

símil), la única solución segura es tomar por válida, también a efectos del derecho de enriquecimiento, la relación de derechos que el BGB prevé para la responsabilidad indemnizatoria por acto ilícito.

El propio autor nos previene de que no se trata de una regresión encubierta a los postulados de la teoría de la antijuricidad; simplemente se toma la enumeración de derechos protegidos por la responsabilidad aquiliana en los §§ 823 y siguientes como delimitadora de los que pueden formar parte del supuesto de hecho de la restitución por intromisión, estos, como listado de derechos y posiciones jurídicas con contenido de atribución.⁹³

Ahora bien, dar primacía a la seguridad jurídica que proporciona un listado «positivo» provoca cierta confusión en la dimensión funcional del criterio delimitador y en su capacidad para aproximar alguna luz sobre el alcance de la restitución. Si la responsabilidad por daño y la restitución del enriquecimiento tienen funciones y fundamentos diferenciados —tal y como el propio CANARIS acepta—, no hay motivo alguno por el que la relación de derechos «típicos» aparados por la primera deba limitar necesariamente a la segunda. Más alarmante aún resulta aceptar para el derecho de enriquecimiento la interpretación que de esos «tipos» protegidos se ha dado por doctrina y jurisprudencia teniendo en cuenta exclusivamente el ámbito de aplicación para el que fue concebida, el de la responsabilidad civil.⁹⁴

⁹³ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 170 y ss. Sin embargo, los resultados prácticos a los que llega de hecho la teoría de CANARIS son casi equiparables a los obtenidos por la teoría de la antijuricidad, lo cual no es de extrañar si tenemos en cuenta que la protección por daño de este listado «típico» (con el que CANARIS pretende delimitar el ámbito protector del derecho de enriquecimiento) requiere en derecho alemán la antijuricidad de la conducta dañosa.

⁹⁴ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 175 y 560. Así, a modo de ejemplo, resulta significativo que CANARIS niegue protección indemnizatoria al derecho a la empresa (derecho al establecimiento y desarrollo de la actividad empresarial, *Recht am Gewerbebetrieb*) en contra de la opinión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, obligado por la necesidad de mantener el paralelismo de supuestos protegidos respecto al derecho de enriquecimiento (en el que su protección le resulta definitivamente

Por otra parte, es evidente que esta solución no es aplicable al ordenamiento jurídico español en tanto que, frente al sistema alemán de tipos o «típico», que incluye la referida relación de derechos protegidos por la responsabilidad civil, el sistema español, por incardinarse entre los denominados «de cláusula general»⁹⁵, carece de tal relación, por lo que desaparece el motivo primordial y único de defensa, y la propia razón de ser de esta opinión: la seguridad jurídica que proporciona. Por el contrario, aceptar que todas aquellas posiciones jurídicas cuyo perjuicio resulta resarcible en nuestro ordenamiento pudieran quedar protegidas por el derecho de enriquecimiento, conduciría a la indeseada revisión de lucros obtenidos por violación de meras expectativas de beneficio o simples afectos sobre las cosas.

b) La pretensión de omisión

En opinión de KLEINHEYER, la *Eingriffskondition* debe concederse a favor de todos aquellos titulares de derechos o de posiciones jurídicas que hubieran podido exigir la omisión de la conducta intromisiva. Así, el comerciante que obtiene una ganancia de forma ilícita o desleal debe restituirla a los competidores que hubieran podido exigir la omisión de su acción, pues la obtiene «a su costa».⁹⁶

La justificación de la pretensión de enriquecimiento —prosigue el autor citado— descansa en que el enriquecido ha obtenido «algo» (*etwas* en el § 812 BGB) con ayuda del bien ju-

inostenible), apoyándose para ello en la inexistencia del mencionado derecho a la empresa como entidad jurídica independiente de sus diversas manifestaciones prácticas. En general, sobre el derecho a la empresa en el ámbito del derecho de enriquecimiento, ERMANN/WESTERMANN, § 812, Rn. 70. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb...», cit., pág. 526. MÜNCHKONM/LIEB, § 812, Rn. 217. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 268. RÜMCKER, *Das Tatbestandsmerkmal...*, cit., pág. 59. SCHUBCHTRIM, *Schuldrecht...*, cit., pág. 304. SOERGEL/MÜHL, § 812, Rn. 149. STAUDINGER/LARENZ, Vor § 812, Rn. 72.

⁹⁵ PANTALEÓN, «Comentario...», II, cit., artículo 1.902, pág. 1994.

⁹⁶ KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendung...», cit., pág. 476. Con argumentos similares, JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., pág. 168.

rídico de otro («a costa» de éste), entendiendo a estos efectos por «bien jurídico» aquel que el ordenamiento jurídico *reserva* a una persona determinada. Esta reserva comprende la determinación del uso y destino económico del bien así como el ejercicio de su defensa, y se detecta en la medida en la que el ordenamiento concede al beneficiario una pretensión de omisión contra las conductas que violen la reserva. Con este concepto de bien jurídico se evita la concesión de acciones de enriquecimiento a favor de quienes no hubieran podido evitar la acción intromisiva o la obtención del beneficio.⁹⁷

Contra este criterio delimitador se han alzado numerosas críticas. El hecho de que se centre en que el legitimado activo pueda exigir la omisión de la conducta llevada a cabo por el legitimado pasivo, lo cual supone siempre la violación de una obligación de no hacer, le ha servido la acusación de constituir una reformulación de la teoría de la antijuridicidad (de hecho, deja sin resolver los mismos supuestos para los que ésta carece de respuesta).⁹⁸

Sin embargo, la crítica más importante es la que pone en evidencia la falta de diferenciación entre posiciones jurídicas defendidas mediante simples normas prohibitivas y posiciones a las que una norma de atribución concede un ámbito de disposición excluyente sobre su objeto. Si «bien jurídico» —tal y como KLEINHEYER expone— es aquel cuyo destino económico y protección jurídica están reservados por el ordenamiento a una persona, ¿cuál es el bien jurídico del titular de una posición de competencia en el mercado, esto es, de cualquier competidor? ya que ¿está acaso reservada para él la conducta que viola su posición, o se trata más bien de una sujeción recíproca por parte de todos los competidores al cumplimiento de unas normas establecidas en bien de todos y del correcto funcionamiento del mercado? La reserva de facultades otor-

⁹⁷ KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendung»..., cit., págs. 475 y ss. El autor explica que no hay ninguna dificultad para admitir la condición de bienes jurídicos, y por lo tanto para conceder protección, a los derechos sobre bienes inmateriales, al derecho a la empresa o a cualquier posición competitiva protegida.

⁹⁸ MÜNCHKONM/LIEB, § 812, Rn. 207. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte*..., cit., pág. 255.

gada por el derecho a una persona legítima siempre a ésta para exigir la omisión de las conductas que vulneren el ámbito reservado; por el contrario, la posibilidad de poder exigir la omisión de una conducta no es indicio seguro de la concesión de una reserva sobre la misma.⁹⁹

Ciertamente, las normas prohibitivas no tienen por finalidad el interés particular de cada uno de sus destinatarios en que los demás las observen, o la redistribución de las ganancias obtenidas por quienes las violen; se trata más bien de lograr el buen funcionamiento del ámbito jurídico regulado. Por el contrario, las normas de atribución persiguen la concesión de un ámbito de actividad excluyente que se reserva a la única persona sobre la que no pesa la prohibición de injerencia.¹⁰⁰

No parece que ambas situaciones deban equipararse en el marco de la restitución por intromisión. El comerciante que viola las reglas sobre competencia afecta a todos sus competidores por alterar la igualdad de oportunidades y el buen funcionamiento del mercado, pero no transgrede un ámbito de actividad reservado a cada uno de ellos; al contrario, todos ellos están tan obligados como el intromisor a la omisión de la conducta intromisiva. Esta obligación de no hacer es exigible con independencia de la voluntad de sus destinatarios (de si hubieran, por ejemplo, estado dispuestos a recibir un premio por permitirla), puesto que la norma que la establece responde a criterios de interés general indisponibles por éstos. Por el contrario, la violación de una norma atributiva afecta

⁹⁹ Nadie niega que todo participe en el mercado puede exigir la omisión de conductas ilícitas o desleales por parte de sus competidores, pero entender que esto supone la reserva de un «bien jurídico» a cada uno de ellos, y pretender que quien viola la exigencia de lealtad y lealtad se entienda que a costa del resto es algo que resulta difícilmente aceptable. PAZ-ARES, «Constitución económica y competencia desleal (Reflexiones sobre la experiencia italiana)», *ADC*, 1981, págs. 934 y 935, nota núm. 14. PORTELLANO, *La imitación*..., cit., pág. 152, nota núm. 255. Afirma este último autor que «la posibilidad de ejercitar una acción de cesación no debe ser siempre identificada con titularidad de un derecho subjetivo de exclusiva».

¹⁰⁰ KOPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte*..., cit., págs. 73 y ss. KURZ, *Der Besitz*..., cit., pág. 64. MÜNCHKONM/LIEB, § 812, Rn. 210. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte*..., cit., pág. 258.

esencialmente al beneficiario de la atribución, que es además el único que pudo haber legitimado la conducta intromisiva con su consentimiento, ya que el fin de la norma atributiva es, precisamente, habilitarle para disponer en exclusiva de la misma.

c) La comerciabilidad del bien jurídico usurpado

En realidad el criterio de la comerciabilidad no es sino una aproximación parcial al que nos ocupa en el apartado siguiente y que denominaremos criterio del «monopolio de explotación». La exposición y crítica de aquél, que ahora abordamos, persigue evitar posibles confusiones y dejar patente la diferencia e imposible equiparación entre los conceptos de «comerciabilidad» y «monopolio de explotación».

El mero hecho de que una posición jurídica tenga la posibilidad de comercializarse, esto es, que sea valorable en dinero y posible objeto de transacciones, no significa que su titular tenga automáticamente derecho a exigir la restitución de lo obtenido por intromisión sobre la misma ¹⁰¹. Señala atinadamente CANARIS que el mercado (la mera comerciabilidad) es sólo un dato más en la labor, esencialmente jurídica, de determinación de aquellos derechos y posiciones jurídicas protegidos por la *Eingriffskondition*. La prueba de que la comerciabilidad no otorga sin más el contenido de atribución a una situación jurídica resulta del hecho de que existen bienes para los que hay un mercado, pero cuyos titulares no están protegidos por el derecho de enriquecimiento en caso de intromisión (el mercado de la prostitución); así como otros para los que no existe un mercado, pero cuya usurpación otorga a sus titulares la posibilidad de exigir la restitución del enriquecimiento (utilización de la imagen de una persona desconocida). La inexistencia previa de un mercado sobre una posición jurídica no supone irremediablemente la exclusión de la protección del derecho de enriquecimiento, ya que el propio

¹⁰¹ BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich...*, cit., págs. 83 y 84. KAISER, «Die Nutzungsherausgabe...», cit., pág. 113.

mercado puede poner de relieve la posibilidad de comercialización de derechos o posiciones jurídicas que inicialmente no fueron concebidos y concedidos para ser comercializados, pero que la realidad ha demostrado comercializables ¹⁰².

VON CAEMMERER advierte de la existencia de beneficios que, si previamente se ha pactado sobre ellos, son exigibles en virtud del pacto, pero que, a falta de éste, no están protegidos por la *condictio*. Por ejemplo, el dueño de un restaurante que quiera liquidar el negocio puede pactar la «cesión» onerosa de su clientela con el dueño del restaurante vecino. En este caso es evidente la exigibilidad de lo pactado y la correspondiente responsabilidad en caso de incumplimiento. Por el contrario, si el cese del negocio se da sin más, el beneficio que experimenta el restaurante vecino por la afluencia efectiva de nuevos clientes no es exigible por el dueño de aquél ¹⁰³. La «clientela» es un bien de mercado, pero su valor no es restituable sin más en virtud de la *condictio* ¹⁰⁴.

d) El monopolio de explotación

Para la mayoría de la doctrina, lo determinante para la concesión de la *condictio* por intromisión es la atribución por parte del ordenamiento jurídico a los titulares de determinados derechos y posiciones jurídicas de una facultad exclusiva de explotación sobre el objeto de éstos ¹⁰⁵. Quien sea titular de un derecho sobre cuyo objeto tenga facultad plena y exclusiva de disfrute y disposición cuenta con una protección específica para el caso de que un tercero se apropie sin su

¹⁰² CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 172.

¹⁰³ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 255.

¹⁰⁴ BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich...*, cit., págs. 67 y 68, 77 y ss.

¹⁰⁵ BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich...*, cit., pág. 84. ERMAN/WESTERMANN, § 812, Rn. 66. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., págs. 464 y ss. HÖFFER, «Die Eingriffskondition...», cit., págs. 263 y ss. KAISER, «Die Nutzungsherausgabe...», cit., pág. 117. KÖPPENSTEINER/KRAMER, *Unge-rechtfertigte...*, cit., pág. 71. KURZ, *Der Besitz...*, cit., pág. 64. MÜNCH-KOMMLIEB, § 812, Rn. 209 y 290. REUTER/MARTINEK, *Unge-rechtfertigte...*, cit., pág. 256. RGK/HEIMANN-TROSTEN, § 812, Rn. 42. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., pág. 302. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 23.

consentimiento (sea éste contractual o derivado de simple tolerancia) de todas o alguna de las facultades a él reservadas. El derecho protegido por la *condictio* reserva a su titular el uso, disfrute, explotación o cesión del mismo, y lo que hace precisamente la acción intromisiva del tercero es vulnerar la reserva de facultades que la titularidad de este derecho proporciona.

De aquí que pueda afirmarse que la restitución por intromisión tiene lugar en ámbitos de protección individualizada de marcado carácter monopolístico (el propietario ostenta sobre la cosa objeto de su derecho de propiedad un auténtico monopolio de actuación) a los que sólo se tiene acceso a través del consentimiento de su titular (beneficiario de la atribución). El mero hecho de poder exigir la omisión de una conducta no otorga a nadie el monopolio sobre la misma, y menos sobre los beneficios que de ella deriven.¹⁰⁶

El «monopolio de explotación» como criterio determinante del contenido de atribución de los derechos y posiciones jurídicas protegidos por la *Eingriffskondition* ha recibido algunas críticas que, si bien no han logrado (o siquiera pretendido) desvirtuarlo en su finalidad y operatividad, han llamado la atención sobre la conveniencia de fijar ciertos límites a su reconocimiento.¹⁰⁷

Esta conveniencia de fijar ciertos límites se convierte en necesidad al observar que la mera idea de «monopolio» contiene un principio de contradicción con la estructura econó-

¹⁰⁶ ESSER/Weyers, *Schuldrecht...*, cit., pág. 465. Una adecuada formulación de la problemática aquí planteada por el concepto de «contenido de atribución» y su trascendencia en la teoría del derecho de enriquecimiento es la reflejada por la cuestión sobre si una determinada posición jurídica protegida tiene por fundamento la concesión de un monopolio privado de explotación, o bien se trata simplemente del reflejo de una prohibición de conducta exigida para salvaguarda del buen funcionamiento del mercado.

¹⁰⁷ ESSER/Weyers, *Schuldrecht...*, cit., págs. 463 y ss. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 82. SCHLECHTRIEM, «Güterschutz durch Eingriffskondition», en *Ungerechtfertigte Bereicherung. Grundlagen, Tendenzen, Perspektiven. Symposium der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg zum Gedenken an Pr. Dr. Detlef König*, Heidelberg, 1984, págs. 60 y ss.

mica de un orden jurídico de carácter liberal-competitivo. Como observa MESTMÄCKER, la problemática sobre la concesión de acciones de enriquecimiento en casos de intromisión tiene como telón de fondo la tensión entre el efecto de exclusión (efecto de monopolio) de los derechos en beneficio de su titular, y el ámbito de libertad de actuación de los terceros.¹⁰⁸

La concesión sistemática de monopolios de explotación conduciría en su expresión última a un entorpecimiento de la libertad de actuación lindante con la práctica paralización del mercado.¹⁰⁹ Por ello, para que la función social que cumplen estos monopolios jurídicos no quede desvirtuada por un alcance incondicionado de los mismos, se hace necesario el reconocimiento de ámbitos de actividad que escapen de la reserva. La imagen propuesta por ESSER y WEYERS en este punto es sumamente significativa: la teoría de la atribución necesita, a través de un análisis de cada derecho o posición jurídica con contenido de atribución, llegar a la fijación de dos límites, uno superior y otro inferior, que permitan delimitar el ámbito de protección de la *condictio*. Por el primero se excluye la protección de bienes indisponibles o cuya «contractualización» (entendida como mecanismo que articula la obligación restitutoria) pueda contrariar la ley o las buenas costumbres (por la violación de una persona no se restituye el precio que hubiera tenido que pagarse en un prostíbulo); por el segundo se niega la protección frente a conductas inatacables como expresión básica de ejercicio de la libertad de actuación (el propietario de un árbol nada puede exigir por el hecho de que su vecino disfrute de la sombra que arroja sobre su predio).¹¹⁰

Aceptada esta necesaria fijación de barreras a la excesiva «monopolización» del mercado jurídico, el criterio del «mo-

¹⁰⁸ MESTMÄCKER, «Eingriffsverbot...», cit., pág. 524.

¹⁰⁹ PORTELLANO, *La imitación...*, cit., págs. 145 y 146. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 247. WIRTH, «Supuestos procesales de la nueva ley de competencia desleal», *Derecho de los negocios*, núm. 24, 1992, pág. 5.

¹¹⁰ ESSER/Weyers, *Schuldrecht...*, cit., págs. 463 y ss. GALLO, *L'arricchimento...*, cit., pág. 396.

monopolio de explotación» presenta indudables bondades que han sido puestas de relieve por la doctrina.

En primer lugar, se trata de un criterio capaz de excluir del ámbito protector del derecho de enriquecimiento por intromisión las expectativas o simples posibilidades de comercialización, cuya inclusión provocaría una indeseable reducción de la libertad de actuación ante el temor de poder acabar a cada instante con las expectativas de los demás.¹¹¹

Otra virtud consiste en que este criterio incorpora una visión dinámica del orden jurídico, económico y social, sensible a la realidad comercializable del futuro y a la objetiva fluctuación de valores en el mercado. No se trata de un criterio que se rinda a meras circunstancias económicas; por el contrario, se apoya en un marco jurídico estable pero móvil en el que pueden aparecer nuevos supuestos de hecho protegibles, tal y como ya ha sido puesto de relieve en casos concretos. Así, si hace algunos años pudo ser problemático el reconocimiento de valor comercial al derecho a la propia imagen, hoy éste está fuera de toda duda.¹¹²

Con todo, lo decisivo para la restitución por intromisión es que, una vez demostrado por el mercado el valor económico de una posición jurídica, la decisión sobre su explotación haya sido reservada por el ordenamiento jurídico a su titular.¹¹³ La «juridicidad» del criterio estriba precisamente en que no es el mercado quien concede el monopolio de explotación sobre la posición mencionada, sino el ordenamiento jurídico en el que el derecho de enriquecimiento se incardina con coherencia valorativa.¹¹⁴ El mercado actúa a modo de sensor y evidencia la existencia de un valor comercial para un objeto jurídico sobre el que el ordenamiento concede el monopolio de explotación a su titular; asimismo, puede ofrecer criterios de *lege ferenda* sobre la oportunidad y alcance de dichos monopolios.

El criterio del monopolio de explotación adopta además una perspectiva que aporta información valiosa sobre el alcance de la restitución ya que, si la idea es que se ha de proteger el monopolio jurídico de aquél que hubiera podido legitimar la intromisión con su consentimiento, la ausencia de éste pone en marcha un mecanismo obligatorio por el que se debe restituir a aquél lo que hubiese obtenido por permitir la intromisión, esto es, *el precio de mercado por cesión de la facultad usurpada*. La *condictio* por intromisión apunta así hacia una concepción cuasicontractual de la problemática de las acciones intromisivas sobre derechos ajenos, y propone una solución articulada a través de la idea de «contrato fáctico» o «comportamiento social típico». El ordenamiento jurídico utiliza a posteriori la idea de contrato para lograr así, una vez producida la irregularidad en el disfrute de los derechos, reequilibrar la situación patrimonial de quien hubiese tenido que «adquirir» en el mercado la facultad usurpada frente al titular de ésta.

Con la expresión «cuasicontractual» se hace referencia a una concepción del fenómeno de la restitución por intromisión en la que lo relevante no es la cualidad de la acción intromisiva, sino el mecanismo por el que se articula la obligación restitutoria con ayuda de la idea de «ficción de contrato». A pesar de que el artículo 1.887 del Código civil español, en su definición de los cuasicontratos, hace referencia expresa a «hechos lícitos y puramente voluntarios», la gran variedad de supuestos de hecho abarcables por la *Eingriffskonklition* desborda ampliamente dicho marco e incluye tanto acciones lícitas (ejecución de un bien ajeno) como ilícitas (uso de cosa ajena); y lo que interesa poner de relieve es que la solución jurídica que aquélla proporciona a todos estos supuestos, con independencia de la «ilicitud», está siempre informada por una misma *ratio*: el nacimiento de una obligación de restituir a cargo del enriquecido a través de la idea de que hubiera debido existir una relación contractual entre los afectados, esto es, *quedar obligado* como si hubiese existido un contrato (*cuasi ex contractu*).¹¹⁵ La figura del contrato nos ayuda así a

¹¹¹ REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 258 y ss.

¹¹² REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 267. SCHLECHTRIEM, «Bereicherung...», cit., págs. 445 y ss.

¹¹³ PORTELLANO, *La imitación...*, cit., págs. 152 y ss.

¹¹⁴ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 172.

resolver *a posteriori* el conflicto planteado por un supuesto necesariamente no contractual en el que lo jurídicamente adecuado para legitimar la conducta intromisora hubiese sido la conclusión de un contrato de cesión de la facultad usurpada¹¹⁶. La perspectiva cuasicontractual pone en marcha un mecanismo «objetivo» que ignora otras consideraciones que no sean las de «reconstrucción» económica de los hechos que ocurrieron y de los derechos que quedaron afectados.

En síntesis, teoría de la antijuridicidad y teoría de la atribución son concepciones distintas sobre la forma de abordar los supuestos de enriquecimiento por intromisión. Para la primera, el derecho debe *redaccionar* ante la antijuridicidad de la conducta intromisiva; «ninguna ganancia debe poder ser obtenida a través de acto ilícito» es en definitiva lo que proponen SCHULZ y sus seguidores¹¹⁷. El juicio de disvalor que me-

trid, 1991, págs. 599 y ss. «Al hablar concretamente de algunos de estos casos recogidos bajo la aludida expresión *ex variis causam figuris*, los juriscultos romanos indicaban a veces que la obligación se desarrollaba en ellos de un modo parecido a como se desenvolvía la procedente de un contrato determinado, o de los delitos. Así el mismo GAYO nos dice que el que ha recibido un pago indebido está obligado a devolverlo, a semejanza del que ha recibido un préstamo, *quasi ex mutui datone*, y nos dice también que, en ciertos casos, el obligado lo está *quasi ex maleficio*. (...) Las expresiones «quasi ex contractu tenetur obligatus» y «quasi ex maleficio tenetur» o «teneri videtur» se emplearon ya por los clásicos, pero para señalar la analogía de aspecto procesal: *la equiparación en cuanto a la responsabilidad subsiguiente* («*actione teneri*») con los contratos y los delitos. Los compiladores bizantinos transformaron este sentido equiparativo del «quasi» (= *perinde ac si*) en un sentido distintivo o delimitativo desde el punto de vista material de la estructura de las respectivas situaciones de hecho.»

¹¹⁶ Esta es también en numerosas ocasiones la solución que adopta nuestra jurisprudencia para la resolución de supuestos en los que las partes venían actuando como si estuvieran ligadas por una relación contractual, pero que, cuando la confianza se rompe, a alguna de ellas le interesa defender que jamás existió contrato alguno en sentido estricto, para evitar así la aplicación de la normativa contractual. En estos casos, el Tribunal Supremo ampara la confianza creada por una relación contractual fáctica entre quienes participaron de la misma (STS 21-XII-45, 17-I-56, 7-X-65, 7-I-84).

¹¹⁷ SCHULZ, «System...», cit., pág. 443. JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., pág. 42. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág. 86. HAINES, *Bereichserwerbsprüfung...*, cit., pág. 49. WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 93.

rece la antijuridicidad es suficiente para desencadenar la obligación de restituir con independencia de cualquier otra relación entre la acción y el patrimonio del sujeto afectado¹¹⁸.

Para la segunda, se trata de cumplir *a posteriori* los postulados de atribución jurídica que no se respetaron por la intromisión, de forma que se restituya aquello que conforme a derecho hubiera correspondido al titular del bien usurpado. No basta la valoración que merezca la conducta intromisiva, se necesita un criterio que relacione a los sujetos afectados (el demandado se ha hecho con algo —cosa, facultad, derecho— atribuido en exclusiva por el ordenamiento al demandante), a la vez que evite que la *Eingriffskonklusion* se convierta en una pretensión paralizatoria por mera acción antijurídica¹¹⁹.

Por lo que respecta al alcance de la restitución, los defensores de la teoría de la antijuridicidad admitten la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor, en tanto los partidarios de la teoría de la atribución propugnan la restitución del valor que éste hubiera debido abonar para adquirir legítimamente la facultad usurpada (valor de uso o de disposición). En cuanto a sus motivos, si los primeros se justifican (aunque no todos lo admitan) aludiendo a la necesidad de desincentivar de forma eficaz las conductas intromisivas, los se-

¹¹⁸ REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 245. A pesar de ser partidarios de una teoría de la atribución corregida, estos autores reconocen como mérito fundamental de la teoría de la antijuridicidad el haber llamado la atención sobre la naturaleza cuasidelictual de la *Eingriffskonklusion*.

¹¹⁹ En cualquier caso, estas dos teorías no constituyen compartimentos estanco sin relaciones entre sí, tal y como lo demuestra el acercamiento mutuo que han protagonizado a pesar de las claras diferencias en sus puntos de partida. En este intercambio de influencias se llegan a apreciar incluso algunas contradicciones. Así, la teoría de la antijuridicidad hace depender la responsabilidad por enriquecimiento del juicio que le merece la conducta intromisiva (del juicio de antijuridicidad), pero curiosamente aplica el mismo módulo restitutorio con independencia de la calidad o cantidad de reproche que quepa hacer al intromisor; digamos que «congelada» su valoración para todo tipo de conducta antijurídica, sea ésta dolosa, culposa o irreproachable. Por el contrario, la teoría de la atribución, que parte del objetivo reequilibrio de los patrimonios afectados, es sensible a diversificar la respuesta jurídica cuando la actuación del intromisor es dolosa.

gundos entroncan su propuesta con la idea de reintegración del derecho o facultad usurpados, todo lo cual nos enfrenta de forma directa con la cuestión sobre la *función* de la *condictio* por intromisión:

¿Qué es lo que el ordenamiento jurídico debe perseguir con la restitución por intromisión, la reintegración del derecho usurpado, la prevención y punición de conductas intromisivas, o simplemente la indemnización de los daños causados por éstas?

II. Función de la *condictio* por intromisión

1. LA FUNCION DE REINTEGRACIÓN

La doctrina jurídica alemana mayoritaria sostiene que la función primaria de la *condictio* por intromisión es la protección de los derechos o posiciones jurídicas usurpados, más concretamente, su reintegración o reconstrucción económica a través del mecanismo de retirar del patrimonio del intromisor el provecho obtenido por uso, disfrute, consumo o disposición de derecho ajeno, para restituirlo al patrimonio del titular de éste en la medida que hubiese sido jurídicamente adecuada para legitimar la acción intromisiva.¹²⁰

¹²⁰ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 230 y ss. CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch*..., cit., págs. 127 y ss. ERMAN/WESTERMANN, § 812, Rn. 65. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*..., cit., págs. 415 y ss. HÜFER, «Die Eingriffskondiktion...», cit., pág. 263. KAISER, «Die Nutzungsausgabe...», cit., págs. 94 y 123. KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendung...», cit., pág. 473. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 1 y ss. LARENZ, *Lehrbuch*..., cit., págs. 520 y ss. LOEWENHEIM, *Bereicherungsrecht*..., cit., págs. 74 y ss. VON LÜBTOW, *Beiträge...*, cit., pág. 26. MÜNCHKÖMM/LIEB, § 812, Rn. 204 y ss. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 234 y ss. RGK/HEIMANN-TROSIEN, § 812, Rn. 42. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*..., cit., págs. 302 y ss.; «Güterschutz...», cit., págs. 57 y ss. SOERGEL/MÜHL, § 812, Rn. 134. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 23. WILBURG, «Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts», *AcP*, 163 (1963), págs. 346 y ss.; *Die Lehre*..., cit., págs. 27 y ss. WILHELM, *Rechtsverletzung*..., cit., pág. 21.

Con la restitución se pretende llegar a la situación que hubiera existido de haberse seguido el cauce jurídico adecuado (idea de retorno al cauce jurídico)¹²¹. El mecanismo de reintegración de los derechos usurpados es absolutamente ajeno a la existencia de daños en el patrimonio de sus respectivos titulares y a la necesidad de encontrar un título de imputación o reproche en la figura del intromisor¹²². Igualmente irrelevante es que el titular del derecho protegido hubiera podido realmente disfrutar por sí del mismo al tiempo de la intromisión.¹²³

La protección de la *Eingriffskondiktion* no se limita a los casos en los que se priva al titular del goce directo de su derecho, pues éste es sólo una de las formas de explotación y disfrute del mismo. El propietario absentista de un fundo ocupado sin su permiso no se ve perjudicado en su goce directo, pero sí en su facultad de decidir sobre su destino económico. El derecho de propiedad ha sido igualmente usurpado y su reintegración se articula a través de la restitución del valor de ocupación del inmueble, que corresponde al precio de alquiler del mismo. De esta forma se recorre *a posteriori* el camino

¹²¹ Quien consume una cosa ajena sin el consentimiento de su titular obtiene un provecho injustificado que debe ser restituido. La reintegración del derecho de propiedad usurpado se articula a través de la restitución del valor que el intromisor hubiera debido satisfacer para consumir la cosa ajena conforme a derecho (valor de mercado, precio).

¹²² WILBURG, *Die Lehre*..., cit., págs. 97 y ss. VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 228 y ss. BERG, «Bereicherung...», cit., págs. 505 y ss. CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch*..., cit., págs. 128 y 129. ERMAN/WESTERMANN, § 812, Rn. 3. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*..., cit., págs. 421 y 469. FICKENTSCHER, *Schuldrecht*..., cit., pág. 684. HAINES, *Bereicherungsprinzipie*..., cit., págs. 45 y ss. HECK, *Grundriss*..., cit., pág. 421. JAKOBS, *Eingriffserwerb*..., cit., págs. 61 y ss. KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendung...», cit., págs. 471 y ss. KÖNDGEN, «Wandlungen...», cit., págs. 55 y ss. KÖNIG, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 15 y ss. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 70 y ss. LARENZ, *Lehrbuch*..., cit., págs. 523 y ss. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb...», cit., pág. 521. MÜNCHKÖMM/LIEB, § 812, Rn. 15. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 323 y ss. SCHEYHNG, «Leistungskondiktion...», cit., págs. 371 y ss. SCHULZ, «System...», cit., pág. 442. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812, Rn. 37. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 24.

¹²³ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 234. HECK, *Grundriss*..., cit., pág. 426. WILBURG, *Die Lehre*..., cit., pág. 97 y ss.

jurídico adecuado impuesto por el ordenamiento para legitimar la acción intromisiva ¹²⁴.

Esta «protección reintegradora» de los derechos usurpados apunta hacia una concepción objetiva de la *Eingriffskondition* puesto que conduce a la restitución del valor con el que se hubiera legitimado la acción del intromisor o respetado la integridad del derecho usurpado, valor que en la práctica se concreta en el «precio» de éste. De alguna forma, se trata de la misma objetividad que informa nuestra acción de nulidad en la labor de liquidación de relaciones contractuales nulas o anuladas (vuelta al cauce «normal» de los acontecimientos como si la relación contractual no hubiera existido). En estos casos, ante la utilización defectuosa o fallida de un cauce jurídico de cooperación ¹²⁵ virtualmente apropiado, el ordenamiento otorga a las partes la posibilidad de promover la *restitutio in integrum*, esto es, que las cosas vuelvan al estado que tendrían de no haberse producido la relación jurídica. Curiosamente, la restitución por intromisión parte de la situación inversa: se da un efecto jurídico-patrimonial relevante (un incremento patrimonial) para el que las partes afectadas no han previsto el cauce jurídico que hubiera sido necesario, y la solución es en este caso hacer que las cosas adopten la situación que hubiera existido de haber seguido los pasos adecuados para obtener lícitamente el resultado jurídica y materialmente ya perpetrado. La objetividad común reside en que ni en uno ni en otro supuesto se altera el mecanismo restitutorio por el juicio que merezca el comportamiento de las partes (buena o mala fe) ¹²⁵.

La restitución por intromisión no persigue la redistribución equitativa de un enriquecimiento injustificado atendiendo a los intereses particulares en juego o a la valoración de la protegibilidad que merezcan los sujetos afectados. No se trata de aplicar inciertos postulados de justicia distributiva, sino de cumplir con las exigencias del orden de atribuciones, preesta-

¹²⁴ VON CAEMMERER «Bereicherung...», cit., págs. 234 y 235. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 534. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 101.

¹²⁵ Más adelante tendremos oportunidad de tratar con mayor detenimiento la cuestión sobre la objetividad de la acción de nulidad.

blecido por el ordenamiento jurídico. La concesión de la *Eingriffskondition* ha de responder al cumplimiento de las valoraciones que informan la ordenación jurídico-patrimonial de bienes y provechos ¹²⁶.

Ahora bien, resulta innegable reconocer al derecho de enriquecimiento un papel activo en este proceso de valoración. En numerosas ocasiones, la ley (el derecho de ordenación de bienes) apenas otorga información sobre las cuestiones, tal y como éstas son planteadas desde la perspectiva del derecho de enriquecimiento, de ahí que las aportaciones de éste sean necesarias para llenar las carencias de aquella ¹²⁷. La creación de nuevos derechos y posiciones jurídicas, así como la interpretación de los derechos tradicionalmente considerados como absolutos, plantean a menudo cuestiones sobre su alcance y configuración jurídica a las que la ley no da una respuesta directa. En estos casos el derecho de enriquecimiento debe, a la luz de la regulación existente y de los principios que la informan, plantearse sobre su *transcendencia atributiva*, y dentro de esta labor «valorativa» es decisiva la postura que adoptemos en la configuración de la *condictio* por intromisión.

Los partidarios de una función protectora/reintegradora armonizan —como no podía ser de otra forma— con los postulados de la teoría de la atribución y con la perspectiva del fenómeno restitutorio que hemos denominado «cuasicontractual» (de carácter objetivo). Con estas coordinadas de función y fundamento, la *condictio* por intromisión queda configurada como aquella pretensión restitutoria por la que los titulares de derechos y posiciones jurídicas con un contenido de atribución de carácter monopolístico pueden exigir, en caso de intromisión en el uso o disfrute de éstos, el «valor» que el mercado asigna a los bienes o facultades que hubieran sido objeto de la usurpación ¹²⁸.

¹²⁶ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 127 y ss. ERMANN/WESTERMANN, Vor § 812, Rn. 3.

¹²⁷ BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich...*, cit., pág. 59. ESSER/MEYERS, *Schuldrecht...*, cit., págs. 415 y ss. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 52.

¹²⁸ BGHZ 75, págs. 203 y ss.; 82, págs. 299 y ss.; 99, págs. 244 y ss.; 117,

Desde esta perspectiva, quien consume o enajena una cosa ajena debe restituir su valor a quien legítimamente pudo consumirla o enajenarla (la *condictio* actúa aquí como un subrogado de la *vindictio*); asimismo, quien la usa o disfruta debe restituir su valor de uso o renta de disfrute a quien pudo legítimamente llevar a cabo tales actividades. Sin embargo, quien usa una cosa ajena y la explota para la obtención de una ganancia, no tiene por qué restituir la que eventualmente obtenga, ya que lo que corresponde al titular de la cosa como medida de reintegración de su derecho no es la ganancia obtenida, sino el importe de la renta por cesión que hubiera sido suficiente para legitimar la intromisión; eso es lo que le hubiera correspondido y lo que hubiese bastado para justificar jurídicamente la acción intromisiva.

La ganancia es el resultado de un proceso mucho más complejo que el simple ejercicio de la facultad usurpada e incluye el desarrollo de otras facultades propias como el esfuerzo, la iniciativa, la asunción de riesgo, la estrategia y la pericia de aquel que pretende obtenerla. No parece razonable que se quede con el todo quien sólo es acreedor de la renta de una de las partes. El titular de la cosa sólo tiene derecho a exigir el precio de la licencia de explotación de la cosa y no la ganancia del intromisor, porque sólo aquella le corresponde como valor de reintegración de su derecho.¹²⁹

págs. 29 y ss. BUSCHING, *Der Anwendungsbereich...*, cit., págs. 146 y ss. VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 232 y ss. CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 254 y ss. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones...*, cit., págs. 1007 y ss. FICKENSCHEER, *Schuldrecht...*, cit., pág. 705. GOETZKE, «Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?», *AcP*, 173 (1973), págs. 318 y ss. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 577 y ss. «Zur Bedeutung des Wertersatzes im Bereicherungsrecht», en *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, pág. 222. LOEWENHEIM, *Bereicherungsrecht...*, cit., págs. 121 y ss. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 335. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb...», cit., pág. 523. PALANDT/THOMAS, § 818, Rn. 19. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 566 y ss. RGRK/HEIMANN-TROSIEN, § 818, Rn. 18. ROTH, H., «Gedanken zur Gewinnhaftung im Bürgerlichen Recht», en *Festschrift für Hubert Niederländer*, Heidelberg, 1991, págs. 376 y ss. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., pág. 327. SOERGEL/MÜHL, § 818, Rn. 31 y ss. STAUDINGER/LORENZ, § 818, Rn. 27. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 122 y ss.

Por todo ello, la restitución por intromisión entendida como reintegración de los derechos con contenido de atribución no puede justificar la restitución de la ganancia obtenida por el intromisor. La facultad o derecho usurpados se reintegran mediante la restitución del precio por el que hubieran sido cedidos; de esta forma sus titulares obtienen lo que conforme a derecho les hubiese correspondido.

2. LA FUNCIÓN PREVENTIVO-PUNITIVA

La aceptación de la función preventivo-punitiva como función de la *Eingriffskondiktion* supone un cambio de enfoque en la contemplación de la restitución por intromisión hacia posiciones de valoración cuasidelictual de las conductas intromisivas¹³⁰. Implica el convencimiento de que las intromisiones deben prevenirse y punirse, pues lo más eficiente para el ordenamiento jurídico es eliminarlas (aun a riesgo de entorpecer otras intromisiones jurídicamente permitidas)¹³¹. A

Grundprobleme..., cit., págs. 96 y ss. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 540 y ss. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 126 y ss.

¹³⁰ REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 536 y ss. En opinión de estos autores, la función reintegradora proporciona un fundamento dogmático al problema del alcance de la responsabilidad por intromisión a través de la idea de «enriquecimiento objetivo mínimo». Ahora bien —continúan—, la *Eingriffskondiktion* tiene una naturaleza cuasidelictual que obliga a la consideración de aspectos subjetivos e imputativos en su trascendencia y alcance. Una orientación completamente objetiva de la acción de enriquecimiento por intromisión acabaría con su función de protección de bienes, ya que proporcionaría un estímulo para el acometimiento de conductas usurpatorias. El derecho de enriquecimiento no tiene por qué ser valorativamente «neutro» ante las intromisiones.

¹³¹ ASSMANN, «Schadensersatz in mehrfacher Höhe des Schadens», *BB*, 1985, págs. 15 y ss. VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 236. LOEWENHEIM, «Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *ZHR*, (135) 1971, pág. 117. PREU, «Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei Verletzung von Patenten», *GRUR*, 1978, pág. 753. STEINDORF, «Abstrakte und konkrete Schadensberechnung», *AcP*, 158 (1959), págs. 454 y ss. Para poner en marcha esta función preventivo-punitiva se proponen módulos reparatorios que desincentiven la actitud de los intromisores eventualmente interesados; fundamentalmente, la restitución de la ganancia neta obtenida

la visión de la restitución por intromisión como fenómeno de protección de derechos a través de módulos restitutorios exclusivamente objetivos (valores de mercado) se le reprocha que no sólo no previene ni castiga las conductas intromisivas, sino que con su falta de reacción las fomenta.

No es que los partidarios de la teoría de la atribución sean insensibles a los problemas de prevención que plantean las conductas intromisivas, pero concentran sus reflexiones en torno a las dolosas, precisamente aquellas en las que la labor desincentivadora adquiere su justa importancia, evitando contaminar otros supuestos del fenómeno intromisivo con el estigma de la prevención y de la punición¹³². En cualquier caso, lo que sí parece conveniente es cuestionarse si existe o no necesidad de prevenir y punir algunas conductas intromisivas, y si el derecho de enriquecimiento constituye la medida jurídica adecuada para llevar a cabo dicha labor.

Que la restitución por intromisión sea en principio insensible a un juicio de disvalor sobre la conducta del intromisor significa que la obligación restitutoria a cargo de éste surge con independencia de que le sea atribuible un título subjetivo (dolo o culpa) u objetivo (creación de riesgo) de imputación. Sin embargo, este punto de partida no es impedimento insalvable para aceptar que el derecho de enriquecimiento pueda

intromisor), o la multiplicación (determinada o determinable) del valor de la licencia que hubiera sido exigible (ASSMANN, «Schadensersatz...», cit., pág. 17. PLETZGER, «Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei der Verletzung von Patenten», *GRUR Int.*, 1979, pág. 345).

¹³² VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 230 y 231. CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 259. ESSER/Weyers, *Schuldrecht...*, cit., págs. 481 y ss. KÖNIG, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 170 y ss.; «Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts» (Herausgegeben vom Bundesminister der Justiz), II, Köln, 1981, págs. 1515 y ss. En el marco de los planes legislativos de reforma general del derecho privado, el Ministro Federal de Justicia encargó un proyecto de reforma del derecho de enriquecimiento a Detlef KÖNIG, en el que éste defendió la restitución de toda la ganancia para el caso de intromisiones mercedoras de punición. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 110 y ss. LOEWENHEIM, *Bereicherungsrecht...*, cit., págs. 112 y ss. REUTER/MARTINEK,

tener un interés legítimo en otorgar tratamiento diferenciado a diferentes tipos de conductas intromisivas. Con otras palabras, que el mecanismo de la restitución se active (suya con función y fundamento propios) sin necesidad de un título de imputación, no excluye la posibilidad de considerar la conveniencia de agravar la obligación restitutoria cuando las intromisiones sean dolosas o gravemente culposas¹³³.

De hecho, la teoría de la atribución ha defendido desde sus inicios que el intromisor doloso debe restituir todo lo obtenido mediante la intromisión, incluida la ganancia, apoyándose normativamente para ello en la regulación de la gestión de negocios ajenos sin mandato¹³⁴. La restitución de la ganancia adquiere así un marcado carácter punitivo justificado por la ley y por otras consideraciones de política jurídica¹³⁵.

Ya VON CAEMMERER alude a la necesidad de prevención señalando que la perspectiva de obtención de una ganancia a sabiendas de que la medida restitutoria será invariablemente la del valor objetivo del bien o facultad usurpados constituye un estímulo para las intromisiones en cosa ajena, y provoca la igualdad de trato del intromisor doloso respecto a quien ha seguido los cauces jurídicos adecuados que justifican su «intromisión». Para el citado autor, la pérdida de la ganancia debe disuadir de comportamientos dolosamente intromisivos¹³⁶.

Ahora bien, que la perspectiva punitiva justifique la ret-

¹³³ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 127 y ss. SCHLECHTRIEM, «Güterschutz...», cit., pág. 60.

¹³⁴ De la remisión del § 687 II al § 681 y de la que éste hace al § 667 (en sede de mandato) la doctrina deduce unánimemente la obligación de restituir la ganancia («todo lo que obtenga por la gestión del negocio», § 667) por parte del intromisor de mala fe.

¹³⁵ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 272 y ss. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 26. Estas consideraciones no desvirtúan la función primaria de reequilibrar acorde con los postulados del orden jurídico-tributivo, que es consustancial al mecanismo restitutorio. Lo que supone es añadir a esta primera función una segunda, condicionada a la existencia de dolo en la intromisión. La responsabilidad agravada requiere por lo tanto la correspondiente imputación subjetiva y responde a una motivación preventivo-punitiva que se concreta en la pérdida de la ganancia, esto es, en la privación del contenido del trabajo o de la iniciativa.

rada de la ganancia del patrimonio del intromisor con el fin de desincentivarlo en absoluto resuelve el problema de su posterior distribución. Lo realmente difícil de justificar es que sea el titular del derecho usurpado la persona a la que deba adjudicarse esa ganancia, o con otras palabras, ¿por qué iba a poder el titular del derecho usurpado obtener un beneficio por la sanción impuesta a otra persona y sin otro «mérito» que el de haber sido la víctima pasiva de la intromisión?

La respuesta de VON CAEMMERER es que, a pesar de las dificultades, la solución no puede ser otra que otorgar la ganancia al demandante, porque es la única que existe en ausencia de toda previsión jurídica sobre el eventual «comiso» de tales cantidades y su destino. Además, añade el citado autor, la atribución de la ganancia es una medida compensatoria ante la enorme dificultad que pesa sobre el perjudicado de probar el daño/lucro cesante producido por la intromisión en su propio negocio.¹³⁷ Sin embargo, esta compensación de la dificultad de probar el daño (sobre todo el daño/lucro cesante) con una agravación de la responsabilidad por enriquecimiento (restitución de la ganancia) es rechazable por la confusión que crea entre dos fenómenos jurídicos bien distintos como lo son el indemnizatorio y el restitutorio. Por ello, al margen del significado práctico que la ganancia obtenida por el intromisor pueda tener como indicio para el cálculo del lucro cesante indemnizable, puede afirmarse que no se trata de una solución dogmática deseable (ni VON CAEMMERER lo pretende).

Que la restitución de la ganancia constituya una medida de carácter punitivo es aún una cuestión polémica entre los autores,¹³⁸ pero lo cierto es que ninguno de ellos propone una un sólo argumento, dogmático o normativo, por el que en todos los supuestos de intromisión la ganancia obtenida

¹³⁷ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 236.

¹³⁸ Reconocen el carácter punitivo, BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich...*, cit., pág. 148. JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 103 y ss. Lo niegan, HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., pág. 49. KAISER, «Die Nützungsherausgabe...», cit., págs. 136 ss. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág. 133. WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 86.

por el intromisor tenga que ir a parar al titular del derecho usurpado.¹³⁹ Por lo demás, el apoyo legislativo parcial con el que cuenta esta propuesta para las intromisiones dolosas (§§ 687.II, 681 y 667 BGB) proporciona una cobertura que dulcifica notoriamente la carencia dogmática. El problema se reduce más bien a sopesar en términos de política jurídica la conveniencia de justificar una irregularidad menor (atribución de la ganancia a quien no ha demostrado merecerla) para lograr una regularidad mayor, cual es la prevención y punición de ciertas conductas dolosas.¹⁴⁰

Ahora bien, al contrario de lo que ocurre en derecho alemán, el ordenamiento jurídico español carece de un precepto que de forma expresa conceda la ganancia neta del gestor malicioso al dueño del negocio y, según tendremos oportunidad de comprobar, tampoco los otros preceptos que en nuestro Código civil contemplan supuestos intromisivos proporcionan una base normativa sólida para admitir tal redistribución de la ganancia.¹⁴¹ Por ello, y a falta de un claro pronunciamiento

¹³⁹ WOLF, J., *Der Stund...*, cit., pág. 56.

¹⁴⁰ JOERGES, *Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht*, Bremen, 1977. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 46 y ss.

¹⁴¹ Lo admite el artículo 1.683 CC cuando afirma que «el socio industrial debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma»; sin embargo, tal y como señala PAZ-ARES (en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1.683, pág. 1422), «en nuestro ordenamiento societario la técnica de la devolución del enriquecimiento constituye la sanción extraordinaria o específica de la infracción del deber de no concurrencia», deber que entraña y encuentra su fundamento normativo en el deber general de fidelidad [CAPILLA RONCERO, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales» (dir. por ALBALADEJO), XXI-1.ª, Madrid, 1986, art. 1.683, pág. 272; GIRON TENA, *Derecho de sociedades. I. Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, pág. 423; PAZ-ARES, en «Comentarios...», II, cit., art. 1.683, pág. 1421]. Este deber de no concurrencia como manifestación particular del deber genérico de buena fe puede apreciarse también en otros supuestos. En la sentencia de 22 de marzo de 1988 el Tribunal Supremo sostiene que, «si bien la resolución unilateral, por la sola voluntad de una de las partes del contrato de agencia en exclusiva, jurídicamente posible y válida, no comporta *per se* la necesidad de indemnizar los daños causados por la disolución del vínculo, no puede en modo alguno excluirse la consecuencia indemnizatoria, y ello, no sólo en los supuestos en que pactada la necesidad de un preaviso, se hubiera prescindido

por parte de nuestro legislador, creemos que es el derecho penal el que debe encargarse, al menos como punto de partida, de la adopción de toda medida de carácter preventivo-punitivo. Y esto es así porque, al ser el derecho penal el instrumento punitivo por excelencia del ordenamiento jurídico, se encuentra capacitado para articular «medidas punitivas» de carácter pecuniario sin tener que enfrentarse al problema jurídico-privado de su posterior redistribución. Con la utilización de la figura del comiso penal se puede articular la restitución de la ganancia como factor de prevención y punición de determinadas conductas intromisivas sin tener que otorgársela al sujeto pasivo de la intromisión. El carácter público de la «pena» (comiso de la ganancia) evita que el cumplimiento de la función punitiva se vea ensombrecido por el «mal menor» de premiar a un sujeto con el único mérito de haber sido víctima de una conducta punible.¹⁴²

De esta forma podría evitarse la tentación de conceder verdaderas penas encubiertas en las cuantías restitutorias, sin necesidad de una especial imputación (de forma paralela a como la responsabilidad por daño corre el riesgo de pervertir su función a través de la utilización de los daños punitivos); y

del mismo, en términos de mayor generalidad, "se hubiera deducido abusivamente la resolución del vínculo", sino también en aquellos otros en los que la denuncia unilateral del contrato vaya seguida de un disfrute por parte del empresario representado de la clientela aportada por el agente, supuestos en los que la doctrina científica sostiene la existencia de un enriquecimiento por parte del concedente de la exclusiva que habrá de ser calificado de enriquecimiento sin causa, y en los que la legislación comparada de los países europeos ofrece diversas soluciones para cuantificar el importe de la indemnización compensatoria por la continuación en el disfrute de la clientela aportada por el agente, que van, desde la libertad que al Juez, según normas de equidad, concede la legislación italiana, a falta de acuerdos colectivos y usos, a la compensación con un tope máximo de un año que conceden los sistemas alemán y austriaco, o de dos años que prevé el francés, siempre calculado sobre la base de las comisiones medias de los últimos años». Lo que está claro es que la restitución del enriquecimiento/ganancia puede jugar un papel en el ámbito de las violaciones de especiales deberes de no concurrencia, pero de ninguna manera en cualquier supuesto de enriquecimiento injustificado. Ver también, CARRASCO PERERA, «Restitución...», cit., págs. 137 y ss.

¹⁴² PANTALEÓN, «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, año XVII, núm. 4033, viernes 10 de mayo de 1996, págs. 1 y ss.

el derecho punitivo por antonomasia, el penal, se encargaría de llevar a cabo su función típica respecto de aquellas acciones que se hubieran hecho merecedoras de dicho tratamiento.

El artículo 127 del Código penal establece que «toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de (...) las ganancias derivadas del delito», lo cual proporciona un fundamento normativo a la opinión aquí defendida. Por otra parte, el hecho de que la restitución de la ganancia se haya convertido así en una medida penal expresamente contemplada para conductas que merezcan la calificación de delito o falta *dolosos* nos obliga a cuestionarnos por la eventual legitimidad de la utilización de dicha medida en el ámbito del derecho privado, sin las garantías y exigencias de imputación típicas del juicio penal.

En cualquier caso, y a pesar de la idoneidad de esta propuesta, si el derecho penal demostrase ser ineficaz o resultara gravemente entorpecido por la afluencia en masa de causas, el derecho privado debería replantearse la conveniencia de tomarle el relevo en este punto sin perder el convencimiento de estar realizando una labor que en principio escapa de sus funciones propias, y en la que deberá tomar todas las precauciones que su ámbito jurisdiccional permita. Se trataría desde luego de una responsabilidad por enriquecimiento intromisivo en la que se hubiese probado el dolo del intromisor, y que se pudiese extender hasta el límite de la ganancia obtenida por éste.

En este caso habría que distinguir dentro del módulo resolutivo entre dos partidas necesariamente distintas. Una «básica», correspondiente al «valor sustitutorio» o precio del objeto usurpado (de carácter objetivo y fundamentada en la reintegración del derecho usurpado); y una «extraordinaria» para comportamientos dolosos, que alcanzase la diferencia entre la anterior y el total de la ganancia neta obtenida por el intromisor (de carácter subjetivo y fundamentada en la necesidad de prevenir y penar la conducta intromisiva). Ambas partidas merecerían un tratamiento distinto en virtud de sus diferentes funciones jurídicas, de forma que la obligación por la que se restituye aquello que no corresponde al patrimonio

en el que se ha producido pudiera ser, por ejemplo, transmisible *mortis causa*, no así la obligación de restituir de carácter punitivo, puesto que carecería de sentido castigar a los sucesores del sancionado ¹⁴³.

3. LA FUNCION INDEMNIZATORIA

Ya indicamos en el primer capítulo que, a pesar de la aparente unanimidad por parte de nuestra doctrina acerca de la total separación entre el fenómeno resarcitorio del daño y el restitutorio del enriquecimiento, lo cierto es que aún hoy la responsabilidad por enriquecimiento sigue ligada a la exigencia de un «daño» en el patrimonio del «empobrecido», daño que ha de corresponderse con un «beneficio» a cargo del «enriquecido» de forma que ambos se encuentren ligados por la idea de «desplazamiento patrimonial inmediato» ¹⁴⁴. También advertíamos que una concepción tal de la pretensión de enriquecimiento «convierte» a ésta en una peculiar acción de daños (cuya especificidad consiste en que la existencia de un enriquecimiento por parte del causante del daño hace innecesaria la imputación subjetiva de su conducta, aunque limita cuantitativamente la medida indemnizatoria), y lo que es más grave, excluye la posibilidad de apreciar

¹⁴³ PANTALEÓN, en «Comentario...», II, cit., artículo 1.902, pág. 1974.

¹⁴⁴ ALBALADEJO, *Derecho civil*..., II/2, cit., págs. 449 y ss. ALVAREZ-CAPEROCHI, «El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia...», cit., págs. 845 y ss.; «El enriquecimiento sin causa en el Derecho...», cit., págs. 415 y ss. BORRELL I SOLER, Sesión pública...; cit., págs. 10 y ss. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*..., II, cit., págs. 577 y ss.; *Instituciones*..., I, cit., págs. 815 y ss. ESPUNY GÓMEZ, «Perfil...», cit., págs. 42 y ss. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*..., cit., págs. 187 y ss. LACRUZ BERDEJO, «Notas...», cit., págs. 580 y ss.; *Elementos*..., II-2, cit., págs. 433 y ss. LASARTE, *Principios*..., 2, cit., págs. 317 y ss. MOISSET DE ESPANES, «Notas...», cit., págs. 263 y ss. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento*..., cit., págs. 91 y ss.; «Enriquecimiento...», cit., págs. 367 y ss. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio*..., II-2, cit., págs. 373 y ss. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*..., cit., págs. 948 y ss. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*..., II-3, cit., págs. 59 y ss. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios*..., II-2, cit., págs. 510 y ss. ROVIRA MOLA, voz «Enriquecimiento...», cit., págs. 570 y ss. SANTOS BRIZ, en «Comentarios...», XXIV, cit., págs. 27 y ss.

la pretensión de enriquecimiento en aquellos supuestos en los que resulta más necesaria, precisamente por la inexistencia de daño (por lo que ni habría posibilidad de indemnización, ni posibilidad de restituir el enriquecimiento).

Desde un punto de vista dogmático, resulta insensato defender para el derecho de enriquecimiento por intromisión una función indemnizatoria, siendo así que existe una institución jurídica que se ocupa precisamente de ella: la responsabilidad civil ¹⁴⁵. Ahora bien, el hecho de que la jurisprudencia y buena parte de nuestra doctrina sigan exigiendo el daño como requisito para que prospere la acción de enriquecimiento provoca una dosis no despreciable de confusión entre ambos tipos de pretensión, indemnizatoria y restitutoria ¹⁴⁶. Contribuye sin duda también a esta falta de claridad el que nuestras leyes de patentes, marcas y propiedad intelectual (si bien ésta última de forma limitada) hagan referencia, entre las diversas formas de computar el daño/lucro cesante, a los «beneficios obtenidos por el infractor» y al «precio que el infractor hubiera tenido que pagar al titular del derecho usur-

¹⁴⁵ En el panorama jurídico germánico actual nadie sostiene que una de las funciones de la restitución por intromisión deba ser la indemnizatoria, y se insiste en que la responsabilidad por enriquecimiento es completamente independiente de la existencia de un daño en el patrimonio del titular del derecho usurpado. Podría parecer que en este punto coinciden tanto los partidarios de la teoría de la antijuridicidad como los de la teoría de la atribución, pero lo cierto es que, en tanto los partidarios de ésta lucharon desde un comienzo por la correcta diferenciación entre los derechos de daños y de enriquecimiento (WILBURG, *Die Lehre*..., cit., págs. 97 y ss. VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 270 y ss.), los partidarios de la antijuridicidad no siempre han conseguido evitar la confusión entre ambos fenómenos (HAINES, *Bereicherungsansprüche*..., cit., pág. 107. KELLMANN, *Grundzüge*..., cit., pág. 133).

¹⁴⁶ DE LA CÁMARA, «Enriquecimiento...», cit., pág. 183. Observa el autor que «en las hipótesis de violación de los derechos de propiedad intelectual e industrial se mezclan y confunden, como se ha dicho, elementos característicos de la típica acción indemnizatoria y de la de enriquecimiento; mas acontece, según se verá, que el deslinde entre ambas acciones no siempre es fácil de hacer»; (pág. 198) «(...) por más vueltas que se le dé en la hipótesis de enriquecimiento injusto hay un daño y una manera de leer ese daño.» Díez-PICAZO («La doctrina...», cit., págs. 55 y ss.) explica el origen histórico de la confusión y pone de relieve la existencia de supuestos en los que confluyen ambas pretensiones (pág. 59).

pado» (por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho), módulos reparatorios típicos de la pretensión por enriquecimiento injustificado¹⁴⁷. Así, el tratamiento, tanto doctrinal como nor-

¹⁴⁷ Esta irregularidad «indemnizatoria» obedece a la importación de una construcción jurídica elaborada por la jurisprudencia alemana y conocida por *dreifache Schadensberechnung*, que resulta paradigmática precisamente por la confusión que provoca entre el fenómeno reparatorio y el indemnizatorio (lo cual ha sido duramente criticado por la doctrina de aquel país). La *dreifache Schadensberechnung* permite al demandante optar por computar el daño de alguna de estas tres formas: la tradicional para medir el lucro cesante o diferencia presunta entre el estado actual de su patrimonio y el que tendría de no haberse producido la acción dañoso; la cantidad que hubiera tenido que abonar el demandado como cesionario de la explotación del derecho usurpado (*Lizenzgebühr*); o la ganancia que el intromisor ha obtenido (*Verletzererwerb*). Ahora bien, la restitución de la licencia exigible o de la ganancia obtenida por el intromisor no encajan en la lógica indemnizatoria de un *daño efectivo, subjetivo, derivado causalmente de la conducta del demandado e imputable a éste*. La usurpación de un derecho no implica automáticamente la causación de un daño para su titular, pero cuando éste existe, que se corresponda con la licencia exigible o con la ganancia obtenida depende de que la intromisión haya sido la causa por la que, dadas las circunstancias, alguna de ambas medidas haya dejado de obtenerse por aquel (la intromisión impide que el titular de la patente licencie su derecho en el mercado, o bien, cuando la explote por sí mismo, frustra unas expectativas de ganancia equiparables a las obtenidas por el intromisor). No puede aceptarse que la existencia de uno u otro «daño» dependa sin más de la voluntad del demandante. Debe reconocerse que la indemnización del lucro cesante por daño causado a bienes inmateriales se ve notablemente entorpecida si se lleva a cabo a través de los mecanismos indemnizatorios tradicionales. Para salvar estas dificultades, la jurisprudencia optó por una solución que dogmáticamente resulta ser un híbrido de difícil justificación, pero que simplifica en gran medida su labor. Frente a esto, la concesión de acciones de enriquecimiento, en las que la restitución de la licencia exigible o de la ganancia obtenida por el intromisor se encuentran dogmáticamente cimentadas, evidencia la falta de coherencia de la triple opción. Hoy se acepta que la *dreifache Schadensberechnung* es una «reliquia histórica» de un tiempo en el que la exclusión de las acciones de enriquecimiento obligó a la jurisprudencia a construir una particular criatura que bajo su función tradicional (indemnizar) abarcara nuevos compromisos (restitución del valor de uso o de la ganancia obtenida por el intromisor) y funciones (reintegración de derechos, prevención y punición de acciones reprobables), aunque dejando éstas y aquéllas en buena medida a merced del demandante. Sobre la triple opción: ASSMANN, «Schadensersatz...», cit., págs. 16 y ss. BECKENSTRÄTER, «Die Festsetzung der Entschädigung bei leicht fahrlässiger Patent- und Ge-

mativo, de esta materia nos enfrenta ineludiblemente con la cuestión sobre la compatibilidad entre ambas pretensiones.

«brauchmusterverletzung», *GRUR*, 1963, págs. 231 y ss. BÖTTCHER, «Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm», *AcP*, 158 (1959), págs. 385 y ss. BRANDNER, «Die Herausgabe von Verletzererwerbteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, págs. 359. BÜSCHING, *Der Anwendungsberreich...*, cit., págs. 33 y ss. VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 231 y ss. COING, «Interessberechnung und unmittelbarer Schaden», *StZ*, 1950, págs. 866 y ss. DÄUBLER, «Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzererwerbs - atypische Formen des Schadensersatzes», *JuS*, 1969, págs. 49 y ss. DE LAHAYE, «Kernprobleme der Schadensberechnungsarten bei Schutzrechtsverletzungen», *GRUR*, 1986, págs. 217 y ss.; «Die Bereicherungshaftung bei Schutzrechtsverletzungen», *GRUR*, 1985, págs. 856 y ss. FRISER, *Der Bereicherungswegfall in Parallele zur hypothetischen Schadensentwicklung*, Berlin, 1987, págs. 68 y ss. GIESEKE, «Zur Bereicherungshaftung bei Urheberrechtsverletzungen», *GRUR*, 1958, págs. 18 y ss. HEIL y ROOS, «Zur dreifachen Schadensberechnung bei Übernahme sonderrechtlich nicht geschützter Leistungen», *GRUR*, 1994, págs. 26 y ss. JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 82 y ss. KÖNIG, «Gewinnhaftung...», cit., págs. 190 y ss. KÖRNER, «Die Aufwertung der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte durch die Rechtsprechung zum Verletzererwerb und zu den aufgelaufenen Zinsen», *GRUR*, 1983, págs. 611 y ss.; «Der Verbrauch gewerblicher Schutzrechte durch Schadensersatzzahlungen nach begangener Verletzung, insbesondere in Hinblick auf parallele ausländische Schutzrechte», *GRUR*, 1980, págs. 201 y ss. KRÄSSER, «Schadensersatz...», cit., págs. 259 y ss. LEHMANN, «Juristisch-ökonomische Kriterien zur Berechnung des Verletzererwerbs bzw. des entgangenen Gewinns», *BJ*, 1988, págs. 1682 y ss. LEISSE, «Die Fiktion im Schadensersatzrecht», *GRUR*, 1988, págs. 88 y ss. LEISSE y TRÄUB, «Schadenschätzung im unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, págs. 1 y ss. LOEWENHEIM, «Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *ZHR* (135) 1971, págs. 97 y ss. MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967. NEUNER, «Interesse und Vermögensschaden», *AcP*, 133 (1931), págs. 277 y ss. PIETZCKER, «Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei der Verletzung von Patenten», *GRUR Int*, 1979, págs. 343 y ss.; «Schadensersatz durch Lizenzberechnung», *GRUR Int*, 1975, págs. 55 y ss. PINZGER, «Der Bereicherungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», *GRUR*, 1927, págs. 269 y ss. PREU, «Richtlinien...», cit., págs. 753 y ss. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 251 y ss. SACK, «Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts», en *Festschrift für Heinrich Hubmann*, 1985, págs. 373 y ss. STEINDORF, «Absätze und konkrete Schadensberechnung», *AcP*, 158 (1959), págs. 431 y ss. ULMANN, «Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», *GRUR*,

Como punto de partida puede afirmarse que no hay ninguna razón para defender la incompatibilidad entre las acciones por daños y por enriquecimiento, o bien la subsidiariedad de ésta respecto de aquélla, puesto que se trata de pretensiones con función, fundamento, presupuestos fácticos, requisitos y plazos de prescripción distintos.¹⁴⁶

1978, págs. 615 y ss. VOLLRATH, «Zur Berücksichtigung der Entwicklungs- und Schutzrechtskosten bei der Bemessung der Schadensersatz-Lizenzgebühr für Patenterverletzung», *GRUR*, 1988, págs. 88 y ss. WILBURG, «Zur Lehre der Vorteilausgleichung», *JuB*, 82, págs. 51 y ss. Sobre el método triple de cómputo del daño en el derecho español: BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, 2.ª ed. Madrid, 1993, págs. 350, 662, 759, 837; «Nota de urgencia sobre el proyecto de nueva ley de patentes, con referencia especial a sus normas procesales», *RGLJ*, 1985, págs. 105 y ss. BOTANA AGRA, «Transmisión y defensa de la patente en la nueva ley española de patentes», *Actas de derecho industrial*, II, año 1983-86, págs. 103 y ss. CARRASCO PERERA, en «Comentarios a la Ley de propiedad intelectual» (dir. por Rodrigo BERGOWITZ-CANO), Madrid, 1989, artículos 123, 124 y 126, págs. 1633 a 1694 y 1699 y ss.; en la segunda edición de esta misma obra (Madrid, 1997), artículos 133, 134, 135 y 136, págs. 1733 a 1808. DIEZ-PICAZO, en «Comentarios a la Ley de propiedad intelectual» (dir. por Rodrigo BERGOWITZ-CANO), Madrid, 1989, artículo 125, págs. 1694 y ss. FERNÁNDEZ-NOVOA, *Derecho de marcas*, Madrid, 1990, págs. 180 y ss.; *El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial*, Discurso de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña, 1996, págs. 19 y ss. FERNÁNDEZ-NOVOA y GÓMEZ SEGADÉ, *La modernización del derecho español de patentes*, Madrid, 1984, págs. 205 y ss. GÓMEZ SEGADÉ, «Panorámica de la nueva Ley de patentes española», *RJC*, 1987, págs. 839 y ss.; 1988, págs. 9 y ss.; *La Ley de Patentes y modelos de utilidad*, Madrid, 1988, págs. 112 y ss. LEMA DEVEZA, «Las acciones procesales en la Ley de marcas», *Actas de derecho industrial*, 13, año 1989-90, págs. 53 y ss. MARTÍN CASALS, «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en *El mercado de las ideas* (dir. por SALVADOR CODERCH), Madrid, 1990, págs. 398 y 399. PEDERMONTE FEU, *Comentarios a la ley de patentes*, Barcelona, 1988, págs. 136 y ss. POMBO, «Determinación de daños y perjuicios en la propiedad industrial», en *Curso sobre derecho industrial, Patentes y Marcas. Jurisdicción y normas procesales. Jurisprudencia europea y comunitaria*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 249 y ss. PORTILLANO, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1995, págs. 147 y ss.

¹⁴⁶ A favor de la compatibilidad, ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 110 y 111. DIEZ-PICAZO, en «Comentarios...», cit., artículo 125, pág. 1696; *Fundamentos...*, I, cit., págs. 104 y 105. LACRUZ BERDEJO, «Notas...», cit., págs. 580 y 585; *Elementos...*, II-2.ª, cit., pág. 442. MIGUEL GONZÁLEZ, voz «Enriquecimiento injustificado», en *EJB*, II, Ma-

Así lo ha entendido también nuestra jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1955, que abre una línea jurisprudencial con motivo de la resolución de supuestos de intrusión minera, afirma rotundamente que «la restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la de indemnización por daños y perjuicios, de la que la independizan múltiples notas diferenciales que la doctrina científica ha señalado, entre las que concierne destacar por su aplicación al caso de autos estas dos: la acción aquiliana requiere en el provocador la concurrencia de un hecho ilícito, culposo o negligente, que no resulta afirmado en la sentencia recurrida y la “conductio” puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe por parte del provocador, cual ocurre frecuentemente en materia de intrusiones mineras, y por otra parte, la acción de enriquecimiento supone siempre en el actor del hecho un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de acción aquiliana (...). Muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la “conductio” funcione siempre como norma subsidiaria de derecho, y aunque así no fuera el resultado práctico sería el mismo»¹⁴⁹.

La acción de daños se encarga de la indemnización de aquellos perjuicios patrimoniales que pueden imputarse causal y subjetivamente a la persona demandada. Sus requisitos son por lo tanto el daño, el nexo de causalidad entre éste y la acción del demandado, y un criterio de imputación o juicio de reproche respecto del causante del mismo. Su plazo de prescripción es de un año (art. 1.968 CC).

Madrid, 1995, pág. 2805. QUEVEDO VEGA, *Derecho español de minas. Tratado teórico práctico*, II, Madrid, 1964, págs. 1108 y ss. A favor de la subsidiariedad, CARRASCO PERERA, en «Comentarios...», cit., artículo 123, pág. 1674. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones...*, cit., pág. 190. NÚÑEZ LACOS, *Enriquecimiento...*, en «Código...», XXX-2.ª, cit., págs. 391 y ss.

¹⁴⁹ Esta sentencia recibió el juicio laudatorio de la doctrina (DÍEZ-PICAZO, en *ADC*, 1955, págs. 996 y ss.) y su contenido fue reproducido en la resolución de supuestos similares (STS 28-I-56, 10-III-58, 5-V-64, 24-I-75, 5-X-85), aunque no siempre las sentencias que resuelven intromisiones mineras hayan acudido a la «conductio» (STS 30-VI-61, 2-III-63, que se limitan a la acción de daños), o al menos, no con la misma claridad y contundencia (STS 1-III-54, 12-VI-57).

La acción de enriquecimiento sin causa poco tiene que ver con todo esto, puesto que su misión es la de reintegración del derecho usurpado a través de un mecanismo de reequilibrio patrimonial por el que el usurpador debe al titular de aquél el importe de lo que le hubiera costado «adquirir» en el mercado legítimamente la facultad usurpada. Este mecanismo reparatorio prescinde por completo de la existencia de daños derivados de la intromisión y de la necesidad de imputar un reproche a la conducta del intromisor. Sus requisitos son la usurpación de un derecho y la fuerza atributiva que éste otorga a su titular para exigir la reintegración en los términos descritos. Su plazo de prescripción, a falta de previsión legal específica alguna, es de quince años (art. 1.964 CC).¹⁵⁰

El hecho de que el ordenamiento jurídico conceda varias acciones a partir de un mismo supuesto de hecho responde al deseo de que queden adecuadamente cubiertos todos los intereses afectados; la necesidad práctica de simplificar no justifica el amalgamamiento o la confusión entre los remedios legales ofrecidos.¹⁵¹ Planteadas así las cosas, resulta indudable la independencia y sustantividad propia de cada una de estas acciones, si bien el ámbito de sus pretensiones materiales puede coincidir parcialmente, por lo que debe reconocerse la existencia de determinados límites a la regla general de compatibilidad. Pongamos un ejemplo que nos ayude a apreciar este principio de compatibilidad y sus límites:

¹⁵⁰ ALVAREZ-CAPERCHINI, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 110 y 111. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II-2.º, cit., pág. 437. MOISSER DE ESPANES, «Notas...», cit., pág. 277. NUÑEZ LAGO, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 7 y ss. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II-3.º, cit., pág. 54. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, II-2.º, cit., pág. 517. SANTOS BRIZ, en «Comentarios...», XXIV, cit., págs. 23 y ss. Relativizando la diferenciación, DE LA CAMARA, «Enriquecimiento...», cit., págs. 183 y ss. DIEZ-PICAZO, «La doctrina...», cit., págs. 55 y ss.

¹⁵¹ Tal y como afirma la sentencia de 12 de abril de 1955 ya mencionada, «en el caso de que el hecho de la intrusión minera pudiera ser determinante del ejercicio de diferentes acciones, como la interdical para retener y recobrar la posesión, la reivindicatoria para obtener la devolución del mineral extraído o la sustitutoria del equivalente pecuniario y la declarativa de culpa, se estaría en presencia de concurrencia de acciones que no tienen orden preestablecido de preferencia y exclusión por lo que el titular del derecho lesionado podrá ejercitar la que juzgue más adecuada».

Si A toma el coche de B sin el consentimiento de éste, B cuenta con varias acciones que defienden cumulativamente las diversas facetas de su posición jurídica: la reivindicatoria para recuperar la posesión; la acción indemnizatoria para el resarcimiento del daño emergente (que cubre los daños/pérdida, daños/desperfecto y daños/gasto sustitutorio) así como del lucro cesante; y la acción de enriquecimiento para la restitución del valor de goce del objeto usurpado.¹⁵²

Ahora bien, debemos cuestionarnos en qué medida los diversos módulos indemnizatorios son compatibles con la restitución del valor de uso del bien usurpado que provoca la *conductio* por intromisión (el valor del alquiler del coche durante el tiempo que hubiese durado la usurpación). En principio no parece despertar ningún recelo la compatibilidad de la restitución de éste junto a la indemnización del daño/pérdida o del daño/desperfecto. Por el contrario, uno se plantea si la indemnización del daño/gasto sustitutorio (por ejemplo, el alquiler de otro coche para suplir la ausencia del usurpado) es compatible con aquél.

El demandado probablemente alegará que de ser exigibles ambas partidas el demandante se enriquece a su costa ya

¹⁵² En tanto la acción reivindicatoria y la de enriquecimiento persiguen una finalidad reintegradora del contenido atributivo del derecho de propiedad (reintegración jurídica y económica respectivamente), la acción de daños obedece a una función estrictamente resarcitoria. Cada acción responde a planteamientos y requisitos diversos; así, si por ejemplo A actúa sin culpa, o ésta no ha podido ser probada, en nada afecta a las acciones reivindicatoria (a salvo lo dispuesto en la liquidación del estado posesorio respecto de los frutos) o reparatoria, pero excluye la acción de daños. Si B se ha deshecho del coche, la acción reivindicatoria no será posible ya que ha dejado de ser poseedor legítimo de la cosa, pero nada impide que responda por daños o por enriquecimiento injustificado, y así sucesivamente. Que alguna de las acciones tenga dificultad de prosperar en la práctica no justifica que las demás sustituyan su función, y menos adecuado resulta aún proponer que una de ellas, a partir de sus presupuestos básicos, abarque las consecuencias jurídicas de las demás. Sería absurdo conceder una acción reivindicatoria que incluyera la posibilidad de resarcir daños y de compensar por la privación del goce de la cosa, y más aún cuando no existen verdaderos daños o cuando el goce (por ejemplo) no hubiera correspondido al propietario reivindicante por haber cedido éste la cosa en usufructo.

que, al ser el gasto consecuencia de la privación, si ésta no se hubiese dado, aquél no hubiese sido necesario, pero tampoco se hubiera obtenido nada, por el alquiler del coche, puesto que por hipótesis éste hubiera podido ser utilizado por su titular. A lo que habrá que responder que la obligación de restituir el enriquecimiento derivado de intromisión surge por el hecho de privar a un sujeto concreto de una facultad que le ha sido reservada, con independencia de que la privación resulte «efectiva». Con otras palabras, al titular del coche le corresponde la *dingriffscondition* con independencia de que lo necesitara o no durante el tiempo que duró la usurpación. Si no lo hubiera usado, la *condictio* le enriquece con una cantidad (la correspondiente al alquiler del coche) que no hubiese obtenido sin la usurpación (el coche hubiera estado en el garaje), pero este es un enriquecimiento con causa, y esta causa es la protección de su derecho de propiedad, la reintegración de éste.¹⁵³

Esto es así con independencia de que exista o no daño, esto es, con independencia de que el titular del coche usurpado necesitara o no de un sustituto para éste. Si el daño/gasto sustitutorio se produce, debe ser indemnizado, pero el que se produzca o no pertenece al ámbito de aleatoriedad consensual al derecho de daños ya que, si por casualidad el propietario casi nunca usa su coche, los daños podrán ser mínimos o incluso inexistentes, en tanto que si se trata de un sujeto para quien el coche constituye su herramienta habitual de trabajo, el daño resulta necesariamente muy superior. En cualquier caso se trata de una cantidad independiente de la representada por la restitución de la licencia que hubiera sido exigible, y por lo tanto, sus montantes ni se excluyen ni se limitan mutuamente.

Lo mismo puede afirmarse respecto al lucro cesante, siempre que éste no consista en lo que hubiese podido previosiblemente esperarse por la cesión onerosa del bien usurpado, ya que en este punto el daño indemnizable por la privación del goce equivale al valor de goce restituible a través de

la *condictio*. Se trata de una misma pretensión material articulada de dos maneras diferentes, una de las cuales facilita la restitución del valor (objetivo) de uso del bien usurpado, la otra, la indemnización del daño patrimonial (concreto y subjetivo) sufrido por el titular de éste. La identidad de las pretensiones es clara en estos casos puesto que la operación de determinación del hipotético lucro cesante equivale al mecanismo de reintegración típico de la *condictio* por intromisión, correspondiendo ambos al precio por cesión onerosa del bien usurpado. Por lo tanto, una vez excluida la excepción mencionada, la existencia de un lucro cesante en nada se opone a que la reintegración del derecho usurpado se articule a través del mecanismo por el que se restituye lo que hubiese costado al intromisor hacerse legítimamente con el bien o la facultad usurpados.

Por otra parte, la incompatibilidad debe reducirse a la hipótesis de ejercicio simultáneo, ya que nada obsta para que, una vez utilizada infructuosamente una de las acciones (por ejemplo, la acción indemnizatoria no prospera por falta de imputación subjetiva), pueda ejercitarse la segunda.

En los supuestos en los que la reivindicación no es posible jurídica o materialmente (disposición o pérdida), o simplemente cuando la *condictio* conviene o interesa más que aquélla al actor¹⁵⁴, puede plantearse la cuestión sobre la compatibilidad entre la restitución del valor por disposición o pérdida de cosa ajena (llamémosle valor/consumo), y la indemnización del daño/pérdida. En este caso ambas pretensiones se excluyen entre sí ya que comparten el mismo contenido material aunque tengan fundamentos jurídicos distintos, cada uno de los cuales hace referencia a una dimensión distinta del valor desaparecido. La acción indemnizatoria posibilita el resarcimiento del valor que corresponda al daño efectivamente su-

¹⁵³ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 234.

¹⁵⁴ El demandante puede optar por el ejercicio de estas acciones de recuperación del valor usurpado aun cuando la acción reivindicatoria fuera posible. Cada una de las tres acciones cubre un aspecto determinado de su interés: la restitución *in natura* (reivindicatoria), la restitución del valor objetivo (acción de enriquecimiento) y la indemnización del valor subjetivo (acción de daños).

frido por el demandante, el cual corresponderá en la mayoría de los casos al valor objetivo de la cosa perdida o enajenada; pero nada impide que el demandante pueda reclamar un daño superior y el demandado alegar otro inferior (amparándose en la dimensión subjetiva del daño). Por el contrario, con el ejercicio de la *condictio* por intromisión la medida reparatoria resulta —en principio, según tendremos ocasión de comprobar— objetiva, si bien en los casos de disposición de cosa ajena se discute si debe consistir en el valor de la cosa o en el precio obtenido con la enajenación de la misma. Finalmente, tampoco hay problema alguno en hacer compatible con todos los módulos reparatorios e indemnizatorios aludidos el eventual resarcimiento del daño moral.

Por todo ello, y teniendo en cuenta la clara (aunque matizable) diferenciación entre ambas acciones, merece un juicio laudatorio el criterio adoptado por el legislador en materia de competencia desleal. La Ley de 10 de enero de 1991 realiza un esfuerzo importante por clarificar el sistema de acciones, y en concreto, por otorgar a la acción de enriquecimiento la ansiada independencia que merece respecto de la acción de daños (independencia dificultada enormemente por la legislación de patentes y de marcas). Sin embargo, las ventajas de este criterio no han sido debidamente apreciadas por parte de la doctrina¹⁵⁵, en parte debido a que el artículo 18.6.º de la LCD, que acoge expresamente la acción de enriquecimiento,

¹⁵⁵ BACHARACH DE VALERA, «Acciones derivadas de la competencia desleal», *RGD*, 1990, págs. 6177 y ss. GIMENO, «Algunos problemas de la Ley de Competencia Desleal», *La Ley*, 1993-II, pág. 953. OTAMENDI, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Pamplona, 1994, págs. 278 y ss. OTERO LASIMAS, «La nueva ley de competencia desleal», *La Ley*, año XII, núm. 2855 (17 de octubre de 1991), págs. 1 y ss.; «La nueva Ley sobre la Competencia Desleal», *ADI*, 14, 1991-92, págs. 40 y 41. Con un juicio laudatorio sobre la novedad que supone la LCD en materia de acciones, MASSAGUER, voz «Acción de competencia desleal», en *EJB*, I, Madrid, 1995, pág. 86. PANTALEÓN, en «Comentario...», II, cit., artículo 1.902, pág. 1973. VICENT CHULÁ, «Otra opinión...», cit., pág. 10012, nota núm. 47. WIRTH, «Supuestos procesales...», cit., págs. 1 y ss. Señala este último autor que sin una previa aproximación a la teoría de la atribución en el marco de la restitución por intromisión (*Eingriffskondition*) no es posible una correcta interpretación del artículo 18.6.º de la Ley de competencia desleal.

no es comprensible sino desde la óptica de la teoría de la atribución y su delimitación a través del criterio de monopolio de explotación.