibe la provisión y no desembolsa el «importe de la letra»; y el *endosante* (en el caso de que, como el librador, no haya entregado nada y reciba valuta de su endosatario, en los términos que serán analizados dentro de un momento).

Esta interpretación que proponemos —y sobre la que articularemos toda nuestra propuesta— no carece, por supuesto, de argumentos de orden «positivo» que la avalen: (i) el primer argumento es negativo: cuando el Código utiliza la expresión «valor de la letra» lo hace para referirse a algo distinto a la provisión, pues, como muy bien señala RUBIO, el legislador, siempre que quiere referirse a la provisión, la llama con este nombre (66); (ii) el segundo es un argumento de orden sistemático: cuando en otros preceptos se utiliza la mención «valor de la letra» la significación *inequívoca* que hay que atribuirle es la de —como venimos sosteniendo— «importe de la letra». El artículo 494 es particularmente elocuente al respecto, y de él deducimos además el modo de coordinar el concepto de *descubierto* del artículo 460, II, con la noción de *valor de la letra* de los artículos 515 y 525, y precisamente en el sentido de que el «descubierto» se caracteriza por la conservación del «valor». «Tampoco podrá obligarse —dice el art. 494— al portador, aun después del vencimiento, a recibir una parte y no el todo de la letra, y sólo conviniendo en ello podrá pagarse una parte de su *valor* y dejar la otra en *descubierto*.» *Res ipsa loquitur*. Esta tesis se confirma con una lectura de los artículos 495, 498 y 499 del Código de Comercio, en los que de nuevo se constata la identidad semántica de las expresiones *valor* e *importe* de la letra; (iii) el tercer argumento nos lo proporciona el discutido artículo 491; y en concreto en aquella parte en que habla del «embargo del valor de la letra». No podemos detenernos ahora en averiguar cuál es el alcance exacto de ese precepto, pero en todo caso podemos afirmar con seguridad que frente a la tesis de GARRIGUES, para quien ese valor sería la provisión (67), RUBIO —y a él nos remitimos— ha demostrado con abundancia de argumentos de todo tipo que la expresión alude a la cantidad que importa la letra (68).

normalmente desembolsa el valor de la letra cuando la adquiere. Por ello —como veremos— el endosante será sujeto pasivo de la acción de enriquecimiento cuando materialmente juegue el papel del librador.

(66) Cfr. RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., pág. 345.

(67) Cfr. GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, pág. 509.

(68) Cfr. RUBIO, *op. últ. cit.*, págs. 344-346. El argumento se confirmaría finalmente con el artículo 444, núm. 6, del Código de Comercio, con la figura significativamente denominada por la doctrina *dador del valor* (mandatario del tomador y personaje que entrega la valuta), que, según el mencionado precepto, es «aquel de quien se recibe el importe de la letra».

Mas, al margen de estas precisiones —a mi juicio, de peso bastante—, la eventual incorrección de esta tercera solución doctrinal al artículo 525 hay que buscarla en las imperfecciones de fondo de la misma teoría de la provisión. Por consiguiente, la crítica que debemos hacer a esta tesis pasa por una crítica de la teoría de la provisión, al hilo de la cual procuraremos identificar el criterio de determinación del enriquecimiento que, finalmente, nos permita establecer los casos —y veremos que no son tan marginales— en que el endosante, por haberse enriquecido indebidamente, puede ser sujeto pasivo de la acción de enriquecimiento.

15. La llamada «teoría de la provisión», en términos muy simples, postularía la subsistencia de la responsabilidad del pago de la letra respecto de aquel obligado que «conservase en su poder la provisión de fondos». Sería éste: el mismo librador cuando no la hubiese realizado (*ex art. 460, I*); o cuando la hubiese recuperado (*ex art. 525*); el librado que la hubiese recibido (*ex art. 460, II*) (69); o el endosante cuando le hubiese sido cedida la misma o por cualquier motivo hubiese asumido la obligación de proveer (*ex arts. 525 y 460, II*). Y se entiende que esta es la interpretación correcta de nuestro Derecho positivo, *porque sólo en estos supuestos hay enriquecimiento* (que nadie discute como motivo prejurídico y *ratio legis* de los mencionados preceptos). Pues bien, en la medida en que verifiquemos que hay otros supuestos en los que también hay enriquecimiento y que en los mencionados no se produce siempre, habremos restado fuerza a esta teoría, que fracasa ya *positivamente* en el caso del ordenador (enriquecido si no hizo provisión a la que le obliga el art. 456) en la que el legitimado pasivo es el librador); y *lógicamente* se hace inconsistente en el supuesto de un libramiento de favor, en el que el librador no hace provisión, pero tampoco se enriquece. Y no se nos diga que en estos casos sí se enriquece el librador por el crédito *ex causa* que permanece en su patrimonio, porque justamente tal crédito nace con el pago del título.

Pero para abordar definitivamente el tema va ya siendo hora de que hagamos una importante constatación, que nos viene suministrada limpiamente por las conclusiones a las que arriba HIRSCH en relación a los artículos 170 y 171 *Code de Commerce*, que, como se recordará,

(69) Así, GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 220-221 (implícitamente); RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 212-213; VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito*, citado, pág. 338; LANGLE: *Manual*, cit., II, pág. 189 (aunque —creo que por error— dice «acceptante» en vez de «librado»); JIMÉNEZ: *Reflexiones*, cit., pág. 93; CUÑAT EDO: *La interpretación de los artículos 460 y 525*, cit., pág. 714; dubitativo, en cambio, EIZAGUIRRE: *La transcendencia de la relación causal*, cit., pág. 908.

constituyen los antecedentes de nuestros artículos 460 y 525, respectivamente. En estos preceptos —señala HIRSCH— «[N]o se ofrece un tratamiento [...] del concepto jurídico de provisión, sino de la cuestión del llamado enriquecimiento tal como lo hace el artículo 83 WO. Según el Derecho alemán, el librador sólo responde del pago de la letra si el tenedor ha llevado a cabo las conductas prescritas por la ley para la conservación del derecho cambiario. Si la letra se perjudica, en principio, el librador se libera. *Sólo permanece obligado frente al tenedor en la medida en que se haya enriquecido en perjuicio suyo.* En el fondo, pues, la única diferencia entre la solución francesa y la solución alemana se encuentra en la diversa regulación de la carga de la prueba. Según el Derecho francés [en este punto seguido por el español: cfr. art. 460], el librador es el llamado a probar que le ha remitido al librado los medios para el pago de la letra, es decir, que no se ha enriquecido. Según el Derecho alemán, debe probar el tenedor que el librador se ha enriquecido» (70). Y de estas consideraciones que he transcrito sólo en sus últimos puntos, dice HIRSCH, se obtiene como conclusión que «a pesar de la utilización de la palabra 'provisión', no existe una diferencia tan grande entre el sistema alemán y el sistema francés como para que no se pueda encontrar una unidad» (71). Y, en efecto, el autor encuentra la susodicha unidad en los siguientes extremos que, por su gran claridad, me permito transcribir y enumerar:

- a) «Existe unidad sobre la cuestión fundamental de que la negligencia del tenedor no debe liberar de su responsabilidad al librador cuando él mismo haya recibido un contravalor (*Gegenwert*) a cambio de la entrega de la letra, pero no haya efectuado ningún gasto (*Aufwendungen*), con los que el librado pueda pagar la letra con cargo al librador.»
- b) «Existe unidad sobre el hecho de que esta responsabilidad se conecta a la emisión de la letra.»
- c) «Existe unidad sobre el hecho de que aquí se debe prescindir de la naturaleza abstracta de la cambial y de que la responsabilidad del librador debe enjuiciarse trayendo a la superficie las relaciones jurídicas materiales que subyacen a la letra.»
- d) «Existe unidad, finalmente, incluso sobre el hecho de que la pretensión [del art. 171 *Code*] es una pretensión de enrique-

(70) E. E. HIRSCH: *Der Rechtsbegriff provision im französischen und internationalen Wechselrecht*, cit., pág. 25.

(71) *Ibidem*.

cimiento en el sentido de la *Bereicherungsanspruch* del artículo 83 WO: 'Le tireur, en opposant la déchéance, s'enrichirait au prejudice du porteur' [LYON-CAEN y RENAULT]» (72).

Este esquema —avalado además por otros reconocidos estudiosos (73)— reduce las diferencias y nos autoriza a proseguir nuestra interpretación del Derecho vigente de la mano de la doctrina elaborada a la luz de los sistemas germánicos. En concreto nos proponemos demostrar que en nuestro Derecho positivo —y acaso con más razón que en el *Code de Commerce*, por lo que se dirá más tarde (*infra* n. 22)— *el enriquecimiento y, con él, la cesación de la caducidad de la acción cambiaria de regreso debe ser valorado únicamente en función de la relación subyacente a la obligación cambiaria asumida por cada sujeto* (74). Porque tal es el motivo de la suscripción por su parte de la letra. En concreto:

- a) para el librador, debe sólo valorarse la relación causal con el tomador;
- b) para el librado, en realidad, no hay nada que valorar, pues —a nuestro juicio— no es legitimado pasivo de esta acción, según se demostrará en el curso de la exposición;
- c) para el aceptante debe sólo valorarse la relación de provisión con el librador (75); y
- d) para el endosante debe atenderse a su relación causal con el endosatario.

Analicemos uno por uno y con la mayor brevedad estos supuestos. Y no olvidemos una directiva interpretativa que ya quedó más o menos explicitada en el epígrafe n. 12: el enriquecimiento, en sentido jurídico, no depende de lo que las partes *de facto* hayan entregado o recibido; sino, y únicamente, de lo que, sobre la base de las relaciones causales, *deben dar o les es permitido conservar* (76). El enriquecimiento se enjuicia así por el balance del patrimonio, donde se computa de igual manera la posesión de un bien que la titularidad de deudas y créditos.

(72) *Ibid.*, págs. 25-26.

(73) Cfr. DABIN: *Fondements de droit cambiaire allemand*, cit., págs. 379-380, y R. VOEGELI: *La provision de la lettre de change et son attribution au porteur*, París-Lausanne, 1947, págs. 212-213.

(74) Tal es la hipótesis de CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria*, cit., página 253.

(75) Como ya sabemos (v. *retro*, nota 7), el aceptante responde en todo caso y con independencia de que se haya o no se haya enriquecido. La afirmación del texto tiene sólo sentido para determinar un caso de exclusión del enriquecimiento del librador (v. *infra*, núm. 17).

(76) Cfr. HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., págs. 125 y 127.

16. Vayamos en primer lugar al caso del librador. Para valorar su enriquecimiento —como sabemos— tenemos que estar a cuál haya sido el motivo de la emisión del título. Pues bien, partiendo de ese presupuesto, la provisión es irrelevante para determinar si hay o no hay enriquecimiento del librador. Puede constituir una «pista», mas nunca se convierte en clave de averiguación del problema. *El librador se enriquece sólo por lo que recibe*. Y tal enriquecimiento no lo excluye desde luego la circunstancia de que el emisor haya provisto al librado, porque respecto de él conserva el *crédito disponible* (77). En nuestro Derecho —como es sabido— no hay cesión de la provisión *ope legis*, como desde la reforma de 1922 claramente sucede en el Ordenamiento galo (78), lo cual, en última instancia, supone que el librador goza de *disponibilidad* sobre el crédito (y al respecto —para explicar dogmáticamente el fenómeno— poco importa que se siga la teoría germánica del mandato, que en nuestro Derecho deduciríamos de la *revocabilidad* del mandato de pago (cfr. art. 1.733 CC) (79) o que, por el contrario, se siga la teoría de la delegación, ya que en tales supuestos no ha habido aceptación de la misma, que es lo que convierte el crédito en indisponible (80).

Estas consideraciones, sin embargo, parecen tropezar con el dictado literal del artículo 460, que parece excluir el enriquecimiento (y la consiguiente responsabilidad) del librador cuando demuestre haber efectuado la provisión. Mas la colisión sólo se produce en la superficie. Una lectura más atenta del precepto nos permitirá acceder a otra comprensión más congruente con lo que venimos sosteniendo. Esta lectura la plantearíamos así: *la prueba de la provisión no tiene nada que ver con el asunto del enriquecimiento*; pero, si esto es así, entonces, ¿qué significado debe atribuirse al artículo 460, I? Uno muy distinto dogmáticamente, aunque desde el punto de vista de los efectos prácticos no se observen divergencias: en el artículo 460 se dice que el legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento *es siempre* el librador (a no ser que lo sea un endosante que se halle al descubierto), y ello con independencia de que haya o no haya provisto: *la relevancia de la provisión se produce únicamente con relación a la subrogación legal que parece sancionar ese precepto*. En el caso de que el librador haya provisto al librado, no es que no esté viva la acción de enriquecimiento contra el librador (pues él sigue enriquecido al conservar el crédito contra el librado), sino que lo que se produce es la subrogación del tenedor en los

(77) Cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, págs. 281 y 289, y A. BAUMBACH y W. HEFERMEHL: *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, München¹⁰, 1970, págs. 300-301.

(78) Cfr., por todos, GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 411-412.

(79) Cfr., por todos, HIRSCH: *Der Rechtsbegriff provision*, cit., págs. 77-78.

(80) *Ibid.*, pág. 81.

derechos del librador a la provisión (mas sobre este punto que ahora afirmamos sin argumentar volveremos en su momento: *infra* n. 26 *sub d*).

Sólo en un caso la relación de provisión parece asumir relevancia de cara al enriquecimiento; me refiero al supuesto en que la provisión desaparezca como consecuencia de la insolvencia en que ha incurrido el librado después del plazo de presentación. En este caso, a primera vista, parece que el haber hecho provisión elimina el enriquecimiento, pues, ciertamente, ya no se puede afirmar sin más que el librador conserva el crédito. Pero de nuevo no hay aquí más que una «ilusión óptica» que no afecta ni un ápice a la consistencia de la tesis que tratamos de defender. En la hipótesis que discutimos —como agudamente ha demostrado CASTELLANO (81)— ciertamente el haber el librador hecho la provisión comporta la eliminación de su enriquecimiento (ya que sólo le queda el crédito al dividendo), mas semejante «eliminación» no se opera en el seno del presupuesto objetivo de la pretensión, en el sentido de que al importe de la valuta haya que sustraer el de la provisión, sino que se produce de un modo externo: la misma acción de enriquecimiento que ejercita el tenedor viene paralizada por la pretensión resarcitoria del librador, por la cuantía de daños que le ha causado la negligencia del portador. Y esto es lo que dice nuestro Derecho positivo en el artículo 537, II: el portador (del cheque) perderá su acción contra el librador en caso de perjuicio, «si la provisión de fondos hecha en poder del librado desapareciese porque éste suspendiera los pagos o quebrase»; y también en el 460, que —si de acuerdo con nuestro planteamiento lo que establece es una subrogación— lo que en realidad está disponiendo es la atribución al tenedor negligente de los derechos que el librador pueda tener en la masa de la quiebra. Esta misma idea, finalmente, resulta confirmada por el artículo 517, II (82). En realidad —y como ya pusiera de manifiesto CASTEIN—, esta es la disciplina típica de la acción de enriquecimiento: *el deudor está tutelado en caso de mora del acreedor contra el peligro de insolvencia del librado* (83).

17. Resta, sin embargo, una hipótesis en la que, efectivamente, la prueba de la provisión tiene efectos liberatorios para el librador; me refiero —obviamente— al supuesto de la letra aceptada. Mas esta con-

(81) Cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 336.

(82) Cfr. HIRSCH, *op. ult. cit.*, pág. 71.

(83) Apud K. WIELAND: *Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen*, Basel, 1901; cito por la trad. it. (*La cambiale e i suoi rapporti col diritto civile*, Padova, 1931), pág. 44.

clusión no es inconsistente con la tesis que tratamos de sacar adelante; antes bien, constituye un signo ulterior de su ratificación. En efecto, la liberación del librador se explica por la sencillísima razón de que en este caso el librador no permanece enriquecido porque su crédito frente al librado ha quedado inmovilizado e indisponible por obra de la aceptación: hasta tal punto que incluso en caso de concurso del librador, los síndicos de la quiebra no pueden reclamar del aceptante la devolución de la provisión. La indisponibilidad se explica, a mi juicio —y no es éste el momento oportuno de considerar críticamente otras construcciones (84)—, por el mecanismo delegatorio en que estructuralmente se resuelve la letra: (i) si media aceptación, el delegante no puede revocar la delegación, y (ii) si media provisión, ésta se afecta especialmente al pago por el delegado-aceptante; queda indisponible, porque el librado goza sobre ella de un *derecho de retención* (85).

Bien mirado, este razonamiento más que negar el enriquecimiento del librador, lo excluye afirmando el del aceptante, porque —como es evidente— enriquecido sólo puede haber uno. Con lo cual, de nuevo estamos confirmando nuestro punto de vista, a tenor del cual el enriquecimiento debe valorarse relativamente a la relación subyacente que motiva la asunción de responsabilidad cambiaria; relación subyacente y motivo que, en el caso del aceptante, es la provisión (86).

Este planteamiento no se destruye por el hecho de que en nuestro ordenamiento (no perdurando la acción de enriquecimiento más allá de la prescripción de la acción cambiaria) el aceptante no pueda, en rigor, ser considerado legitimado pasivo de la pretensión de enriquecimiento (salvada, claro está, la opinión contraria de RUBIO) (87); por el hecho, en definitiva, de que responda con independencia del perjuicio del título y de la existencia de provisión. Y no se destruye el planteamiento —repetimos— porque, al menos, sirve para demostrar (que es lo que perseguimos) *la exclusión del enriquecimiento del librador y de su responsabilidad por la letra perjudicada, en el caso de que preste la provisión* (artículo 460, I), sin que ello signifique aceptar los presupuestos de la teoría de la provisión.

(84) V. gr., la teoría del mandato a la que parece remitirse GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 414-415.

(85) Cfr., cómo no, W. BIGIAMI: *La delegazione*, Padova, 1940, págs. 189-190 en nota, y HIRSCH, *op. cit.*, pág. 80.

(86) Clarísimamente J. v. GIERKE: *Das Recht der Wertpapiere*, Köln-Berlín, 1954, pág. 66.

(87) V. *supra*, nota 7.

18. Vamos ya al último supuesto de los enumerados, al que reviste mayor importancia en nuestro discurso. Partimos —de acuerdo con nuestra propia reconstrucción— de la siguiente afirmación: *el endosante se enriquece por lo que recibe del endosatario*. Pero si el punto de partida es cierto —se nos dirá— estamos incurriendo en contradicción con cuanto sosteníamos, *supra*, número 13, donde concluíamos —rebatiendo una opinión bastante generalizada en nuestra literatura— que el endosante que no entrega valuta a su transmitente, pero que recibe valuta de su *accipiens*, no está legitimado por el artículo 525 ó 460. Se recordará que fundábamos esta solución negativa en el hecho de que el «supuesto enriquecimiento» del endosante se producía única y exclusivamente *inter partes* y no en perjuicio del tenedor; realmente —precisábamos allí—, el endosante en semejantes hipótesis no se enriquece porque sobre su patrimonio pesa una deuda *ex causa*.

Entonces, ¿cómo se concilian estas consideraciones con la afirmación inicial?, ¿cómo se resuelve la paradoja? Muy fácilmente: este endosante que no entrega valuta, pero sí la recibe, no está legitimado porque su «supuesto enriquecimiento» tiene su origen en un contrato incumplido y no —*que es lo verdaderamente relevante*— en la emisión del título. Y todavía tenemos que añadir algo más: autorizar contra él la acción de enriquecimiento comportaría, en la realidad de los hechos, un verdadero enriquecimiento del librador, que es quien, a fin de cuentas —y como expresivamente apostilla MOSSA—, «ha creado la letra de la nada y estampando en ella felizmente su firma, la ha dotado de un valor económico» que no desembolsa (88). Autorizar la acción de enriquecimiento contra tal endosante supone, en definitiva, desconocer cuál es la auténtica estructura del círculo cambiario, dentro del cual —y con mucha precisión— es menester discernir dos tipos bien distintos de posiciones o relaciones:

- a) De una parte, las que podemos denominar «relaciones intermedias», que agrupan las posiciones de tomador y endosantes. Lo que aquí suceda entre los personajes cambiarios intervinientes para nada afecta a la consistencia económica de la cambial; entre ellos funciona como papel-moneda, de cuya «fortaleza» y eficacia no son responsables una vez perjudicada. Como acostumbra a repetir los autores alemanes —que justamente en razón de esta consideración han excluido a los endosantes en el § 89, II, *Wechselgesetz*—, *bei den Indossanten läuft der Wechsel nur*

(88) Cfr. MOSSA: *Trattato della cambiale*, cit., pág. 627.

durch («cerca de los endosantes, la letra sólo circula»). Los ajustes económicos que entre las partes deban efectuarse para evitar cualquier tipo de enriquecimiento, se instrumentan a través de acciones causales.

- b) De otra parte, tenemos las «relaciones de punta», es decir, aquellas que tienen lugar entre el tenedor y el librador (y a efectos económicos, poco importa que hablemos de librador o de aceptante provisto); entre el acreedor (único acreedor del «valor de la letra») y el deudor (único deudor del título caducado), que lo es —como ya sabemos— por el hecho mismo de la emisión. Los ajustes tendentes a lograr el equilibrio patrimonial no pueden producirse aquí con acciones causales, por lo que para estas situaciones el ordenamiento concede el recurso extremo de la «acción de enriquecimiento».

Pues bien, si las cosas son así —y no parece que puedan ser de manera diversa—, se precipita sobre nosotros una pregunta insidiosa: ¿debemos entonces —como quisiera RUBIO— abandonar definitivamente los artículos 460, II, y 525 respecto de los endosantes, que representan «posiciones intermedias», y cancelar toda posibilidad de dirigir contra ellos la acción de enriquecimiento? La respuesta es, sin embargo, negativa. Más bien, lo que nos exige el razonamiento anterior es aplicar los preceptos mencionados *en todos aquellos casos en los que el endosante material o económicamente aparezca en una «posición de punta»; en los casos en que sea el emitente real de la letra*. Habida cuenta que en la realidad del tráfico se producen «perversiones», es decir, utilizaciones de las posiciones cambiarias para fines distintos de los que les son propios, postularíamos un «levantamiento del velo» de las mismas para aplicarles la disciplina que les es «funcionalmente» propia.

Con esta directiva interpretativa tendremos asegurada la coherencia de todo nuestro planteamiento, que en síntesis: (i) conecta cualquier acción de enriquecimiento al momento de la emisión; (ii) lo valora por la relación subyacente que haya sido la causa de la asunción de la responsabilidad cambiaria en cada caso, y (iii) le importa sólo en la medida en que tal enriquecimiento se haya producido en perjuicio del tenedor (89).

¿Pero hay algún supuesto en que el endosante sea el verdadero emisor del título? En principio —como es evidente—, parece que no. Para saberlo, sin embargo, y como ya anunciábamos, *supra*, número 11, tendremos que dirigir nuestra mirada a los ordenamientos que en este punto se

(89) Por supuesto, este «perjuicio» o «daño» no hay que entenderlo en el sentido del artículo 1.902, sino como sinónimo de «a costa de»: cfr. HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 126.

han desviado de la tradición alemana e incluso a los autores que disienten en Alemania de su propio sistema. Y muy concretamente tenemos que fijar nuestra atención en el ordenamiento italiano, que, aun inspirándose en el sistema alemán: (i) en el *Codice di Commercio* de 1882 (cfr. art. 324) no legitimaba expresamente a los endosantes (sólo al librador y al aceptante), *pero tampoco los excluía expresamente*, como hacía la *Wechselordnung*, y (ii) en el artículo 67 de la *Legge cambiaria* vigente (aprobada por Real Decreto de 14 de diciembre de 1933), que, esta vez ya de modo expreso, sanciona la legitimación pasiva de los endosantes.

19. Planteada la línea de la argumentación, suspendemos por un momento su desarrollo, al objeto de ilustrar la discusión con algunos supuestos que nos puede ofrecer la fenomenología de la realidad (supuestos relativamente simples de una extensísima gama de posibilidades que permite la distinta combinación de las diversas posiciones cambiarias). Tenemos para ello siempre presente que el enriquecimiento del endosante vendrá dado por la valuta que reciba de su endosatario, cuando él mismo no ha dado, ni *debe*, nada a los obligados anteriores; o lo da y más tarde lo recupera, siendo claro que cuando no da ni debe nada es porque él, económicamente, aparece como el creador del título (que definimos como el que emite el título de la nada). Pues bien, con esta precisión consideramos ya las que pueden ser (entre otras muchas) *hipótesis literales* del artículo 525. Sin necesidad de mucho esfuerzo, se nos ocurren, cuando menos, estas dos (90):

- a) Imagínese, en primer lugar, que yo soy titular de un crédito contra Ticio y quiero descontarlo. Para ello pido a mi amigo Cayo que libre una letra a cargo de Ticio, que tomo yo y posteriormente endoso. Más tarde —y con independencia de la suerte del título—, Ticio (que quizá ni siquiera sabe que se ha librado una letra a su cargo) me paga cuanto me debía. Sempronio, tenedor negligente del título, ¿contra quién deberá dirigirse? Claramente contra mí, primer endosante, pues me he enriquecido con la valuta que me entregó mi endosatario. Y ello es lo que ordena el artículo 525, cuando hace responsable al endosante que «se hubiese saldado del valor de la letra en sus cuentas con el deudor (librado) o reembolsado con valores o efectos de su pertenencia».

(90) Conviene advertir que normalmente los supuestos de enriquecimiento de los endosantes se producen no en las letras comerciales, sino en las letras financieras.

- b) Imaginemos ahora otro caso, o mejor dicho, tomémoslo de la experiencia. En nuestra práctica bancaria, como ha tenido ocasión de registrar la jurisprudencia, no es desconocido el caso —nos recuerda EIZAGUIRRE (91)— en el que un Banco, por tanto, un eventual endosante, es quien satisface la «provisión» al aceptante. El que libra la letra, es evidente, lo hace con meros efectos de garantía, sin dar ni recibir nada a cambio. Si aquel endosante —el Banco— se reintegrase de la «provisión» (en realidad, sería mejor aquí hablar de «valor de la letra», según vimos, *supra*, núm. 14) con posterioridad a la decadencia de la pretensión cambiaria del tenedor, tendríamos —concluye EIZAGUIRRE— «el supuesto verdadero de enriquecimiento de un endosante a costa del tenedor». Tendríamos el supuesto de hecho «tradicional» del artículo 525.

Hipótesis de esta naturaleza no son difíciles de verificar en el tráfico cambiario y encajan perfectamente en el supuesto literal que delimita el artículo 525 del Código de Comercio. Imaginemos ahora algo mucho más simple: yo libro una letra propia (cfr. art. 446, núm. 3) para favorecer a mi amigo Cayo, que, a su vez, para favorecer a su amigo Ticio, se la endosa a él, quien posteriormente la descuenta (complico las cosas con un doble endoso para que se observe un caso de enriquecimiento del segundo endosante, además de por la necesidad de dos firmas, que exige el art. 178, II del Código de Comercio para el descuento). La letra se perjudica. ¿Contra quién debe dirigirse el tenedor? Parece que contra Ticio, pues ha sido él —en su calidad de segundo endosante— quien se ha enriquecido por haber recibido valuta del banco descontante, sin haber satisfecho nada a cambio a los obligados precedentes. Y parece que el último tenedor debe dirigirse contra este segundo endosante, porque su situación económica es igual a la ilustrada en los dos supuestos anteriores. Sin embargo, no se dan todos los requisitos que exige el artículo 525, y, en concreto: (i) haber recibido el valor de la letra del *librado*, y (ii) haberlo recibido una vez que se haya producido el perjuicio de la letra. Mas estos obstáculos, sin embargo, no son en absoluto insalvables. Disponemos para ello del artículo 460, II, a cuyo tenor es responsable del pago del título perjudicado quien se halla al descubierto de su reembolso. En realidad, todas las situaciones del artículo 525 ya se encuentran en el artículo 460, que en este sentido es «norma general». El artículo 525

(91) Cfr. EIZAGUIRRE: *La trascendencia de la relación causal*, cit., pág. 910. Cita este autor para documentar la recurrencia del supuesto la STS de 18-III-1960 y la STS de 15-VI-1962. Por nuestra parte, alegaríamos la STS de 18-XII-1979, en la que reaparece como «supuesto de hecho básico» el que se describe en el texto.

no está, sin embargo, desprovisto de utilidad: es en él donde certificamos que entre los obligados cambiarios que aparezcan al descubierto puede encontrarse el endosante (92).

20. Hecha esta breve ilustración, volvemos a retomar el problema que debíamos resolver a la luz de la experiencia italiana. Durante la vigencia del *Codice di Commercio* de 1882 —en el que, como recordábamos un poco más arriba, ni para incluirlos ni para excluirlos, figuraban los endosantes—, la jurisprudencia y la doctrina admitieron su legitimación pasiva en la acción de enriquecimiento en todos aquellos supuestos en que tales endosantes aparecían económicamente como «*verdaderos libradores*» (según afortunada expresión de VIVANTE, como siempre, atento observador de la realidad). Y como verdaderos libradores aparecían cuando el título había sido librado o emitido *per comodo suo*, es decir, en su favor (se trata de una hipótesis —como se habrá advertido— en la cual el endosante es el favorecido y el librador asume el papel de mero garante o favorecedor) (93). Por lo demás, la contemplación de estos supuestos sería la razón fundamental que habría de inducir al legislador de 1933 a introducir ya de modo expreso la legitimación pasiva del endosante en el artículo 67 de la *Legge cambiaria*. A poco que pensemos, podremos constatar que no otra es la lógica recurrente de las hipótesis descritas en el epígrafe precedente. Supuestos todos —nos apresuramos en decirlo— que no necesariamente deben considerarse como ilícitos; más bien todo lo contrario, pues en la mayoría de las ocasiones lo que se persigue constituyen muy legítimos fines de afianzamiento, fuera de la que sería la típica fórmula del aval (94).

Por consiguiente, parece correcto concluir ya de cara a nuestro Derecho positivo, que cuando todos los obligados anteriores hayan estampado sólo firmas de favor, el endosante será el legitimado pasivo de la acción de enriquecimiento por hallarse al descubierto del valor de la cambial (95). Contra esta conclusión se me podría alegar, sin embargo, un argumento que yo mismo he utilizado con anterioridad: *el endosante no se ha enriquecido porque sobre su patrimonio pesa una deuda*

(92) Así, con gran eficacia, GAYOSO: *Interpretación del artículo 525*, cit., páginas 173-174. Implícitamente —con referencia a los correlativos preceptos del *Code de Commerce*—, LYON-CAEN y RENAULT: *Traité de droit commercial*, cit., IV, página 316.

(93) Cfr. C. VIVANTE: *Trattato di diritto commerciale*, III, Milano³, s. f., 1940, página 577.

(94) Cfr. por todos, GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, págs. 242-252.

(95) El endosante es en estos casos el *vero traente*, porque «recoge la valuta que dio lugar a la emisión»: VIVANTE: *Trattato*, cit., III, pág. 576.

ex causa (la derivada del derecho de repetición que asiste al fiador-favorecedor). Mas este razonamiento no es válido en esta situación, y no porque pensemos —como ha sostenido algún autor— que el beneficiario del favor se enriquezca *injustamente* en los casos en que pague el garante (96), sino porque esa deuda *ex causa*, que vendría a paralizar su enriquecimiento, sólo nace cuando ya se ha pagado por el fiador el importe de la obligación principal (cfr. art. 1.838 del Código Civil), cuyo pago, cabalmente, es el que se quiere evitar legitimando pasivamente al endosante (97).

Estas conclusiones a las que hemos arribado nos parecen muy importantes, porque contra lo que se suele decir —las hipótesis de enriquecimiento de los endosantes son meramente «profesorales», constituyen «casos de laboratorio», etc.—, la realidad nos ofrece numerosas pruebas en sentido contrario. PETER OPITZ, en un interesante trabajo sobre el cambio de función del endoso, ha realizado una encuesta a las más relevantes entidades bancarias de seis países europeos, por medio de la cual ha podido constatar la casi total ausencia de avales en el tráfico cambiario y, correlativamente, su paulatina sustitución por firmas de librador o endosante de mero favor. De lo que sin mayor atrevimiento podemos inferir que, en la vida de los negocios, serán relativamente frecuentes los casos de enriquecimiento de endosantes, «emitentes reales de la letra» (98). Que estamos en la vereda cierta nos lo confirma, finalmente, la autoridad de CANARIS. Como es sabido, el § 89, II, *Wechselgesetz*, excluye expresamente a los endosantes del círculo de sujetos pasivos de la acción de enriquecimiento: «Gegen die Indossanten, deren wechselfähige Verbindlichkeit erloschen ist, findet ein solcher Anspruch nicht statt»). En un reciente trabajo contra la doctrina dominante y contra la misma letra de la ley, sostiene el mencionado autor la legitimación pasiva del girante en

(96) Cfr. E. POLO SÁNCHEZ: «Provisión de fondos y legitimación para librar», en *Rev. Jur. Cat.*, 1977, pág. 427. En este caso el endosante no se enriquece, ya que contra él conserva el librador que ha pagado el título un crédito causal.

(97) La *ratio* de esta regla se confirmaría dentro del mismo ordenamiento cambiario si tenemos en cuenta (*mutatis mutandi*: el endosante sería librador y el librador, librado) que la autorización para girar no es suficiente para liberar al librado de su responsabilidad ante una letra perjudicada, ya que el artículo 460, I sólo confiere eficacia liberatoria a la provisión de los artículos 456 y 457.

(98) Cfr. P. OPITZ: *Der Funktionswandel des Wechselindossaments*, Berlín, 1968, págs. 116 y ss., esp. pág. 124. Este dato de la recurrencia con que se producen en la vida real los supuestos de enriquecimiento del endosante puede constatarse también a través de las numerosas sentencias italianas que cita VIVANTE, en las que la judicatura consideró al endosante *vero traente* y, por consiguiente, le hizo aplicación del artículo 324 del *Codice di Commercio* de 1882.

todos aquellos casos en que el librador lo sea de favor. Y en base a una *restricción teleológica* del § 89, II y una *aplicación analógica* del § 89, I (en el que se afirma la responsabilidad del librador), fundándose para ello en la consideración de que en este supuesto la letra no «pasa» por los endosantes, sino que «sale» de ellos, que resultan así los verdaderos enriquecidos (99). Recordaré, además, que esta necesidad interpretativa ya se sintió a mediados del siglo pasado y justamente en el momento de la promulgación de la *Wechselordnung*, que, como ya hemos dicho, expresamente excluía a los endosantes de la acción del artículo 83. THÖL, aun acatando la letra de la ley, se permitía calificarla de absurda por no discernir entre dos situaciones muy distintas; entre los «endosantes y los endosantes simulados, que *re vera* son el deudor principal materialmente obligado» (100). Pero incluso he podido encontrar un testimonio excepcional en la literatura alemana del siglo XIX, que, yendo más allá de THÖL, se mostraba partidario de superar la «letra de la ley» (de «levantar el velo»). De él no me resisto a reproducir esta larga cita, que nos alumbra nuevas hipótesis a incluir en el artículo 460, II del Código de Comercio: «Un endosante deberá [...] ser tratado como el librador —escribía HOFFMANN— cuando sólo formalmente aparezca como endosante y en la realidad haya representado el papel del librador; así, por ejemplo, cuando alguien, bajo apariencia, libra una letra pagadera a un tercero para crearle crédito, y el tercero, que por convenio debía proveer cobertura, la endosa de nuevo; o cuando alguien, A, falsifica una letra con una firma falsa pagadera a un tercero, B, quien de nuevo con firma falsa la endosa a un cuarto, C, quien, a su vez, la transmite a un quinto, D [...], en cuyo caso, C aparece como el primer librador verdadero (siendo formalmente endosante). A semejante hipótesis equivale el caso de varios duplicados de una letra, en el que un endosante al que compete un ejemplar, desenvuelve el papel de librador a través del endoso de los

(99) Esta tesis la desarrolla CANARIS en un trabajo al que no hemos podido tener acceso: cfr. C. W. CANARIS: «Der Wechselbereicherungsanspruch», en *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, vol. 2, 1977, págs. 34-35. Yo he tomado la síntesis del resumen que él mismo hace en HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., págs. 126 y 128. Hay que advertir, sin embargo, que la doctrina mayoritaria, aun admitiendo que en estos supuestos los endosantes realmente se enriquecen, los excluyen del círculo de legitimados pasivos por evidentes consideraciones textuales: cfr., por todos, BAUMBACH-HEFERMEHL: *Wechselgesetz*, cit., pág. 301. La doctrina lo suele admitir, sin embargo, en las hipótesis de letra propia; y ya desde antiguo: «Der erste Indossant einer Tratte an eigene Ordre ist Trassant, mithin der Klage wegen Bereicherung unterworfen»: H. O. THÖL: *Handelsrecht*, II, *Das Wechselrecht*, Leipzig⁴, 1898, pág. 385.

(100) THÖL, *op. ult. cit.*, pág. 384, e *ibi* más indicaciones de la literatura del momento.

otros duplicados a diversas personas [...]. En estas y similares hipótesis, el tenedor de una letra perjudicada puede dirigirse con la *Bereicherungsanspruch* contra semejante endosante» (101).

21. Pero hay todavía mucho más. El análisis precedente nos abre una perspectiva mucho más vasta y nos pone en la pista segura para identificar la *ratio* más recurrente del enriquecimiento del endosante. Una idea apenas esbozada anteriormente debemos retener ahora para un eficaz desarrollo de este epígrafe, y consiste en que —según apuntábamos, *infra*, número 19, *in fine*— la posibilidad muy limitada de hacer responsable al endosante, que consagra el artículo 525, debe ser ampliada por la «cláusula general» del artículo 460, II a cuyo tenor «la responsabilidad del reembolso [se imputa] a aquel que aparezca al descubierto de él, en tanto que la letra no esté prescrita», y que confirma el artículo 515 en términos parecidos, al legitimar a todo «aquel que conservara en su poder el valor de la letra sin haber hecho su entrega o reembolso». En ambos preceptos se utilizan criterios «materiales» para identificar el enriquecido: «estar al descubierto» significa claramente haber sido reintegrado del valor de la letra —haber recibido valuta—, sin haber entregado nada, ni deber nada *ex causa*. Esta interpretación, además —y según tendremos ocasión de constatar—, nos la consiente claramente nuestro Código de Comercio, que en este punto —artículo 460, II— se separa del modelo francés para introducir en nuestro Derecho una verdadera *Bereicherungsanspruch*. La intuición originaria de esta bipartición —un sistema mixto— es mérito del profesor URÍA, para quien en nuestro ordenamiento hay que distinguir dos acciones distintas que se derivan de la letra perjudicada: (i) la acción de provisión contra el librador (*ex art. 460, I*), y (ii) «la acción de enriquecimiento cambiario contra la persona que se haya lucrado indebidamente por consecuencia de la letra» (*ex arts. 460, II, 515 y 525*) (102). En realidad, todo nuestro empeño es reconstruir una verdadera acción de enriquecimiento y reconducir a sus principios incluso la «acción de provisión contra el librador».

Pues bien, para descubrir esa lógica recurrente del enriquecimiento del endosante, debemos por un momento detenernos en la figura del librador para luego aplicarle sus principios. Ello nos obliga a efectuar un razonamiento un tanto complicado, que, sin embargo —y a efectos de

(101) E. HOFFMANN: *Ausführliche Erläuterung der allgemeinen deutschen Wechselordnung*, Giessen, 1859, págs. 596-597.

(102) Cfr. R. URÍA: *Derecho Mercantil*, Madrid¹⁰, 1975, pág. 766.

simplificar la exposición—, quiero suministrar de una manera escalonada (103):

- a) La acción de enriquecimiento puede dirigirse contra el librador —dice el artículo 460, I— que no pruebe que tenía hecha la provisión de fondos al momento del vencimiento, es decir, que no pruebe la existencia de un crédito a su favor contra el librado. Imaginemos ahora que el librado en el momento de la aceptación es insolvente y deudor del librador. Formalmente, literalmente, el librador siempre quedará liberado si prueba que en aquella época había provisto, para lo cual no tendrá muchas dificultades probando que era acreedor (art. 457) (104). Esta solución, evidentemente, es incongruente con la *ratio* que inspira la disciplina de los artículos 460, 515 y 525: *se pasaría al tenedor el perjuicio que al librador ocasionó la insolvencia del librado*. Se enriquecería el librador (105). A mi modo de ver —y se trata de doctrina mayoritaria en el Derecho continental (106)—, en este caso (cuando en el momento de la aceptación el librado fuese insolvente), la acción de enriquecimiento podrá dirigirse

(103) El punto de vista que expondré a continuación me ha sido sugerido por la tesis —impecablemente defendida de cara al Derecho italiano— de CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*, cit., págs. 291-292.

(104) Acogemos aquí, como es notorio, la teoría unitaria de la provisión (artículo 456 = art. 457), a cuyo tenor ésta se definiría como «el crédito dinerario del librador frente al librado» (remito, por todos, a HIRSCH: *Der Rechtsbegriff provision*, cit., págs. 9 y ss.). Esta tesis «afrancesada», aunque combatida en nuestra literatura por la autoridad de GARRIGUES, parece hoy en día la más acreditada dentro de nuestra doctrina (para un examen del estado de la cuestión reenvío a POLO: *Provisión de fondos y legitimación para librar*, cit., págs. 418 y ss., con información completa de la literatura española sobre el tema. Quiero precisar, sin embargo, que no me sumo a la opinión de este autor, según la cual la autorización para girar constituye una modalidad encajable en el concepto unitario de provisión (cfr. *ibid.*, página 429). Dicho concepto unitario lo reservamos para los supuestos de los artículos 456 y 457 y —de acuerdo con la definición ofrecida más arriba— lo cerramos para las hipótesis de apertura de crédito; para lo que ha dado en llamarse «provisión imaginaria» (a este respecto —y como siempre— resultan instructivas las páginas de GIRÓN TENA: *Una forma de interpretar los artículos del Código de Comercio sobre la provisión*, cit., págs. 375 y ss.).

(105) El librador —dicen BAUMBACH-HEFERMEHL: *Wechselgesetz*, cit., pág. 301— se enriquece porque «recibe valuta a cambio de un acepto sin valor. Desde el punto de vista económico se trata de una letra no aceptada». «Sucede a veces —señala por su parte VIVANTE: *Trattato*, cit., III, pág. 575— que el librador presenta al descuento una cambial aceptada a su favor por un librado insolvente. A mi juicio —agrega—, el tenedor que haya perdido la acción de regreso puede valerse de la acción de enriquecimiento porque de otra manera sufriría un daño con una ganancia injusta del librador que ha recogido valuta contra la entrega de una hoja de papel sin valor.»

(106) Así lo declara, respecto de la literatura alemana, BAUMBACH-HEFERMEHL, *op. ult. cit.*, págs. 300-301. Para la doctrina italiana, cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, página 291.

contra el librador, *a pesar de que pruebe que había hecho provisión con arreglo a los artículos 456 ó 457* (aplicar un crédito contra un insolvente). Circunscribimos, sin embargo, esta hipótesis a aquellas situaciones en que de un modo u otro —no es ahora momento de precisar sus términos— medie una conducta colusoria o gravemente negligente por parte del emisor.

- b) Esta tesis, por lo demás, no carece totalmente de apoyo positivo; antes bien, encuentra su fundamento en la disciplina civilista de la delegación, y concretamente en el artículo 1.206 del Código Civil: «La insolvencia del nuevo deudor [—es decir, del aceptante—] (...) no hará revivir la acción [del acreedor] contra el deudor primitivo [el librador], *salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar la deuda*». Aun con las diferencias del caso —no estamos ante una acción causal—, lo cierto es que no me parece incorrecto hacer *revivir* (como significativamente dice el Código Civil) la acción contra el librador —que, en principio, no estaría legitimado por haber hecho la provisión— en aquellas hipótesis excepcionales en que: (i) la insolvencia del aceptante fuese *anterior*, esto es, «originaria», y (ii) concurriese en el librador mala fe («conocida del deudor») o incluso negligencia (la insolvencia fuese «pública») (107). La consistencia «positiva» de nuestra propuesta, por lo demás, podría incluso venir avalada por el siguiente razonamiento: la provisión de fondos «desaparece» si el aceptante suspende pagos o quiebra antes de la aceptación (*arg. ex. art. 537, II, del Código de Comercio*); *ergo*, en tales supuestos, el librador es responsable porque no prueba que la provisión exista realmente (ha «desaparecido») (108). Esta mis-

(107) Cfr L. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1972, pág. 816. Este autor, justamente, indica que la negligencia también puede ser —si la insolvencia es «pública»— del acreedor. Acaso, sin embargo, sea razonable la regla del Código en la medida en que la «publicidad» siempre es relativa y fácilmente sólo tendrá eficacia en el círculo del primitivo y del nuevo deudor. En todo caso, el concepto de «insolvencia pública» es muy discutido en nuestra doctrina; no vamos a entrar ahora en ello, supeditando nuestras conclusiones a las que los civilistas obtengan en la interpretación de esa expresión. Para una primera aproximación al tema remito a V. TORRALBA SORIANO: «La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Santa Cruz Teijeiro*, Valencia, 1974, págs. 453 y ss.

(108) Hay preceptos en el Código de Comercio que evidencian que la provisión se tiene por no hecha o que *no vale nada* —como dice GAYOSO— si el deudor se manifiesta insolvente (cfr. art. 481, II que permite dirigirse a los indicados). Ciertamente en estos casos se trata de una insolvencia sobrevenida; de lo que *a contrario sensu* se infiere que ante una insolvencia originaria no hay provisión: cfr. GAYOSO: *Interpretación del artículo 525*, cit., pág. 170.

ma regla, finalmente, acaso pudiese confirmarse por la disciplina de la quiebra, en la que probablemente nos encontramos ante una situación «económica» que para el librador es la misma: si el aceptante insolvente ha pagado la letra, este pago no parece que pueda ser revocado —ya que el tenedor debía recibirlo para no perder la acción de regreso—, aunque, eso sí, no debe haber dificultad en admitir que la acción revocatoria —a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.291, número 3 del Código Civil— pueda dirigirse contra el *propio librador que conociese el estado de insolvencia del deudor en el momento de la emisión del título* (109).

(109) No la podemos llevar por el artículo 882 del Código de Comercio, pues la revocatoria general que allí se consagra —según la interpretación «literalista» del precepto que ha seguido nuestro Tribunal de Casación— exige la concurrencia de la *simulación* (cfr. A. Rojo: «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», en *RDM*, 1979, págs. 90-92). Si proponemos, pues, utilizar la acción pauliana general (arts. 1.111 *in fine* y 1.291, núm. 3 del Código Civil) es porque entendemos que es el único remedio que queda en nuestro ordenamiento para poder resolver satisfactoriamente uno de los muchos conflictos irresueltos que se producen entre el derecho cambiario y el derecho concursal. Vaya por delante que: (i) de acuerdo con la doctrina más autorizada cabe ejercitar la acción revocatoria ordinaria (es decir, la del Código Civil) una vez declarada la quiebra (cfr. Rojo, *op. ult. cit.*, págs. 89-90), y (ii) que el supuesto que nos ocupa cabe perfectamente dentro de la descripción de los referidos preceptos del Código Civil. En efecto, 1) por lo que se refiere al objeto, aunque el artículo 1.291 hable de «contratos», esta expresión hay que entenderla en sentido amplio, como confirma la simple lectura del artículo 1.111 que habla de «actos»: lo que se impugna es un pago «encubierto» al librador (el propio del crédito sobre la provisión) por parte de un insolvente (el aceptante). Este «pago» —si observamos la realidad de los hechos— se efectúa cuando el librador recibe la valuta del tomador. El librador se enriquece así ilícitamente al alterar de un modo injusto la *par conditio creditorum*. Soy consciente de que la doctrina mayoritaria entiende que únicamente los pagos anticipados son susceptibles de ser revocados (*ex* arts. 1.292 del Código Civil y 879 del Código de Comercio). A mi juicio, sin embargo, los mencionados preceptos no cumplen una *función reductora* del ámbito de los actos rescindibles, sino que su única función es establecer una *presunción indestructible de fraude*. Por ello, entiendo que respecto de los «pagos normalizados» cabe la impugnación cuando se pruebe el fraude, pues su injusticia reside en la ruptura de la igualdad del trato (cfr. L. Díez-Picazo: «El pago anticipado», en *Id.*, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1980, págs. 206-207 e *ibi* ulteriores indicaciones); 2) por lo que se refiere a los sujetos pasivos, si bien es cierto que formalmente lo que parece estar presente en los artículos 1.111 y 1.291 es que éstos sean el aceptante (deudor) y su cómplice, el *accipiens* del pago (el tenedor), una interpretación de los mismos más ajustada a lo que sucede «económicamente» nos mostrará que ese acreedor satisfecho no es tanto el tomador cuanto el librador (pues el primero «materialmente» es más bien acreedor del librador que del aceptante); 3) por lo que se refiere a los requisitos de la acción, básicamente al daño y al fraude, podemos afirmar sin más su concurrencia: el daño, porque los acreedores ven disminuir la entidad y consistencia del patrimonio de su deudor; el fraude, porque el librador *conocía* la insolvencia del librado que iba a aceptar en el momento de girar el título (cfr. ya F. DE CASTRO y BRAVO: «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial universal», en *Rev. der. priv.*, 1932, págs. 220-221).

- c) Y contra las conclusiones alcanzadas no se nos diga que el efecto o uno de los efectos característicos del perjuicio es *relevare a los obligados en vía de regreso* (y entre ellos, el primero, al librador) *del riesgo de insolvencia del deudor directo, librado o aceptante*. Porque esa afirmación es válida sólo respecto a la insolvencia *sobrevenida* después de la aceptación (y, en caso de no aceptación, después del vencimiento). En la hipótesis que nos ocupa es claro que frente a la pretensión del tenedor negligente de que pague el librador, éste puede oponerle que el daño de la pérdida de la provisión ha sido provocado por su negligencia (y, si se entiende bien, éste es el mandato del art. 537, II). Cuanto acabamos de decir, por lo demás, no es más que consecuencia de un principio general que gobierna toda la *delegatio solvendi*; «principio según el cual —son palabras de BIGIAMI que recuerda CASTELLANO—, el delegatario debe valerse de la delegación ‘dentro de un término conveniente’, bajo pena de resarcimiento de los daños sufridos por el delegante» (110).

Y si todo el razonamiento anterior es correcto —y atendible *de lege data* (y nos parece que puede serlo)— obtenemos un criterio normativo importantísimo para averiguar o determinar la responsabilidad por letra perjudicada de los endosantes (cuya legitimación pasiva conectaba NOU-

Por supuesto, propugnamos esta misma solución cuando la reintegración a la masa de la quiebra del importe del pago se efectúe por la vía del artículo 878, II del Código de Comercio. Es decir, que el pago que es nulo durante el período de retroacción es el indirecto efectuado al librador.

La *ratio* de estas escuetísimas consideraciones hay que buscarla en un intento de armonización de las exigencias contradictorias del derecho de quiebras y de la normativa cambiaria. Según los principios generales del primero, son revocables los actos en perjuicio de los acreedores y en concreto, aun presumiendo la normalidad de los mismos, los pagos de créditos líquidos y exigibles como los cambiarios; por ello se permite a los síndicos su impugnación con la prueba de la mala fe del *accipiens*. El derecho cambiario se inspira, por el contrario, en la necesidad de salvaguardar la circulación del título y, consiguientemente, los derechos del tenedor. La aplicación *sic et simpliciter* de estos dos principios comportaría para el tenedor de la letra consecuencias contradictorias que incidirían también sobre las relaciones de regreso extrañas al concurso: en la práctica, si consciente de la insolvencia del *solvens* —aceptante— aceptase el pago, se expondría al ejercicio de la acción revocatoria; si, en cambio, lo rechazase, no podría evidentemente levantar el protesto y, por tanto, perdería la acción de regreso. Este conflicto lo hemos intentado resolver de la forma enunciada, que no es más que la reproducción en nuestro derecho «imperfecto» de la disciplina del artículo 68 de la *Legge fallimentare* italiana [cfr. V. DE MARTINO: *Commentario teorico-pratico alla legge fallimentare* (a cura di G. ALESSI, B. BENINCASA, etc.), arts. 57-68, Roma, 1971, págs. 823 y ss.]. Y nuestra tesis se confirma si tenemos en cuenta finalmente que el librador responde de la suma pagada por el aceptante, no tanto por haber emitido el título, sino por haber recibido una prestación patrimonial (la valuta) equivalente a la suma cambiaria; cfr. G. DE SEMO: *Diritto fallimentare*, Padova, 1964, pág. 334).

(110) BIGIAMI: *La delegazione*, cit., págs. 31-32.

GUIER —como se recordará— con los principios de la *exceptio o replicatio doli*). La regla resultante podría formularse así: *el endosante es responsable por enriquecimiento en todas aquellas hipótesis en las cuales, al momento de negociar el título, él conoce o puede conocer la insolvencia del librador o emitente* [se trata, claro es, del primer endosante (tomador) o del segundo, cuando *todos* los obligados precedentes son insolventes, y así sucesivamente]. Y si ahora pensamos un poco, percibiremos que esta fenomenología patológica no está muy lejos de la que considerábamos en los epígrafes anteriores, pues en muchas de las ocasiones a las que allí aludíamos —y porque, en principio, no se espera que caduque la letra por omisión del deber de diligencia—, la firma de favor con la que el librador quiere favorecer al endosante proviene de una persona *originariamente* insolvente (111).

22. Como corolario de todas las consideraciones anteriores, creo que podemos poner término a esta primera división del trabajo afirmando decididamente no sólo la legitimación pasiva de los endosantes en nuestro Derecho vigente, sino también la oportunidad de la misma en el *plano de lege ferenda* (112). *De lege data*, sin embargo, nuestro discurso podría ser objeto de dos objeciones a las que, por no haber encontrado sede más oportuna, queremos ahora hacer frente. Tales podrían formularse así:

- a) la reconstrucción ofrecida no cobra razón suficiente de la inequívoca filiación francesa de nuestro sistema cambiario, que en ese punto parece consagrar la «teoría de la provisión»; y
- b) la interpretación propuesta contradice lo preceptuado por los artículos 467, I, 517, II y 483 (113).

a) Contra la primera crítica, y ante todo, tenemos que alegar que en este punto —como han puesto de manifiesto autorizados estudiosos (114)— no se pueden mitificar las diferencias entre el sistema francés y alemán. Pero es que, además —según apuntábamos en el último apartado—, no debemos perder de vista un hecho *doméstico* enormemente significativo, y es que en esta materia nuestro sistema se aleja notablemente del mo-

(111) Cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 295.

(112) Lo que equivale, dicho sea con todos los respetos, a manifestarnos contrarios a la redacción actual del artículo 58, II del Anteproyecto de ley cambiaria y del cheque (v. *retro*, nota 45 y texto correlativo).

(113) Contra esta objeción —como se recordará— ya avanzamos el argumento de *lex specialis derogat lex generalis* (cfr. *supra*, núm. 8).

(114) Recuerdo a este respecto los autores citados *supra* nota 73, a quienes ahora sumamos: WIELAND: *La cambiale e i suoi rapporti col diritto civile*, cit., páginas 32 y ss., 41-42 y 53.

delo napoleónico para acercarse al paradigma alemán. En este sentido, ya nos hemos referido a la intuición del profesor RODRIGO URÍA, que ha permitido a CASTELLANO clasificar a nuestra disciplina del enriquecimiento cambiario entre los sistemas mixtos (en los que, por consiguiente, confluyen influencias francesas y germánicas) (115). Y este alejamiento de la matriz napoleónica se percibe si tenemos presentes los siguientes datos: El artículo 460, I, corresponde al artículo 117, III, del *Code* («... le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance; sinon il est tenu de la garantir, quoique le protêt ait été fait après les délais fixés»), y viene a refundir los artículos 453 y 454 del Código de Comercio de SAINZ DE ANDINO. En esta parte no se observa novedad alguna. Esta, sin embargo, se constata en el artículo 460, II —«... caso de hacer dicha prueba [se refiere a la prueba de la provisión por parte del librador] pasará la responsabilidad del reembolso a aquel que aparezca en descubierto de él en tanto la letra no esté prescrita»—, que se introduce misteriosamente tras el dictamen de la Comisión en el Congreso. En la exposición con que se encabeza dicho dictamen, la Comisión no explica por qué ha modificado la línea que seguía el proyecto (116). Y por qué, en general, se cambia la línea de nuestra anterior codificación, tanto vigente como proyectada (me refiero a los arts. 474 del proyecto de 1869 y 462 del proyecto de 1881, de idéntico tenor) (117). En cualquier caso, lo cierto es que aquí se produce una «desviación», consistente en establecer una pequeña cláusula general de responsabilidad cambiaria por enriquecimiento que claramente se deduce de la terminología utilizada: «hallarse al descubierto» (118). Tal expresión tiene un contenido mucho más amplio que el que se le quiere dar —«tenencia de la provisión»—, como se deduce

(115) Cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, págs. 93-94, nota 103 y pág. 129. V. también la hipótesis que habíamos avanzado *supra*, nota 6.

(116) Personalmente no he podido consultar el Diario de Sesiones, pero recojo esta información de CUÑAT EDO: *La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de Comercio*, cit., págs. 696-697.

(117) Tales preceptos se limitaban a decir lo siguiente: «Cesará la responsabilidad del librador cuando el tenedor de la letra no la hubiere presentado o hubiere omitido protestarla en tiempo y forma, siempre que pruebe que al vencimiento de la letra tenía hecha provisión de fondos para su pago en los términos prescritos en los artículos [...]. Si no hiciese esta prueba reembolsará la letra no pagada, aunque el protesto se hubiere sacado fuera de tiempo, mientras la letra no haya prescrito». Como se advertirá, faltaba siempre el inciso final del actual artículo 460, II.

(118) Prueba ulterior de que era justamente éste el objetivo perseguido por los redactores del Código nos la ofrece el acta de la Sesión del día 29 de octubre de 1881, en la que consta: «Aceptados el 472 y 473, dijo, respecto del 474 [que luego se convertiría en el actual art. 460], el señor Rodríguez Sampedro que era necesario indicar sobre quién pesa, en los casos de que habla el artículo, la responsabilidad del pago de la letra de que queda exento el librador, cuya observación se acordó asimismo tener presente en tiempo oportuno». Cfr. *Comisión del*

del tenor del artículo 515, que lo completa: «conservar el valor de la letra», que no es exactamente la provisión (en otro caso, el art. 515 no repetiría dos expresiones distintas para aludir a un mismo significado), sino que alcanza también a la valuta (119), con lo que viene a confirmarse nuestro punto de vista, a tenor del cual el enriquecimiento va identificado en cada caso por la relación subyacente que ha motivado la asunción de responsabilidad cambiaria.

b) La otra objeción a resolver sería la paradoja que se produce entre nuestra conclusión y cuanto dicen los artículos 467, I, 483 y 517, II de los que, en primera lectura, parece desprenderse que la responsabilidad cambiaria de los endosantes cesa automáticamente con el perjuicio de la letra. La contradicción, sin embargo, no parece difícil de reducir (120). Esos preceptos, y fundamentalmente el artículo 483, en rigor, no prescriben el cese absoluto de la responsabilidad del endosante, sino que únicamente disponen el cese de su responsabilidad cambiaria *ejecutiva* (muy lógico, por lo demás, habida cuenta de que la prueba del enriquecimiento —difícil de verificar en muchas ocasiones— sólo tiene sentido en un proceso de amplia cognición). Y esa afirmación se deduce de una lectura sistemática del artículo 483, en relación con los artículos 460 y 521. El primero de éstos dispone que la acción ejecutiva no puede dirigirse contra el endosante, aunque sí contra el librador que no probase la existencia de la provisión. Y, en efecto, si vamos al artículo 460 observamos que, respecto del librador, *la acción de enriquecimiento es, en principio, ejecutiva*: si no probare la provisión —dice este artículo— «reembolsará la letra no pagada, *aunque el protesto se hubiera sacado fuera de tiempo*». Palabras que sólo se comprenden si entendemos que el «protesto sacado fuera de tiempo» también abre la vía ejecutiva. Y así es. Mejor dicho, así era antes de la reforma realizada por la Ley de 22 de julio de 1967, porque el viejo artículo 521 permitía el despacho de ejecución en vista de la letra y del protesto», sin que fuera necesario —como lo es hoy— que tal protesto se hubiese levantado en el tiempo

Código de Comercio creada en 1881. Borradores de Actas de las sesiones celebradas desde el 4 de marzo al 5 de diciembre de 1881 (cito por una reproducción fotocopiada de las actas manuscritas que no está paginada ni fechada). De ello deduzco yo que en el «momento oportuno» se discutiría el problema; y que se acordó utilizar la fórmula «hallarse al descubierto» en vez de nombrar —como hacía el *Code de Commerce*— al librado, porque posiblemente se entendió que debía dejarse una vía abierta para legitimar pasivamente a cualquier obligado cambiario que hubiese podido enriquecerse con motivo de la emisión de la letra.

(119) Como creemos haber demostrado *supra* núm. 14.

(120) Sigo en este punto a CUNAT Edo: *La interpretación*, cit., págs. 706-707, y a GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, pág. 221.

que señala el Código de Comercio (121). El argumento, es cierto, no es definitivo; es más bien *ad abundantiam* de otro anteriormente alegado (122). Con ambos, sin embargo, quedaría explicada esa aparente contradicción, y con ello, salvado el último obstáculo para admitir nuestra propuesta. O mejor dicho, el penúltimo. El último viene representado por todos aquellos autores que estiman que la pretensión de enriquecimiento goza de naturaleza civil o común. Pero ésta es una cuestión que ya corresponde a la última parte del presente estudio.

III

23. Desembocamos así en el problema de la naturaleza jurídica de la llamada «acción de enriquecimiento». Un problema éste que acaso por una indiscriminada comunicación de categorías elaboradas dentro de sistemas cambiarios diferentes aparece siempre planteado en unos términos tan confusos que, como primera medida, es menester esclarecerlos para dar rigor y precisión a los conceptos y dotar de consistencia lógica a los enunciados de la argumentación. Pero en todo caso —y contra lo que se ha dicho por algunos autores—, no me parece en absoluto una cuestión baladí ésta, la de una recta determinación de la naturaleza de la acción; de su solución, en efecto, depende la contestación que debemos dar a algunos problemas prácticos que no carecen de importancia, e incluso la respuesta que merezca el espinoso tema del régimen de las excepciones oponibles. Y en concreto, entre los primeros, se nos ocurren los siguientes, que citamos por orden de importancia:

(121) En el mismo sentido se ha mostrado la STS de 20-VI-1981, en la que *obiter dictum* puede leerse: «no es ocioso puntualizar [...] que la rotunda dicción del citado artículo 483, exonerando a los endosantes de toda responsabilidad cuando la letra queda perjudicada, ha de entenderse referida a la acción ejecutiva de regreso y no al ejercicio de la acción de enriquecimiento deducida en juicio declarativo con arreglo a los artículos 460, 515 y 525».

En el fondo, se quiera o no, me parece que el legislador español participa de una cierta confusión doctrinal en la que, subconscientemente sin duda, se tiende a identificar o asimilar *cambiario* y *ejecutivo*; desde esta óptica —que curiosamente es en la que de forma soterrada se desenvuelve la literatura del siglo XIX— es muy comprensible este tipo de discriminaciones que, como la del artículo 483, intentamos denunciar. Pero lo cierto es que, aplicando conceptos seguros y dogmáticamente adquiridos, hoy sabemos con claridad (consciente e inconsciente) que *el título ejecutivo no es más que un modo de ejercitar un derecho y no un derecho en sí mismo*; el derecho se funda en lo mismo siempre, es decir, en la letra. Luminosas resultan al respecto las observaciones generales de F. MAZZARELLA: «Scienza e teologia del titolo esecutivo», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, págs. 177 y siguientes, en las que muy agudamente se denuncia esta confusión.

(122) Cfr. *retro* núm. 8.

- a) ¿Está legitimado pasivamente el librado no aceptante y el ordenador? Y llevando la *misma* pregunta hasta el límite: ¿acordamos legitimación pasiva al mandatario del librado provisto, v. g., al domiciliatario?
- b) ¿Qué plazo de prescripción rige para esta acción de enriquecimiento?
- c) Si son varios los personajes que integran la posición cambiaria que se encuentra «al descubierto» —por ejemplo, varios libradores o varios endosantes—, ¿cómo deben responder: solidaria o mancomunadamente?

A lo largo de la exposición precedente, de una manera u otra, se ha presupuesto que la «acción de enriquecimiento» que consagran los artículos 460, 515 y 525 goza de naturaleza, no civil o común, sino estrictamente cambiaria. Corresponde ahora demostrarlo. La tesis, en este punto, podría formularse así: *se trata de una acción cambiaria que se instrumenta técnicamente, no como una «acción independiente» que se concede una vez periclitada la cartular* (cual acontece en los sistemas germánicos), sino *sub specie del renacimiento o perduración de la acción cambiaria de regreso*. En una palabra, el enriquecido no puede alegar la excepción de decadencia. Es cierto que la acción de enriquecimiento se conecta con las relaciones subyacentes. Pero esta conexión tiene una única función: *identificar al sujeto pasivo*. La valuta o la provisión (conceptos extracambiarios) son el *motivo* «político» o prejurídico de la acción, pero su *fundamento* y origen —a mi modo de ver— permanecen siempre en la letra, que funciona como título-valor y no como simple documento. Piénsese por ahora, aunque sólo sea, en el hecho de que quien ejercita la acción debe legitimarse según la ley cambiaria. Podríamos decir —con VALERI— que la acción cambiaria *presupone* una relación causal, aunque no se *funda* en modo alguno sobre ella (123). En la medida que logremos demostrar estas proposiciones ganará consistencia la reconstrucción que hemos ofrecido en el apartado II y resolveremos las cuestiones planteadas más arriba, en el sentido de:

- a) que no se encuentran pasivamente legitimados los que no posean la condición de obligados cambiarios (suscriptores del título);
- b) que el plazo de prescripción para la acción es el de tres años, señalado por el artículo 950 del Código de Comercio, y no el más largo del artículo 1.964 del Código Civil, por el que se inclinó el Tribunal Supremo en su célebre Sentencia de 9 de febrero de 1948; y

(123) Cfr. VALERI; *Diritto cambiario italiano, Parte speciale*, cit., págs. 394-395.

- c) que si son varios los personajes que integran la posición del «enriquecido», responden solidariamente y no cada uno de su propio «enriquecimiento».

Ahora corresponde demostrar la veracidad de la hipótesis enunciada. A tales efectos —y sin poder efectuar una minuciosa reconstrucción de la intrincadísima producción doctrinal sobre el punto— nos esforzaremos: (i) por presentar con claridad las diversas tesis (los resultados de muchos años de difícil elaboración), desenmascarando las proposiciones inconsistentes, y (ii) por articular la argumentación a la luz de nuestros textos positivos, obviando las tentaciones del «método de inversión» tan frecuentes —como ya denunciara JACOBI (124)— en esta materia, pero intentando al mismo tiempo dar cumplida respuesta a la interpretación avanzada en la exposición anterior (que posiblemente esté más cerca de la *voluntas legis* —que no es la voluntad del intérprete— que de la *voluntas legislatoris*). Defenderemos —como hemos señalado— la naturaleza cambiaria de la acción de enriquecimiento porque nos parece que eso es lo que dice nuestro Derecho cambiario positivo, y porque entendemos que las soluciones a que se llegan desde este prisma son las más razonables si atendemos —y hay que hacerlo— a la experiencia comparada más evolucionada.

24. Exponemos seguidamente y de forma resumida las «tesis civiles» sobre la acción de enriquecimiento. En síntesis, afirmar que se trata de una acción *civil* o *común* significa decir que su fundamento (y con él, la *causa petendi*) no se encuentra en la letra, sino en una situación precar-tular (125). Al respecto y fundamentalmente se han desarrollado tres teorías:

- a) *la teoría de la acción causal*;
- b) *la teoría de la provisión*; y
- c) *la teoría del enriquecimiento injusto (teoría de la condictio)*.

(124) Cfr. E. JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, Berlín, 1956, pág. 945.

(125) Normalmente —y sin adentrarse en mayores disquisiciones— es ésta la tesis sostenida por nuestra doctrina mayoritaria: cfr. GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, páginas 220-221; LANGLE: *Manual*, cit., II, págs. 190-191; VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito*, cit., págs. 339-341; BROSETA: *Manual*, cit., pág. 548. Una postura singular es la representada por RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 206-207. Señala este autor, de una parte, que se trata de una acción *cambiaria* porque en ella se «invocan obligaciones inherentes a la condición de librador o endosante en el documento cambiario». Pero, de otra parte, manifiesta —un tanto contradictoriamente— que se fundan en la provisión, razón por la cual legitima pasivamente al librado, que no es un obligado cambiario. Acaso la contradicción se disipe si tenemos en cuenta que en el pensamiento de RUBIO la provisión es un concepto *cambiario*.

a) La primera de las explicaciones aludidas —surgida con la promulgación de la *Wechselordnung* y promovida por uno de sus más destacados artífices, LIEBE— entiende que la acción de enriquecimiento se resuelve sustancialmente en la *acción causal*, identificándose con la pretensión fundada sobre las relaciones subyacentes al negocio cambiario *extinguido* (por caducidad). Tesis que, sin duda, se explica porque a la sazón dominaba el convencimiento de que la emisión de la letra operaba a título de cumplimiento (es decir, *pro soluto*), extinguiendo, de consiguiente, las relaciones causales por novación (cosa impensable en nuestro ordenamiento a la vista del art. 1.170 del Código Civil). La acción de enriquecimiento supondría así el renacimiento de la acción *ex causa* (126). Contra este planteamiento, hoy totalmente superado, es clara la crítica: No existe tal apoyo en el contrato causal —dicen, por ejemplo, ZÖLLNER y REHFELDT— «porque la acción compete al tenedor contra el librador o el aceptante [o los endosantes, en algún ordenamiento], con los cuales no es necesario tener relación causal» (127).

Pero la formulación más acabada de esta teoría se debe, sin duda, a WIELAND. Según este autor —y ello parece indiscutible—, el contenido de la acción de enriquecimiento viene determinado por las relaciones de provisión y de valuta (*únicamente la valuta que entrega el tomador*) (128); consecuentemente, la pretensión no puede fundarse en «un residuo del derecho abstracto derivado de la cambial sino [en] *el derecho derivado para el tomador de la relación subyacente, cuya titularidad corresponde al tercer adquirente* [es decir, al tenedor]» (129). En el complicado asunto de cómo se produce el paso de ese derecho causal, que incumbe al tomador (y que es origen de la pretensión), a los adquirentes sucesivos de la letra, no podemos entrar ahora (130); pero en todo caso —aun admitiendo eventualmente semejante «paso» del derecho causal— estas dos objeciones, que resume CASTELLANO haciéndose eco de una amplísima doctrina, nos parecen decisivas para enervar la congruencia de esta teoría: (i) si la letra se da *pro soluto*, es evidente que no sobrevive ninguna acción causal y, sin embargo, el tenedor puede ejercitar la de enriquecimiento; (ii) si por el contrario la «carta» se entrega *pro solvendo*, la pretensión causal subsiste en su integridad y no se limita al enriquecimiento (como prescriben los ordenamientos «alemanes»). Pero en cual-

(126) Cfr. LIEBE, en THÖL: *Protocolle der Leipziger Wechsel-Conferenz*, Göttingen, 1886, págs. 203-204 (*apud* CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 131, nota 42; v. también *ibid.*, págs. 74-75).

(127) Cfr. B. REHFELDT y W. ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*, München⁹, 1970, página 95.

(128) Cfr. WIELAND: *La cambiale e i suoi rapporti col diritto civile*, *cit.*, página 42.

(129) *Ibid.*, págs. 51-52.

(130) *Ibid.*, págs. 53 y toda la segunda parte de la obra.

quier caso, dada la cambial salvo buen fin, nos parece claro que la posibilidad de recurrir a la acción causal excluye o hace inútil la misma acción de enriquecimiento (131).

b) En lo que a la «teoría de la provisión» concierne, hay que decir que es la tesis —como se sabe— dominante dentro de los ordenamientos «afrancesados» y, concretamente, en el nuestro (132). Pero también ha sido admitida por ciertos tratadistas alemanes, aunque —y esto es muy curioso— han sido, sobre todo, los autores franceses —desde THALLER— los que se han esforzado por explicar el artículo 83 *Wechselordnung* en esta clave: Para ellos, la consagración de la *Bereicherungsklage* no sería más que la admisión en el sistema abstracto alemán de la acción de provisión (133). VOEGELI, en su notable estudio de Derecho comparado sobre la provisión y resumiendo una *communis opinio*, ha señalado que el único enriquecimiento posible es el del librador que no ha provisto y el del librado que conserva la provisión (134). De todos modos, esta tesis parece insostenible —lo veremos *de iure condito* en nuestro ordenamiento [*infra*, núm. 26, *sub b*)]—, pues no acierta a explicar los supuestos en que no existe provisión (ciertos tipos de letras financieras, letras propias), o en los que la provisión no incumbe al librador (*Kommissionstratte*), y choca, además, derechamente contra la posibilidad positiva de ciertos ordenamientos (entre los que se cuenta el nuestro, según creemos haber demostrado) que legitiman pasivamente al endosante, en cuya situación no es posible sin grave violencia hablar de provisión.

c) Finalmente, se ha creído ver en la acción de enriquecimiento una aplicación concreta de la *acción general del Derecho civil de enriquecimiento sin causa*. Este punto de vista resulta mantenido por algunos autores para quienes esta pretensión no sería sino una *Ausformung* para el Derecho cambiario de la pretensión común de enriquecimiento injusto (135) (en nuestro ordenamiento reconocida por obra de la jurisprudencia) (136). Dos argumentos sustantivos enervan rápidamente su eficacia: (i) *la actio de in rem verso* (*Versionsanspruch*) sólo puede ser intentada si el enriquecimiento del demandante no es imputable a su propia

(131) Cfr. CASTELLANO, *op. cit.*, pág. 132.

(132) Cfr., particularmente, RUBIO, *op. cit.*, pág. 206.

(133) Cfr., por todos, DABIN: *Fondements de droit cambiaire allemand*, citando, págs. 378-380 e *ibi* las oportunas referencias.

(134) Cfr. VOEGELI: *La provision de la lettre de change*, cit., págs. 212-213.

(135) Cfr. R. MICHAELIS: *Wechselrecht*, Berlín-Leipzig, 1932, págs. 380-381. Recientemente ha sido sostenida por CANARIS, en HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 125 (y *amplius* en su *op. cit. supra*, nota 99). En nuestra literatura ha sido mantenida esta tesis por LANGLE: *Manual*, cit., II, pág. 191, y por VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito*, cit., pág. 339.

(136) Cfr., por ejemplo, L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid², 1980, págs. 141 y ss.

culpa (137); (ii) presupuesto de su ejercicio es que entre el patrimonio del empobrecido y el patrimonio del enriquecido exista una relación directa (138). Condiciones que ninguna concurre en los supuestos de la acción de enriquecimiento cambiario, como se advierte a primera vista. Pero es que, además, esta teoría de la *condictio* (bajo la forma de «causa data non secuta») no convence en absoluto si comprobamos su consistencia de fondo desde el punto de vista de su fundamento. Para ello, el mejor *test* es preguntarse —como dice MOSSA (139)— qué sucedería si no estuviese prevista por el ordenamiento cambiario, y la respuesta es muy clara: no sería utilizable la acción general, porque el enriquecimiento sería justo, justificadísimo: nada menos que por una norma de ley que claramente quiere regular esta situación, el artículo 1.170 del Código Civil, a cuyo tenor, si el título se perjudica por culpa del acreedor produce los efectos de pago, y con él, la extinción de toda obligación. Y no olvidemos que el juicio sobre la justicia del enriquecimiento no es ético o moral, sino que debe ser positivo. En realidad, como decía CASTEIN y nos recuerda JACOBI, el enriquecimiento no es el fundamento de la acción; lo que sucede es que perjudicada la letra, surge para los obligados cambiarios una nueva excepción: la excepción de no enriquecimiento (140).

Todas estas tesis —y alguna otra ensayada por la doctrina, que introduce variaciones o conexiones alrededor de estos tres planteamientos básicos (141)— tienden a buscar el fundamento de la acción de enriquecimiento en un *crédito extracambiario*. Por las breves observaciones críticas que hemos avanzado, no nos parece que puedan sostenerse. Pero es que además, si admitiésemos estas conclusiones, forzosamente tendríamos que admitir otras consecuencias que no nos parecen de recibo, entre las que importa destacar: (i) la pérdida por parte del tenedor de la garantía hipotecaria o pignoratícia dada al crédito cambiario, ya que —como señala ROCA SASTRE— «la hipoteca constituida en favor de una letra de cambio garantiza la efectividad de las obligaciones *estrictamente cambiarias* en favor de quien sea tenedor legítimo de la letra», y no asegura la acción promovida en base a la relación subyacente (142), y (ii) nos

(137) Cfr. entre tantos, VOEGELI, *op. últ. cit.*, págs. 210-211. El requisito con que colisiona esta teoría también lo exige nuestro Tribunal Supremo: v. la obra y lugar citados en la nota precedente.

(138) Cfr. REHFELDT y ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*, cit., pág. 95.

(139) Cfr. MOSSA: *Trattato della cambiale*, cit., pág. 623.

(140) *Apud* JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, cit., pág. 945, nota 1.

(141) Remito para un estudio más analítico a los capítulos 2.º y 3.º de la admirablemente documentada obra de CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria nei limiti dell'arricchimento*.

(142) Cfr. R. M. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, IV, Barcelona, 1948, páginas 488-489.

llevaría a admitir, con lo que ello puede suponer de grave distorsión de la lógica cambiaria, que la sentencia pasada en cosa juzgada, que rechaza la acción cambiaria, no es obstáculo para el ejercicio de la acción de enriquecimiento. La primera sentencia —y a tenor del artículo 1.252 del Código Civil, que exige «la más perfecta identidad entre las [...] causas»— no tendría autoridad de cosa juzgada sobre la segunda demanda, toda vez que ésta se funda sobre una causa diversa (143). Consideramos, por consiguiente, necesario intentar someter el remedio del artículo 460, II y concordantes al ámbito de lo cambiario.

25. Mas en este empeño nos encontramos ante no pocas dificultades. Y entre todas, la primera viene dada por el poco rigor con que se habla de «cambiario». En la doctrina alemana —y a raíz de una notable resolución del *Reichsoberhandelsgericht*—, la mayoría de los tratadistas acostumbra a decir que la acción de enriquecimiento es un residuo de la acción cambiaria originaria (*Residuum oder Überbleibsel des Wechselanspruchs*) (144). Lo cierto, sin embargo, es que, a pesar de la fortuna que ha tenido esta «fórmula mágica» (incluso en otros países, como Italia o España), bajo ella se esconden aseveraciones de muy distinto corte. Así, por poner algún ejemplo, STAUB afirma que en la acción de enriquecimiento se produce una reunión de elementos civiles y cambiarios; GRÜNHUT, por su parte, sostiene que se trata de un «derecho derivado de la ley cambiaria, en el sentido más amplio de la palabra, concedido excepcionalmente por el Derecho cambiario»; REHBEIN entiende que tiene una «naturaleza del todo positiva» y lo califica de «derecho *sui generis*» (145). Formulaciones parecidas —es decir, llenas de incertidumbre— las encontramos en nuestra literatura cambiaria, aunque quizá más orientadas hacia el carácter civil de la acción. GARRIGUES, por ejemplo, indica que se trata de una «acción derivada de la letra, pero no cambiaria» (146).

(143) Cfr. VIVANTE: *Trattato*, cit., III, pág. 576.

(144) Esta es la opinión sostenida por los grandes tratadistas alemanes —JACOBI, GRÜNHUT, THÖL, STAUB, ULMER, etc.—: cfr. BAUMBACH-HEFERMEHL: *Wechselgesetz*, citado, pág. 294; JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, cit., págs. 944-945; REHFELDT-ZÖLLNER: *Wertpapierrecht*, cit., pág. 95.

(145) *Apud* WIELAND: *La cambiale e i suoi rapporti con diritto civile*, cit., págs. 44-45. V. también JACOBI, *op. loc. ult. cit.*

(146) Cfr. GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, pág. 217. Como es sabido, el profesor GARRIGUES idea esta expresión para poderle aplicar a la acción de enriquecimiento el plazo prescriptivo del artículo 950 del Código de Comercio, que habla de «acciones derivadas de la letra». Este mismo planteamiento ya había sido utilizado en Italia, en donde se distinguió acción cambiaria en sentido amplio y en sentido estricto; y acción cambiaria y acción derivada de la letra, siempre con la finalidad de —bajo la vigencia del *Codice di commercio* de 1882— hacer entrar a la acción de enriquecimiento en el plazo de prescripción del artículo 919, II que como nuestro Código hablaba de «azioni derivante della cambiale»: cfr. U. NAVARRINI;

El Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 20 de junio de 1981 —y haciéndose, sin duda, eco de las palabras del ilustre profesor—, entiende que se trata de «una acción derivada de la letra, aunque no propiamente cambiaria» (cfr. considerando núm. 4).

Aunque no se me ocultan los razonables propósitos que han inspirado este tipo de reflexiones, creo que su inconsistencia dogmática no es muy difícil de percibir: «carecen de rigor». No le falta razón a CANARIS cuando achaca a estas tesis (que invariablemente aparecen así formuladas en los manuales) que en vez de ordenar la acción de enriquecimiento entre las categorías generales ya elaboradas o de avanzar una formulación teórica de su *ratio legis*, degraden la disposición que la atribuye a «norma especial irregular y no conceptuable (*unbregreifliche*)». Por lo que —cual jurista neopositivista— concluye que la *Residuumstheorie* no posee ningún contenido proposicional dogmático y, por consiguiente, constituye un sinsentido (147).

Se hace, por tanto, absolutamente imprescindible introducir rigor en la explicación para evitar que el Derecho cambiario se nos aparezca verdaderamente —según dijera BRUNETTI— como la metafísica del Derecho privado (y entendemos aquí por metafísica el «reino de las sombras»). Metodológicamente, por ende, si queremos ser precisos y llevar el análisis a buen puerto, tendremos que operar al revés. Es decir, averiguar —hasta donde sea posible— la disciplina, y sobre la base de estos resultados, determinar la naturaleza (148). Y para ello tenemos que abandonar la discusión doctrinal en el Derecho comparado para emprender la argumentación por derroteros domésticos y estrictamente aferrados a nuestro Derecho positivo.

26. Corresponde ahora, pues, demostrar el carácter cambiario de la acción en nuestro Derecho vigente, para lo que creo que no faltan argumentos de peso; es más —si se nos permite la expresión—, esperamos poder verificar que nuestra acción de enriquecimiento es *más cambiaria* que la que consagran los ordenamientos germánicos. En el fondo, somos del parecer de que esta discusión sobre la naturaleza cambiaria o común de la pretensión es una discusión en gran parte extranjera (producto más que nada de la recepción de la discusión alemana, donde sí hay motivo para la duda, toda vez que el artículo 83 *Wechselordnung*, o el 89

Trattato teorico-pratico di diritto commerciale, III, Milano-Torino-Roma, 1920, página 570, nota 2 y pág. 572. Críticamente, en cambio, VIVANTE: *Trattato*, cit., III, páginas 565-566.

(147) Cfr. HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 17.

(148) Esclarecedoras en este punto son las instrucciones metodológicas que nos proporciona JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, cit., pág. 946.

Wechselgesetz, aparecen desconectados del sistema estrictamente cambiario). Acaso de ello pueda dar mejor testimonio nuestra antigua doctrina mercantilista, que libre de la «contaminación alemana», no conoce el *nomen* de «acción de enriquecimiento» para designar el remedio compuesto por el artículo 460 y concordantes, y da por sentado —sin entrar siquiera en la polémica— que lo que allí se establece es la perduración de una responsabilidad cambiaria restringida (sin gastos —regla lógica en toda *mora credendi*— y circunscrita sólo a ciertos obligados cambiarios). Para todo lo cual no obsta que estos autores —básicamente los que escribieron bajo la vigencia del Código de SAINZ DE ANDINO— buscasen el fundamento *prejurídico* de la norma en un principio «ético» de acuerdo con el cual nadie debe enriquecerse a costa de los demás si no media justa causa (149). Fundamento éste que es el mismo de la acción estrictamente cambiaria y, en general —como ha demostrado ROTONDI en su célebre crítica de la acción general de enriquecimiento—, de todo el ordenamiento patrimonial. Cuando decimos, pues, que consideramos que en nuestro Derecho la acción es «más cambiaria» que en otros, aludimos al hecho de que en nuestro Código de Comercio no constituye una acción distinta de la acción cambiaria específica (como claramente sucede en los ordenamientos de filiación alemana). Ni siquiera constituye un residuo, sino la mismísima acción de regreso. Somos conscientes de que una aseveración de este tipo es un tanto chocante, pues lo que, en definitiva, comporta es afirmar que la caducidad, decadencia o perjuicio no opera automáticamente, como normalmente viene sosteniéndose. Este escollo, sin embargo, parece que hoy está superado. Carácter tradicional de la obligación de regreso es ciertamente su sujeción a una caducidad derivada de la falta de presentación, protesto o notificación dentro de un plazo riguroso. Y la razón es clara: ya que el obligado en vía de regreso garantiza en cierto sentido el pago de otro, es necesario que se establezca en términos netos si ese pago ha sido rechazado (de ahí la exigencia del protesto), y por el mismo motivo, tampoco se puede consentir una prolongación indefinida de una incertidumbre sobre ese punto (de aquí, la exigencia del término). Mas la obligación, por ejemplo, del librador de una letra no aceptada que no pruebe la provisión, no está sujeta a esta decadencia, y sostener —como alguien lo ha hecho respecto del librador del cheque— que por ello el librador es obligado directo o principal, se resolvería sólo en un ocioso cambio terminológico equivalente —como ha demostrado PELLIZZI— a colocar una nueva definición («obligación sujeta a decadencia») en el lugar de las llamadas obligaciones de regreso en el sentido tradicional («obligaciones que tienen por objeto la garantía de un pago

(149) Cfr. *infra*, nota 167.

ajeno»). Mejor es, pues, limitarse a concluir que la caducidad no es un *carácter constante* de las obligaciones de regreso (150). Este carácter no constante de la decadencia de las obligaciones de regreso lo confirma ya una primera lectura del artículo 525: «Cesará la caducidad...» cuando el librador recupere la provisión o el endosante vuelva a estar al descubierto. Lo cual —en pura lógica— quiere decir que si el librador nunca hizo la provisión o el endosante siempre estuvo al descubierto, nunca se produjo la caducidad (aunque la letra dejare de protestarse...) (151).

Esta visión de las cosas hay que verificarla ahora positivamente. Para ello —y a efectos de ganar claridad en la exposición— enumeramos los distintos argumentos que hemos podido encontrar y que luego pasaremos a exponer:

- a) argumento dogmático *ad absurdum*;
- b) argumento contra la provisión;
- c) argumento *ex* artículos 459 y 460, leídos conjuntamente;
- d) argumento del «ordenador»;
- e) argumento *ex* artículo 525, reforzado por los artículos 517, II, y 483;
- f) argumento *ex* artículo 444;
- g) argumento del *quantum* de la pretensión;
- h) argumento de la prescripción.

a) *Argumento dogmático ad absurdum*.—El primer razonamiento para afirmar la naturaleza cambiaria de la acción de enriquecimiento es de orden negativo. Ninguna de las teorías «civilistas» ensayadas por la doctrina para dar cuenta de la estructura y disciplina de la pretensión, logran una explicación satisfactoria —es decir, coincidente con la estructura y disciplina de partida— de la misma, según creo haber puesto de manifiesto anteriormente (v. *retro*, núm. 24). Ni la teoría de la acción general de enriquecimiento (152), ni la teoría de la provisión (153). La

(150) Así, G. L. PELLIZZI: *Principi di diritto cartolare*, Bologna, 1979, página 200.

(151) En realidad, es éste —la proclamación de la no caducidad de la cambiaria— uno de los valores fundamentales del precepto, pues su supuesto de hecho ya está contenido en el artículo 460, II: cfr. GAYOSO: *Interpretación del artículo 525*, cit., pág. 174.

(152) Sostenida en nuestra literatura por LANGLE y por VICENTE Y GELLA (véanse las referencias *supra*, nota 135) y justamente criticada por RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 204-206.

(153) Sostenida principalmente por RUBIO, *op. ult. cit.*, págs. 206, 213-214, etcétera. Y parece también sostenerla GARRIGUES: *Tratado*, cit., II, pág. 220. Y digo que «parece» sostenerla porque el autor se muestra un tanto dubitativo: La acción de enriquecimiento «no se funda tanto en la letra como en la provisión de fondos».

teoría del negocio causal —de cuanto nos consta— no ha sido intentada por ningún autor español.

b) *Argumento contra la provisión.*—Por supuesto, el argumento anterior no es definitivo, pues, al menos respecto de la teoría de la provisión, contiene una inconfundible petición de principio: razona admitiendo ya que la acción de enriquecimiento es cambiaria y que, por tanto, (i) puede dirigirse contra los endosantes, y (ii) no puede utilizarse contra ciertos sujetos obligados a la provisión que no proveen (ordenador), o sujetos provistos (librado) que quedan fuera del círculo cambiario. Conviene, pues, antes de nada, despejar estos puntos de vista resumiendo donde sea necesario argumentaciones desarrolladas anteriormente: (i) *En lo que atañe a los endosantes* —respecto de los cuales no puede hablarse de provisión— encontramos apoyo en la ley: el artículo 525 los legitima expresamente. Este artículo es, ciertamente, confuso: contra el argumento literal se nos podría oponer el argumento histórico, pero en este punto estamos autorizados (y compelidos) por el artículo 3 del Código Civil a dar preferencia sobre «los antecedentes históricos y legislativos» al «espíritu y finalidad» de las normas; y es claro que el sistema que forman los artículos 460, II, 515 y 525, encuentra su *ratio* en la búsqueda de una reducción de la responsabilidad cambiaria en caso de perjuicio, sólo hasta el límite del «descubierto» (*i.e.* del enriquecimiento). Límite que vendrá dado por la provisión en unos casos, pero en otros provendrá de la recepción de la valuta. Y del enriquecimiento *definitivo*, para lo cual habrá que identificar el «verdadero emitente» —y, por ende, deudor— del título (las «relaciones de punta» a que nos hemos referido). Y también contra el argumento literal artículo 525 se nos podría alegar el sistemático: su contradicción con los artículos 483 y 517, II. Pero como creemos haber demostrado, tal contradicción es sólo aparente, pues estos últimos preceptos sólo se refieren al cese de la responsabilidad cambiaria ejecutiva, y donde este argumento no valiese, acudiríamos a la explicación francesa del carácter de norma especial del artículo 525. (ii) *Respecto del ordenador y del librado*, pedimos al lector un poco de paciencia, pues para mostrar que no son legitimados pasivos —y con ello, que estamos ante una acción cambiaria— es necesario atender a una serie de argumentos intermedios [v. *infra*, sub *d*].

c) *Argumento ex artículos 459 y 460, leídos conjuntamente.*—Un argumento a mi juicio definitivo en favor de la naturaleza cambiaria de la acción nos lo proporciona una interpretación conjunta de los artículos 459 y 460 del Código de Comercio. El primero de ellos —como es sabido— dispone: «El librador *responderá civilmente* de las resultas de

su letra a todas las personas que la vayan sucesivamente adquiriendo.» El segundo párrafo aclara que «[L]os efectos de esta responsabilidad se especifican en los artículos 456, 458 y en el siguiente». El siguiente es el 460, en el cual —consecuentemente— se establece una especificación del modo en que el librador responde de las resultas de la letra. Esta conexión entre ambos preceptos nos permite afirmar que la expresión «insospechada» con que se abre el 460 —«[C]esará la responsabilidad del librador...»—, sólo explicable en un «punto y seguido sintáctico», es totalmente correcta, por cuanto este precepto, el 460, en su primer párrafo se limita a establecer una excepción a la responsabilidad general que señala el 459. Y concluir también que la responsabilidad del librador del segundo párrafo del 460 —sancionada ya con carácter general en el 459— es innecesaria, pues está incluida en el artículo anterior (154). Por consiguiente, *el 460 no crea ninguna responsabilidad nueva contra el librador* (sólo una «irresponsabilidad» en su párrafo 1.^o) *sino que restablece la del 459*. Para determinar, pues, si la responsabilidad del librador del 460 es cambiaria o extracambiaria bastará determinar la naturaleza de la impuesta por el 459. Y parece claro que el 459 lo que hace es definir con carácter general la posición del librador como obligado *cambiario* frente a los distintos tenedores de la letra (155). El «civilmente» no es significativo frente a «cambiariamente», sino —si atendemos a la época y a la tradición histórica— frente a «penalmente». Pero es que, además, si se entendiese el «civilmente» como opuesto a «cambiariamente» (156), incurriríamos en la incongruencia de afirmar que el librador no responde nunca cambiariamente; lo que no puede ser verdad por el hecho de que el mismo artículo 459 se remite al 456 y 458, en los que claramente se definen *obligaciones cambiarias*; a este respecto la doctrina es unánime —¡no podría ser de otra forma!— en admitir que la acción del tenedor de una letra no perjudicada contra el librador para pedirle el importe y los gastos es estrictamente cambiaria. Esta idea de que el artículo 459 establece la responsabilidad general cambiaria del librador se confirma, además, por la interpretación histórica a la luz de su precedente, el artículo 452 del Código de Sainz de Andino (157). Pues bien, si las cosas son así, en pura lógica no podemos sino afirmar que la responsabilidad del librador que redundantemente establece el primer inciso del artículo 460, II, es también *cambiaria*.

(154) Cfr. CUÑAT EDO: *La interpretación de los artículos 460 y 525 del Código de Comercio*, cit., págs. 699-701.

(155) Así, GIRÓN TENA: *Una forma de interpretar*, cit., págs. 382-383.

(156) Y no han faltado voces en ese sentido: cfr. GARRIGUES: *Tratado*, citado, II, pág. 220; EIZAGUIRRE: *La trascendencia de la relación causal*, cit., pág. 910.

(157) Cfr. CUÑAT EDO, *op. ult. cit.*, págs. 701-702.

Y si para el librador es cambiaria, por fuerza hemos de admitir asimismo que es cambiaria la responsabilidad de aquellos que aparezcan al descubierto, pues el fundamento de dicha responsabilidad no muda un ápice. Y ello por un par de razones: (i) de un lado, por la misma dicción del 460, II: «Caso de hacer dicha prueba, *pasará la responsabilidad del reembolso* a aquel que aparezca en descubierto de él»; si dice «pasar» quiere decir que es la misma; (ii) pero sobre todo por un motivo dogmático: la responsabilidad del reembolso siempre es idéntica y se funda en la letra, no en el «descubierto», que es un criterio —basado en razones ciertamente de justicia— para seleccionar, cuando la letra está perjudicada, un deudor de entre todos los integrantes del círculo cambiario. Lo único que sucede es que se produce una reducción de la responsabilidad general (solidaria) del círculo por razones de seguridad del tráfico; por razones de perjuicio del título. De todo lo cual comenzamos ya a deducir que el librado no aceptante, siendo cambiaria la acción, no está legitimado pasivamente de una manera «directa» (ya veremos un poco más tarde si lo está de alguna forma); y, consecuentemente, que la «acción de enriquecimiento» no se funda en la provisión.

d) *Argumento del ordenador*.—Mas si el argumento anterior no bastase para demostrar fehacientemente que el librado no aceptante no está legitimado pasivamente, existe otro contundente que difícilmente se puede superar y que me esforzaré por presentar con la debida claridad: el ordenador en la *Kommissionstratte* es el obligado (*ex art. 456*) a hacer la provisión; y, sin embargo, no asume responsabilidad directa, que ese mismo precepto y el último párrafo del artículo 446 atribuye clarísimamente al librador; si la letra se perjudica el tenedor habrá de dirigirse necesariamente contra el librador (no obligado a la provisión) y no contra el ordenador (que ha incumplido su obligación de proveer); y ello sólo se explica por una razón clarísima: porque la provisión no es el fundamento de la responsabilidad por enriquecimiento —el librador se enriquece porque ya cuando libra la letra y el comitente no provee nace a su favor un crédito *ex causa*—; porque, en definitiva, el artículo 459, que anuda los artículos 456 y 460, establece la responsabilidad *cambiaria* del librador (158). Ciertamente, el problema singular del ordenador no tiene mayor importancia, pero de estos preceptos del Código se obtiene una directiva interpretativa a mi juicio esencial: la razón por la que queda excluido de legitimación pasiva el tercero comi-

(158) Esta solución la aprueba RUBIO: *Derecho cambiario*, cit., págs. 213-214, quien se ve forzado a admitir que aquí se produce una quiebra del sistema (tal como él lo comprende).

tente es *porque él no asume ninguna responsabilidad cambiaria* (159). Ergo las menciones indeterminadas del 460 —el que aparezca al descubierto— y del 515 —el que conservara en su poder el valor de la letra— sólo pueden estar refiriéndose a los *obligados cambiarios* (160). Esta solución negativa de frente al librado (y personajes cambiarios en situación similar: domiciliatario y ordenador) se confirma muy bien con algunos datos que nos suministra el Derecho comparado: es muy sintomático que quienes admiten que el librado es legitimado pasivo, pese al silencio de la ley (y son muy pocos), expliquen la *ratio* de la *Bereichserunsanspruch* en una subespecie de la acción general de enriquecimiento sin causa del Derecho común (totalmente impensable) (161); y que los ordenamientos que de modo expreso legitiman pasivamente al librado, ordenador y domiciliatorio (así, por ejemplo, el art. 1.052 del *Obligationrecht* suizo), construyan la naturaleza jurídica de esta acción como una acción civil de enriquecimiento injusto. En nuestro Ordenamiento, por consiguiente, parece clarísimo que el librado no está legitimado.

Pero entiéndase bien: no está legitimado para la acción de enriquecimiento, aunque sí lo está para una acción causal, a la que, como es lógico, puede oponer las excepciones personales que sean del caso. En este punto, pues, aun con las ligeras diferencias provenientes de los distintos regímenes jurídicos de las acciones cambiarias y causales, llegamos a un tratamiento práctico de la cuestión del librado sustancialmente coincidente con el que suele otorgarle nuestra doctrina cuando le legitima pasivamente para la acción de enriquecimiento (162). Pero, entonces, ¿cómo puede construirse esa legitimación para una acción *ex causa*? En realidad, lo que proponemos por diferencia a la literatura más tradicional viene a traducirse en última instancia en una mera rectificación dogmática. En efecto, la exclusión del librado del círculo de sujetos pasivos de esta pretensión no excluye que el tenedor puede dirigirse contra el librado *utendo iuribus* del librador que haya efectuado provisión de fondos (163); en una palabra, que se dirija contra él en virtud de la misma acción de enriquecimiento cambiario que tiene contra el li-

(159) Cfr. CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria*, cit., págs. 222-224 e ibi más indicaciones y argumentos.

(160) Resulta extraño que RUBIO, *op. cit.*, págs. 212-213, habiendo excluido al ordenador del círculo de sujetos pasivos de la pretensión de enriquecimiento (véase *supra*, nota 158), se muestre partidario de considerar incluido al librado no aceptante.

(161) Así, por ejemplo, LADENBURG: «Kann der Wechselinhaber gegen den Bezogenen, der nicht acceptirt, aber Deckung für den Wechsel erhalten hat, auf Zahlung desselben klagen?», en *Archiv für deutsches Wechselrecht*, vol. 4, 1885, páginas 250 y ss. (*apud* CASTELLANO, *op. ult. cit.*, pág. 226, nota 102).

(162) V. las indicaciones contenidas *retro*, nota 69.

(163) Cfr. NAVARRINI: *Trattato*, cit., III, pág. 570.

brador, subrogándose en sus derechos a la provisión (164). Es decir, como el librador se ha enriquecido (mientras conserve el crédito de la provisión frente al librado), ejercitar contra él la acción cambiaria supone una cesión al tenedor de sus derechos a la provisión, que éste reclamará ejercitando una acción causal. Con ello quiero significar que en este punto el Código de Comercio establece un supuesto de *subrogación legal* que explica muy bien la disciplina que es aplicable al caso (oponibilidad de excepciones personales, etc.). Bien es verdad que el artículo 1.209 CC prescribe que la subrogación no puede presumirse «fuera de los casos *expresamente* mencionados en la ley» y que la subrogación de que estamos hablando no viene *expresamente* establecida por el Código de Comercio, sino única y exclusivamente de una manera interna (o tácita). Este escollo, en todo caso, no es insalvable. Por la mayoría de la doctrina civilista y por el Tribunal Supremo se ha admitido que cuando el Código Civil utiliza expresiones como «terminantemente» (artículo 1.204), «expresamente» (art. 1.137) y otras de similar alcance no quiere significar necesariamente que la proposición de que se trate deba estar enunciada «escritamente», sino que es suficiente con que pueda deducirse (en vía interpretativa) *claramente* (165). Y desde luego la subrogación del tenedor en los derechos del librador frente al librado está claramente contenida en el Código de Comercio, ya que una interpretación en sentido contrario implicaría un absurdo (y la abierta posibilidad del fraude): el razonamiento es claro: «formalmente» no se puede ir contra el librador *porque hizo provisión*. «Porque hizo provisión» tiene que significar que se abre la posibilidad de ir contra quien la posea, que es la *ratio* de la liberación del librador. Y esto, en términos dogmáticos, habida cuenta que el librador conserva el crédito sobre la provisión (y que, por lo tanto, no se empobrece al hacerla), sólo puede solucionarse a través del expediente que proponemos. En conclusión, pues, no existe acción directa contra el librado porque éste no ha asumido responsabilidad cambiaria; y ello aunque el tenedor tuviese un derecho propio a la provisión —porque, por ejemplo, hubiese mediado

(164) Así, entre otros, PARDESSUS: *Cours de droit commercial*, cit., II, páginas 291-293; J. PERCEROU y J. BOUTERON: *De la lettre de change, du billet a ordre et du cheque*, I, París, 1937, pág. 135; MOSSA: *Trattato della cambiale*, cit., página 626.

(165) En relación con las afirmaciones contenidas en el texto, véase, respecto del artículo 1.137 del Código de Comercio, J. CAFFARENA: *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, págs. 138-139, y sobre todo en la nota 43 (págs. 175-176), con ulterior información bibliográfica y jurisprudencial; respecto del artículo 1.204 del Código de Comercio, F. SANCHO REBULLIDA: «Comentario a los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil», en M. ALBALADEJO (ed.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVI, vol. 1, Madrid, 1980, págs. 573-574.

un contrato de provisión a su favor personal—: la acción en este caso no sería cambiaria, sino *causal*.

e) *Argumento ex artículo 525, reforzado por los artículos 517, II y 483*.—Si todavía cupiesen dudas sobre el carácter cambiario de la responsabilidad por letra perjudicada, creemos que definitivamente quedarían disipadas por el tenor literal, difícilmente superable, del artículo 525 —«no tendrá efecto la caducidad de la letra perjudicada...»—, de donde clara y llanamente se deduce que, en el supuesto, la pretensión cambiaria pervive (166). Problema éste que quizá nuestros mercantilistas del siglo pasado, en la vigencia del Código mercantil de 1829, entendieron mejor que nosotros, libres de prejuicios dogmáticos (167). Y contribuye a confirmar esta opinión, si bien con la imperfección propia de todo argumento a contrario, el artículo 517, II y el 483, en relación al 460 (168). Esta afirmación de la naturaleza cambiaria, por supuesto, no prejuzga el proceso: la hacemos pensando que sólo puede deducirse en juicio ordinario (al menos desde la reforma de 1967), como claramente resulta de los artículos 509, 516 y 521, I.

f) *Argumento ex artículo 444*.—Por otro lado, volvemos a verificar nuestra tesis cambiarista si tenemos en cuenta que —y se trata de algo que nadie discute en el Derecho comparado— la acción de enriquecimiento parte de un título que debe tener todos los requisitos de la letra (art. 444). No puede partir de una letra defectuosa, ni de un título incompleto, ni, por supuesto, de una cambial en blanco. Lo cual nos está ya indicando que la acción se funda sobre un derecho y una obligación cambiarios, que cabalmente nacen de la misma letra (169). Algunos autores, con todo, se han mostrado contra esta orientación. Así, por ejemplo, VICENTE Y GELLA, aunque no niega que la acción de enriquecimiento sólo pueda ejercitarse por el tenedor del título (o quien haya obtenido a su favor una declaración judicial de amortización del mismo), estima que la posesión de la letra es precisa en este caso, no porque el título en cuestión *constituya* el derecho a favor del tenedor, sino como simple *prueba* del perjuicio causado (170). Es decir, reduce

(166) Cfr. EIZAGUIRRE, *op. últ. cit.*, pág. 910.

(167) Esta opinión era unánime respecto del artículo 541 del Código de SAINZ DE ANDINO (antecedente del vigente art. 525) entre la doctrina del momento: cfr. GONZÁLEZ HUEBRA: *Curso de Derecho Mercantil*, I, cit., págs. 335-336; MARTI DE EIXALA: *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, cit., págs. 242-243; GÓMEZ DE LA SERNA y REUS Y GARCÍA: *Código de Comercio anotado y concordado*, cit., página 22. V. también CUÑAT EDO, *op. cit.*, págs. 718-720.

(168) Cfr. EIZAGUIRRE, *op. loc. últ. cit.*

(169) Cfr., por todos, MOSSA: *Trattato della cambiale*, cit., pág. 624, y JACOBI: *Wechsel- und Scheckrecht*, cit., pág. 928.

(170) Cfr. VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito*, cit., pág. 340.

la cambial a simple *Schuldschein*. Este planteamiento se despeja, creo, pensando en la insustituibilidad de la letra como «medio de prueba».

g) *Argumento del quantum de la pretensión*.—Se trata éste de un razonamiento muy simple, pero muy eficaz: nuestro Código de Comercio establece con claridad meridiana —y en esto diferimos de la regulación «germánica»— que el «enriquecido» debe reembolsar el importe literal de la letra (cfr. arts. 460 y 525). Si el fundamento no fuese el mismo título —con su característica de la literalidad— el legitimado debería responder sólo de la cuantía de su enriquecimiento. Cosa esta última que es impensable (171).

h) *Argumento de la prescripción*.—Finalmente, certifica de un modo paladino nuestra tesis —la acción de enriquecimiento no sólo es cambiaria, sino que es la misma acción de regreso— el artículo 460, II allí donde establece que la pretensión puede ejercitarse «*mientras la letra no haya prescrito*». Lo cual, a nuestro modo de ver, es altamente significativo de: (i) que el fundamento de la pretensión es el crédito cambiario; y (ii) que se le señala a la acción de enriquecimiento el mismo plazo de prescripción (al contrario de lo que a la acción cambiaria que sucede en otros ordenamientos); *ergo*: debe tratarse de la misma cosa (172). De lo cual vuelve a emerger la conclusión que ya hemos verificado en otras zonas: que la acción de enriquecimiento no es ni más ni menos que la misma acción cambiaria que sobrevive a determinados fenómenos «preclusivos», aunque, es cierto, privada de algunas características; aquéllas que atribuyen a la acción cambiaria regular una tutela judicial rápida y segura; que permiten dirigirla contra cualquier firmante y que reconocen a la cambial la eficacia del título ejecutivo (173).

27. Del examen realizado se derivan dos conclusiones principales, cuya certeza y validez quisiéramos tener por suficientemente probadas. Es la primera que la decadencia no opera al modo de una «prescripción automática e indefectible»; lo cual, a su vez, permite afirmar que la acción de enriquecimiento, en lugar de constituir la consagración de un supuesto excepcional de responsabilidad, viene, por el contrario, a sancionar la perduración de la responsabilidad cambiaria ordinaria no obs-

(171) Este argumento lo confirma, *a sensu contrario*, HUECK-CANARIS: *Recht der Wertpapiere*, cit., pág. 125.

(172) La objeción de LANGLE: *Manual*, cit., II, pág. 190, queda así destruida.

(173) Se habrá advertido que no hemos utilizado para nada el argumento del artículo 950 del Código de Comercio. Pero una vez fundamentada nuestra tesis en el 460, sí podemos recurrir al 950.

tante el perjuicio. Perduración, pues, de una responsabilidad, cuya fuente —única fuente— estriba en la suscripción del título (174). Es la segunda que el único responsable del pago de la letra perjudicada es —como diría JACOBI (175)— el «deudor último», con independencia de la posición cambiaria —libramiento o endoso— que ocupe. Y si estas dos conclusiones se dan por buenas, los objetivos de estas páginas se verían más que colmados, pues, a fin de cuentas, ellas son cifra y resumen de los propósitos que las han animado y que, por vía de síntesis y como hipótesis de trabajo, dejamos ya bien explícitas en el apartado preliminar.

CÁNDIDO PAZ-ARES

Departamento de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

(174) No podemos dejar de reenviar aquí a CASTELLANO: *La responsabilità cambiaria*, cit., págs. 140 y 144-145.

(175) Cfr. JACOBI: *Welchsel- und Scheckrecht*, cit., pág. 935.