

te puede resultar eficaz para la delimitación del supuesto de hecho restitutorio, ya que ni se trata de un término jurídico prefijado o jurisprudencialmente elaborado, ni resulta especialmente significativo en un sistema socio-económico que permite e incluso fomenta ciertos tipos de «intromisión», como las prácticas de competencia entre empresarios³.

Dos han sido, esencialmente, las propuestas que la doctrina alemana, la única que ha tratado con detenimiento la problemática «típica» de la restitución por intromisión, ha cons-truido como fundamento de la *Eingriffskondiktion* para averiguar cuándo la obtención de un lucro por intromisión es o no relevante a los ojos del derecho de enriquecimiento de forma que deba ser restituido. La terminología adoptada para la denominación de estas teorías se ha tomado de la traducción propuesta por Díez-Picazo: teoría de la antijuridicidad y teoría de la atribución⁴.

1. LA TEORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD Y SU CRÍTICA

La teoría de la antijuridicidad fue originariamente formulada por Schulz⁵ y supuso un primer viaje en la concepción global del enriquecimiento injustificado⁶, así como un avance respecto a quienes pretendían entenderlo y manejarlo como mera cláusula residual de equidad⁷.

Frente a los dogmas impuestos por la heredada teoría de las *condictiones* a partir del supuesto tipo de enriquecimiento por prestación, la nueva propuesta gira en torno a la idea de *adquisición intromisiva*⁸. La cuestión central que concierne al derecho de enriquecimiento no es ya la existencia de un des-

plazamiento patrimonial sin causa jurídica que lo justifique, sino que el enriquecimiento haya sido obtenido mediante una acción antijurídica⁹. El fundamento de toda *condictio* (sea cual fuere la fuente del enriquecimiento: prestación, intromisión, mejora u otras) es siempre la *antijuridicidad* de la intromisión¹⁰.

Quien obtiene beneficios a través de una acción antijurídica no merece ver protegido su interés en retenerlos, con independencia de que conociera la antijuridicidad de su conducta (dolo), debiera haberla conocido (culpa), o actuase irreprochablemente. La culpa no es un requisito necesario para el nacimiento de la obligación restitutoria; ésta no depende del juicio de disvalor de la conducta sino sólo de la violación objetiva de una norma jurídica¹¹. Por ello, la restitución del enriquecimiento no debe ser entendida como medida de carácter punitivo, sino simplemente como la consecuencia de la prohibición de hacer ganancia a través de un patrimonio ajeno¹².

La justificación dogmática de esta «prohibición de ganancia obtenida por intromisión antijurídica en patrimonio ajeno» se elabora a través de una «inversión de la mecánica in-

³ SCHULZ, «System...», cit., pág. 438. Por lo que respecta al concepto de antijuridicidad —explica el autor—, es un grave error considerar que una situación, un derecho o la consecuencia fáctica de un acto puedan ser calificados como antijurídicos o conformes a derecho. El fundamento de la pretensión de enriquecimiento es siempre la antijuridicidad de un «hacer» o de un «tomar», en cualquier caso, de una acción o comportamiento «humanos». Antijurídicas son, en este contexto, no sólo aquellas acciones que violan un precepto imperativo o prohibitivo, sino también aquellas otras que, sin estar el afectado obligado a soportarlas, suponen la intromisión en un derecho subjetivo a cuya omisión está obligado el intromisor (pág. 433). Por otra parte, la antijuridicidad en los casos de enriquecimiento por prestación se concreta en la recepción de una prestación no debida (págs. 427 y ss.); y cuando el enriquecimiento es debido a causas naturales, el carácter «humano» de la antijuridicidad se justifica en tanto que si el acontecimiento provocador del enriquecimiento hubiera podido ser articulado a través de una acción humana, ésta hubiera sido antijurídica, luego aquél también lo es (pág. 447).

⁴ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 134.
⁵ Díez-Picazo, «La doctrina...», cit., págs. 118 y 119.
⁶ SCHULZ, «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *AcP*, 105 (1909), págs. 1 y ss.
⁷ REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 24.
⁸ WILBURG, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Graz, 1934, pág. 26. SOERGEL/MÜHL, *Vor § 812, Rn. 132*. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 25.

⁹ SCHULZ, «System...», cit., págs. 43 y ss.
¹⁰ SCHULZ, «System...», cit., págs. 427 y ss.
¹¹ SCHULZ, «System...», cit., pág. 442.
¹² SCHULZ, «System...», cit., pág. 444.

deminizatoria»: en el derecho de enriquecimiento no se trata de que el patrimonio de la víctima recobre la situación que tendría de no haberse producido la acción dañosa, sino más bien de que el patrimonio del intromisor retome la situación que hubiese tenido de no haberse producido la intromisión que ocasiona la ganancia.¹³

En cuanto al apoyo normativo de su construcción, el autor propone una interpretación analógica del § 812 del BGB en la que sobra la expresión «a costa» entendida como necesidad de que la ganancia del demandado se corresponda con la pérdida del demandante,¹⁴ y donde «sin causa jurídica» puede ser sustituido por «antijurídicamente», ya que, como vemos observando, la pretensión por enriquecimiento injustificado ha quedado sustituida por una genérica pretensión por acción antijurídica.¹⁵

Hoy en día, la antijuridicidad como fundamento único o primario de la pretensión de enriquecimiento injustificado recibe el rechazo generalizado de la doctrina dominante,¹⁶ que

¹³ SCHULZ, «System...», cit., pág. 445.

¹⁴ SCHULZ, «System...», cit., pág. 478.

¹⁵ SCHULZ, «System...», cit., págs. 478 y 479. Explica el autor que, en tanto el § 812 BGB siga diciendo lo que dice, habrá que distinguir entre adquisiciones intromisivas «a costa» de otro y adquisiciones intromisivas que se han obtenido simplemente a través de acción antijurídica, pero que esta distinción no tiene ninguna trascendencia dogmática, ya que el tratamiento jurídico debe ser en ambos casos el mismo.

¹⁶ BATSCH, *Vermögensverschiebung...*, cit., págs. 84 y ss. BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich der Eingriffskondition in Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 1992, pág. 39. VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 299. CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 169 y ss. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de derecho civil*, II-2.º (trad. y anot. por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER), 3.ª ed., Barcelona, 1966, págs. 969 y ss. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., págs. 461 y ss. FKENTSCHE, *Schuldrecht...*, cit., pág. 682. HÜFFER, «Die Eingriffskondition...», cit., pág. 263. KLEINHEYER, «Rechtsgrundsatzverwendung...», cit., pág. 471. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 72 y ss. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 530 y ss. LOEWENHEIM, *Bereicherungsrecht...*, cit., pág. 74. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 334. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb...», cit., pág. 523. MÜNCHKONM/LIEB, § 812, Rn. 200. REEB, *Grundprobleme...*, cit., pág. 34. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 245 y ss. RUMER, *Das Tabensmerkmal...*, cit., págs. 31 y ss. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., pág. 302. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812,

la mera antijuridicidad de una acción intromisiva pueda desencadenar sin más la responsabilidad por el enriquecimiento obtenido ha sido criticado incluso por los propios reformuladores de la teoría de la antijuridicidad.¹⁷ Bien es cierto que, para entender correctamente la propuesta de SCHULZ, hay que tener en cuenta que su verdadera motivación se encuentra en la voluntad de independizar la acción de enriquecimiento de la acción de daños, y de poner de manifiesto la necesidad de conceder acciones de enriquecimiento en el ámbito de los derechos sobre bienes inmateriales, finalidades loables ambas, que sin embargo no llegan a encontrar un verdadero apoyo normativo y dogmático en su teoría.¹⁸

La inadecuación de la «antijuridicidad» como principio fundamentador de la *conductio* por intromisión se da tanto por exceso como por defecto.¹⁹ Así lo evidencia, de una parte, la existencia de intromisiones revestidas de legalidad que provocan responsabilidad por el enriquecimiento obtenido (como algunos supuestos de gestión de negocios ajenos, la ejecución forzosa de un bien no perteneciente al deudor ejecutado, y todas las hipótesis de accesión en las que ésta se da por acción de la naturaleza)²⁰, y de otra, la de acciones antijurídicas que no dan lugar a la obligación de restituir (la violación de un deber contractual de no hacer no provoca, como regla, la restitución de la ganancia obtenida mediante la conducta infractora).²¹

Rn. 132. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 23. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 25 y ss.

¹⁷ HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 64 y ss. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág. 109. WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 93.

¹⁸ REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 243.

¹⁹ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 26. REEB, *Grundprobleme...*, cit., pág. 34. DIEZ-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 118. Recoge también esta idea MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pago y transmisión de la propiedad...*, cit., págs. 178 y ss.

²⁰ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 27.

²¹ HÜFFER, «Die Eingriffskondition...», cit., pág. 263. KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendung...», cit., pág. 471. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 72 y 73. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., pág. 301. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 105. Los autores utilizan algunos supuestos paradigmáticos: Un herrero pacta no hacer ruido a determinadas horas del día con un compositor que vive en su mismo inmueble; si aquél

Existen además numerosos supuestos, al margen de los de enriquecimiento por acción de la naturaleza ²², para los que la teoría de la antijuridicidad no ofrece una respuesta satisfactoria: Cuando la persona del intromisor (quien comete la acción antijurídica) y la del enriquecido (quien se beneficia de la misma) son distintas, exista o no entre ellas una relación de dependencia ²³, la teoría de la antijuridicidad se dirige siempre contra el infractor, aunque en absoluto haya obtenido beneficio alguno ²⁴. Lo mismo sucede cuando es el propio infractor quien con su intromisión en el patrimonio ajeno enriquece al titular de éste con un «dar» o mediante un «hacer» ²⁵. Tampoco queda claro qué es lo que ocurre cuando son varios los infractores, si deben responder solidaria o mancomunadamente, o por las cuotas de sus enriquecimientos respectivos. Asimismo, cuando una misma intromisión afecta o viola varios derechos pertenecientes a diferentes titulares, ¿quién está legitimado activamente para reclamar mediante la *Eingriffskondition*? Por ejemplo, en el supuesto de utilización con fines publicitarios de una pared ajena y temporalmente arrendada, ¿quién podría demandar por enriquecimiento injustificado, el propietario, el arrendatario, o podrían hacerlo ambos a la vez ²⁶?

violara el pacto, este no tendría un derecho a exigir la ganancia obtenida con el trabajo realizado durante la infracción, sino una pretensión de responsabilidad contractual por el incumplimiento de la obligación. Asimismo, quien transgrediendo las normas de tráfico consigue adelantarse a un competidor en la conclusión de un importante contrato no debe a éste último la ganancia obtenida (a favor de la restitución, HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 64 y 65).

²² LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 531. Como ejemplo cita el autor el supuesto en el que una tormenta destruye una valla y las ovejas de A pastan en el prado de B.

²³ A viola por orden de B una patente ajena para incorporarla en el negocio de éste. A utiliza el fundo vecino para acceder a la vía pública con su vehículo pues el propietario de su garaje, B, no cumple con su obligación de proporcionar un acceso directo a la misma.

²⁴ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 169.

²⁵ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 229. El autor pone el ejemplo —hoy ya clásico— de quien por error quema carbón propio en una caldera ajena.

²⁶ KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendung...», cit., pág. 471.

En definitiva, la antijuridicidad de la acción no desentraña «a costa» de quién ha sido obtenido el enriquecimiento. Tampoco aporta nada sobre cuál debe ser el objeto de la restitución, el alcance de la obligación restitutoria ²⁷. Finalmente, no estaría de más considerar en qué medida un derecho de enriquecimiento articulado a través del principio de antijuridicidad puede llegar a constituir un factor seriamente entorpecedor de un tráfico económico dinámico y de un entorno jurídico cambiante ²⁸.

A pesar de estas objeciones, la teoría de la antijuridicidad ha contado con numerosas reformulaciones. Todas ellas comparten con SCHULZ la antijuridicidad de la intromisión como fundamento de la restitución del enriquecimiento y la motivación de extender el ámbito de protección de la *condictio*, si bien difieren notoriamente —entre sí y respecto de aquél— en sus postulados.

El primer seguidor fiel de la tesis de la antijuridicidad es JAKOBS ²⁹. En su opinión, la pretensión dirigida a la restitución de los beneficios obtenidos por uso o disposición de cosa ajena no puede surgir del derecho de propiedad, porque aquéllos nunca han formado parte del patrimonio del titular de éste ³⁰, sólo puede tratarse de una pretensión *por violación* del derecho de propiedad ³¹. El hecho de usar ilícitamente una cosa ajena no constituye un incremento patrimonial susceptible de obtención sino una acción antijurídica que el titular del derecho usurpado puede prohibir y que el intromisor debe omitir ³². De esta manera, sólo la antijuridicidad de la acción proporciona el nexo necesario entre la adquisición del

²⁷ WOLF, J., *Der Stand der Bereicherungslehre und ihre Neubegründung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980, pág. 54.

²⁸ REUTER-MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 40.

²⁹ En general, valoraciones sobre la aportación doctrinal de este autor, RÜMKE, *Das Tatbestandsmerkmal...*, cit., pág. 24. WILHEIM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 90. WOLF, J., *Der Stand der Bereicherungslehre...*, cit., pág. 56.

³⁰ En contra de la teoría de la atribución de WILBURG y VON CAEMMERER a la que más adelante haremos cumplida referencia.

³¹ JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 30 y 41 y ss.

³² JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., pág. 38.

intrromisor y el patrimonio del titular para justificar la pretensión por enriquecimiento intrromisivo³³.

La legitimación para reclamar los provechos obtenidos por otro a través de una acción antijurídica no depende de que ésta estuviera reservada en exclusiva, basta con que el legitimado hubiera podido prohibirla³⁴. Y esto es así porque la *razón última* para admitir la restitución no es un pretendido derecho de propiedad sobre los provechos, sino la *punición* de la acción antijurídica desarrollada para obtenerlos³⁵. En los supuestos intrromisivos en los que no hay daño ésta es la única manera de articular una pena para el intrromisor, pena que se materializa en la restitución de todo el incremento patrimonial que haya sido obtenido a través de la acción antiurídica, esto es, de todo aquello que no se hubiera obtenido sin ésta³⁶.

³³ JAKOBS, *Eingriffserwerb*..., cit., págs. 42 y 54. Todo ello puede apreciarse con claridad en los siguientes ejemplos: (I) X tiene en su poder una invención no patentada cuya explotación le ofrece grandes expectativas de ganancia. Si Z llega a conocer por medios legítimos dicha invención y la utiliza en beneficio propio, perjudica notablemente las expectativas iniciales de X, pero su acción es conforme a derecho y por lo tanto, inatacable. Ahora bien, si la invención de X estuviera patentada, aunque el supuesto de hecho (la acción de Z) siga siendo el mismo, en este caso resulta antiurídico, lo que dará lugar a la pretensión por enriquecimiento injustificado. (II) Quien quita clientes a sus competidores dentro de los límites de la licita y leal competencia es un profesional diligente, mas si en su labor competitiva viola alguna de las normas reguladoras de la licitud o lealtad exigibles, puede ser demandado por enriquecimiento intrromisivo (pág. 99). Es evidente que el empresario que actúa ilícitamente no obtiene nada «de» sus competidores, pero como la *Eingriffskonkition* sólo depende de la existencia de un incremento patrimonial obtenido por acción antiurídica, no hay ningún impedimento para admitirla en el ámbito del derecho de la competencia (pág. 116).

³⁴ JAKOBS, *Eingriffserwerb*..., cit., pág. 168. La antijuridicidad de la acción —afirma el autor— puede consistir en la violación no sólo de normas atributivas, sino también de normas que persiguen la protección de terceros, de costumbres, o de meros derechos de crédito.

³⁵ JAKOBS, *Eingriffserwerb*..., cit., págs. 106 y 107.

³⁶ JAKOBS, *Eingriffserwerb*..., cit., págs. 168 y 169. El autor acusa a motivos históricos que el legislador haya reducido la restitución de la ganancia a un supuesto de hecho muy concreto (el § 687 II BGB, que contempla la gestión dolosa de negocios ajenos sin mandato), y propone que lo correcto sería corregir el resultado insatisfactorio al que han conducido

A pesar del intento de JAKOBS por matizar el concepto y la trascendencia de la antiuridicidad, la fórmula «intrromisión antiurídica» sigue siendo insuficiente como fundamento de la *condictio* y como pauta para la efectiva determinación de los supuestos de hecho propios de la restitución por intrromisión³⁷.

Esta incapacidad para erigirse fundamento y para delimitar satisfactoriamente el ámbito de aplicación de la *Eingriffskonkition* deriva del hecho de que la mera antiuridicidad no distingue en función de la diversa trascendencia de las normas transgredidas. Existen normas de prohibición pura cuya finalidad es simplemente imponer a sus destinatarios una obligación de no hacer. Otras normas, sin embargo, tienen por función primaria la atribución a persona determinada de un ámbito exclusivo de dominio, y sólo como efecto reflejo (o función secundaria) la imposición a todas las demás del deber de no injerencia sobre éste³⁸.

Unas y otras normas persiguen finalidades diferentes. En el primer caso, la prohibición es el fin principal de un precepto que persigue el respeto a unos mínimos de conducta que posibiliten el buen funcionamiento del sector en el que se exigen. En el segundo, la prohibición es tan sólo la consecuencia natural e inevitable de toda norma de atribución, cuya verdadera finalidad es la de otorgar un poder jurídico de carácter excluyente. Quien viola una norma meramente prohibitiva altera el orden jurídico del ámbito en el que es requerida, afectando así por igual a todos sus destinatarios (precisamente, a todos a los que obliga). Por el contrario, quien viola una norma de atribución perjudica esencialmente al beneficiario de ésta (precisamente, al único a quien no afecta la prohibición), y sólo de forma tangencial a los obligados por la prohibición de injerencia.

aquéllos, dando un tratamiento homogéneo a todos los supuestos de intrromisión antiurídica en derecho ajeno a través de una interpretación extensiva de su precursor codificado (pág. 100).

³⁷ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch*..., cit., pág. 169

³⁸ KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte*..., cit., pág. 73. KURZ, *Der Besitz*..., cit., pág. 64. MÜNCHKONM/LIEB, § 812, Rn 210. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte*..., cit., págs. 257 y 258.

Por todo ello parece lógico esperar que el ordenamiento jurídico reaccione de forma distinta en caso de violación de unas u otras normas; pero la teoría de la antijuridicidad es en sí misma insensible a dicha diferenciación³⁹. La transgresión objetiva de la ley no justifica sin más un tratamiento homogéneo de todos los casos. El juicio de valor por el que toda acción antijurídica debe ser tratada por igual con independencia del contenido y finalidad de la norma violada carece del más mínimo apoyo normativo y dogmático⁴⁰. Así lo reconocen también aquellos autores que han buscado nuevas fórmulas para la teoría de la antijuridicidad y que han tratado de matizarla a través de otros factores ajenos a la abstracta noción de antijuridicidad⁴¹.

KELLMANN defiende que la responsabilidad por la ganancia obtenida tiene siempre por fundamento *el disfrute ilícito de un objeto jurídico ajeno identificable*, con independencia de que exista o no un perjuicio patrimonial para su titular⁴². Desde esta perspectiva, la antijuridicidad consiste en la violación de obligaciones de no hacer, fundamentalmente de obligaciones de no usar y disfrutar impuestas por el ordenamiento jurídico a través de la concesión de derechos de exclusividad⁴³.

En cuanto a los sujetos afectados, *legitimado activo* en la *condictio* por intromisión lo será el titular del derecho que haya sido disfrutado ilícitamente por otro en propio interés sin su consentimiento; y *legitimado pasivo*, quien haya transgredido la obligación de no disfrutar de los bienes ajenos. La dimensión protectora de cada derecho o posición jurídica, a los ojos del derecho de enriquecimiento, se hace depender así del número de personas a las que se imponga el deber de omisión de injerencia, esto es, de sus efectos frente a terceros⁴⁴.

³⁹ LOEWENHEIM, *Bereicherungsrecht*..., cit., pág. 74.

⁴⁰ A lo largo de este capítulo tendremos oportunidad de apreciar los problemas que plantea el argumento punitivo propuesto por JAKOBS.

⁴¹ HAINES, *Bereicherungsansprüche*..., cit., pág. 102. KELLMANN, *Grundsätze*..., cit., págs. 84 y ss. WILHELM, *Rechtsverletzung*..., cit., págs. 80 y ss.

⁴² KELLMANN, *Grundsätze*..., cit., págs. 84 y ss.

⁴³ KELLMANN, *Grundsätze*..., cit., págs. 91 y ss.

⁴⁴ KELLMANN, *Grundsätze*..., cit., pág. 97.

El autor reconoce que el criterio del «disfrute ilícito de un bien jurídico ajeno identificable» (como fundamento de la restitución de la ganancia obtenida) no resuelve de forma determinante todos los problemas del derecho de enriquecimiento, pero tiene el sentido práctico suficiente para posibilitar un tratamiento elástico y funcional de la responsabilidad por la ganancia obtenida⁴⁵. Así por ejemplo, no puede aceptarse sin más—como pretende JAKOBS—que cualquier acción antijurídica en el ámbito del derecho de la competencia provoque la concesión de una *condictio* por intromisión para los competidores del transgresor. La *Eingriffskonklusion* sólo es admisible si éste ha obtenido una ganancia gracias a la utilización ilícita de un «bien jurídico ajeno protegido e identificable» (supuestos de uso de reputación ajena con riesgo de confusión en el mercado, uso de secretos industriales ajenos, o usurpación de monopolio), y debe excluirse siempre que no pueda determinarse la «identificabilidad» de aquél (supuestos de publicidad engañosa o de competencia por obstaculación)⁴⁶.

Para HAINES, la idea de que «quien se comporta antijurídicamente no merece protección jurídica» denota una perspectiva penal del fenómeno reparatorio que quizá podría justificar el comiso de los beneficios obtenidos antijurídicamente, pero no su redistribución en el ámbito del derecho privado⁴⁷; y dado que ni la mera antijuridicidad de la acción (SCHULZ), ni la necesidad general de prevención (JAKOBS), ni la exigencia de un perjuicio patrimonial (doctrina tradicional) arrojan luz alguna sobre el problema, urge acudir a nuevos puntos de vista valorativos que determinen aquellas posiciones jurídicas cuya violación da lugar a la restitución de los beneficios patrimoniales obtenidos por el intromisor «a costa» de los titulares de aquéllas⁴⁸.

⁴⁵ KELLMANN, *Grundsätze*..., cit., págs. 110 y 133.

⁴⁶ KELLMANN, *Grundsätze*..., cit., págs. 151 y ss. De este modo, el autor evita la ausencia de límites de la que —según señalábamos— adolece la fórmula de restitución por mera antijuridicidad.

⁴⁷ WILBURG, *Die Lehre*..., cit., pág. 26. Incluso SCHULZ lo reconoce en algunas de sus páginas, «System...», cit., págs. 224 y 443.

⁴⁸ HAINES, *Bereicherungsansprüche*..., cit., págs. 64 y ss.

El elemento que proporciona la necesaria limitación de los supuestos en los que el beneficio patrimonial se obtiene «a costa» de otro, a quien debe ser restituído por imperativo del § 812 del BGB, es *el fin de la norma violada*. Los beneficios patrimoniales se obtienen «a costa» de otro cuando provienen de la violación objetivamente antijurídica de una norma cuya finalidad es precisamente la de beneficiar a aquél (titular de la facultad concedida); indicio seguro para detectar la finalidad de protección individual es la posibilidad de que el beneficiario hubiera podido hacer legítima la conducta del intromisor con su consentimiento.⁴⁹

La *Eingriffskondiction* aparece así como el instrumento que sirve para retirar la adquisición intromisiva y dársela al titular del derecho usurpado que hubiera podido obtenerla si las cosas hubiesen evolucionado según los cauces jurídicos adecuados.⁵⁰ De esta forma, y siguiendo con ejemplos del derecho de la competencia, el autor consigue limitar razonablemente el ámbito de protección de la *condictio* por acción antijurídica a supuestos como los de publicidad comparativa desleal, imitación servil o usurpación de secreto industrial ajeno, excluyendo convenientemente los de publicidad engañosa, corrupción de empleados de otros competidores, o «liquidaciones» y «rebajas» indebidas.⁵¹

También en opinión de WILHELM es la antijuridicidad decisiva en la construcción de la teoría del enriquecimiento injustificado. Lo que ocurre es que no resulta aceptable el concepto que de ella proporciona SCHULZ,⁵² el cual, orientado hacia un juicio de disvalor de la conducta del intromisor, ha sido blanco de numerosas críticas.⁵³ Tampoco lo es el propuesto por JAKOBS con marcado carácter punitivo.⁵⁴ La antijuridicidad —concluye el autor— debe apreciarse en la con-

tradición entre la detentación del deudor y el derecho del acreedor; aquél tiene algo en su patrimonio que según el orden patrimonial de los derechos y posiciones jurídicas no le pertenece.⁵⁵ Hay que formular el juicio de antijuridicidad en términos positivos: la acción que procura provecho o ganancia a su autor está reservada a otra persona.⁵⁶

Con la *condictio*, el demandante persigue la reintegración de su patrimonio a través de la restitución de un incremento patrimonial experimentado por el demandado, que resulta antijurídico por contradecir su adecuada ordenación.⁵⁷ La *condictio* por intromisión antijurídica no posee una finalidad punitiva; no se puede simplificar y afirmar sin más que la consecuencia de toda acción antijurídica sea siempre la restitución de todo lo obtenido a través de la misma.⁵⁸ La perspectiva punitiva debe rechazarse porque excluye toda posibilidad de que el intromisor pueda quedarse con el premio (ganancia) derivado de su iniciativa.⁵⁹

También las reflexiones de WILHELM limitan y hacen más operativa la teoría de la antijuridicidad, pero su idea de «reintegración del derecho usurpado» resulta tan cercana al postulado básico de la teoría de la atribución que probablemente no puede ser correctamente comprendida hasta que ésta no sea expuesta.⁶⁰

Debe reconocerse que las propuestas de estos autores consiguen matizar el concepto de «antijuridicidad» y que, de alguna forma, hacen realidad aquel anhelo de SCHULZ de entender la aplicación del derecho de enriquecimiento al ámbito de los derechos sobre bienes inmateriales y de la competencia, arbitrando asimismo medios para evitar el reproche de ilimitación. Con todo, y a pesar del ingenio y esfuerzo desa-

⁴⁹ HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., pág. 102.

⁵⁰ HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 107 y ss.

⁵¹ HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 93 y ss.

⁵² SCHULZ, «System...», cit., pág. 438.

⁵³ JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., pág. 155. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág. 108. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 26 y 27.

⁵⁴ JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 106 y ss.

⁵⁵ WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., págs. 99 y 173.

⁵⁶ WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., págs. 80 y ss.

⁵⁷ WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 193.

⁵⁸ WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 93.

⁵⁹ WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 86.

⁶⁰ KAISER, «Die Nutzungsherausgabe im Bereicherungsrecht», Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen, 1987, pág. 107.

rollados en favor de la «antijuridicidad» como fundamento de la *condictio* por intromisión, lo cierto es que sus aportaciones satisfacen en gran medida por el acercamiento que suponen respecto a los postulados de la teoría de la atribución⁶¹, sin llegar a compartir las virtudes de sencillez y simplificación de ésta⁶².

En cualquier caso, y lo que es más significativo, las nuevas propuestas colaboran en la determinación del fundamento de la obligación restitutoria y en la delimitación de su ámbito de aplicación, pero en ningún caso llegan a justificar (ni dogmática, ni normativamente) que la medida restitutoria deba consistir en la restitución de toda la ganancia, tal y como pretenden⁶³.

La restitución de la ganancia no es una consecuencia lógico-jurídica de la antijuridicidad como fundamento de la pretensión, más bien se trata de una petición de principio derivada del enjuiciamiento valorativo de los supuestos in-

tromisivos⁶⁴. Precisamente se critica a esta línea de pensamiento que utilice la restitución por intromisión como instrumento punitivo⁶⁵, acusación que es expresamente rechazada por algunos de sus partidarios⁶⁶. En cualquier caso, la teoría de la antijuridicidad propone un derecho de enriquecimiento extrañamente «punitivo», pues impone la misma «sanción» con independencia de que el comportamiento del intromisor sea irreproachable, culpable o doloso, e incluso castiga con mayor dureza a medida que la intromisión resulta más eficaz o provechosa⁶⁷.

Por lo que respecta al fundamento normativo de la restitución de la ganancia, si las primeras propuestas de la teoría de la antijuridicidad (SCHULZ, JAKOBS) carecen —tal y como se ha señalado— de un mínimo apoyo, tampoco las nuevas (KELLMANN, HAINES, WILHELM) consiguen superarlas en este punto⁶⁸. El propio § 687 II BGB, al limitar la restitución de la ganancia a los casos de gestión dolosa de negocio ajeno sin mandato, constituye un argumento normativo en contra de la teoría de la antijuridicidad⁶⁹ (pese a los intentos de SCHULZ y JAKOBS por salvar este escollo a través de una explicación correctora de lo que pretenden fue un simple error del legislador⁷⁰). Los autores suplen esta carencia de fundamento normativo con la convicción de que nadie puede retener el beneficio obtenido a través de una acción antijurídica⁷¹, pero ninguno se detiene a justificarla.

⁶¹ MÜNCHKONM/LIEB, § 812, Rn. 202; REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 244.

⁶² ESSER/MEYERS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 462; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., pág. 286. Así, la propuesta de KELLMANN nos enfrenta a la cuestión de determinar en cada caso el grado de «identificabilidad» del objeto de la usurpación. Para poner en marcha la propuesta de HAINES necesitamos preguntarnos siempre por el fin (individual o colectivo) de la norma violada, lo cual no es siempre fácilmente determinable y menos en aquellos ámbitos, como el del derecho de la competencia, en los que es difícil delimitar hasta qué punto los intereses particulares persiguen finalidades colectivas y viceversa. Por su parte, WILHELM nos obliga a examinar la contradicción existente entre el patrimonio del enriquecido y la ordenación del derecho usurpado en el patrimonio de su titular.

⁶³ SCHULZ, «System...», cit., pág. 444; JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 168 y 169; KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág. 111. Como ejemplo, menciona este último autor que el arrendador que aprovecha la larga ausencia de su arrendatario para alquilar a una tercera persona está obligado a restituir a aquél todos los beneficios obtenidos mediante su acción anti-jurídica, esto es, el importe de las rentas satisfechas por el tercero, aun cuando éstas fuesen notoriamente superiores a las satisfechas por aquél o a las exigidas entonces por el mercado. HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 92 y 101. En contra de la automatidad en la aplicación de la regla de restitución de toda la ganancia, WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 86.

⁶⁴ KOEPFENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 74.
⁶⁵ REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 24; WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 26.

⁶⁶ HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., pág. 49; KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág. 133; WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 86.

⁶⁷ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 22 y ss.

⁶⁸ WOLF, J., *Der Stand...*, cit., págs. 57, 102 y 113.

⁶⁹ BATSCH, *Vermögensverschiebung...*, cit., págs. 88 y ss.

⁷⁰ SCHULZ, «System...», cit., pág. 468; JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 100 y ss.

⁷¹ SCHULZ, «System...», cit., pág. 443; JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., pág. 42; KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág. 86; HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., pág. 49; WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 93.

2. LA TEORÍA DE LA ATRIBUCIÓN

2.1. Planteamiento: WILBURG y VON CAEMMERER

A partir de la idea precursora de HECK de que todo derecho absoluto concede a su titular los rendimientos derivados del goce, disfrute o disposición del mismo, lo cual conduce al reconocimiento de pretensiones de enriquecimiento injustificado siempre que un tercero no legitimado se haga con ellos con independencia de que el titular hubiera podido por sí obtenerlos⁷². WILBURG comenta la llamada teoría de la atribución (*Zuweisungstheorie*)⁷³, posteriormente consagrada por VON CAEMMERER⁷⁴; la cual, con su formulación sencilla y cierta, se hace pronto dominante en el panorama de la *condictio* por intromisión.

El pensamiento de WILBURG, dentro de una línea de objetivación general del sistema de responsabilidad patrimonial, defiende que la raíz de las pretensiones por enriquecimiento injustificado no debe buscarse en la idea de sustracción del beneficio como «reacción» de castigo contra acciones ilegítimas, sino en la efectiva finalidad del derecho usurpado: de «asignar» determinados bienes y provechos a su titular. Esta finalidad atributiva del derecho usurpado es la clave de la «no justificación» (*UngeRechtfertigkeit*) del enriquecimiento y el principio orgánico fundamentador de las pretensiones de enriquecimiento por intromisión⁷⁵.

La construcción dogmática de su teoría se apoya en el supuesto paradigmático del derecho de propiedad. El fin económico de la propiedad no queda suficientemente protegido por las acciones reivindicatoria y negativa. El «contenido de atribución» (*Zuweisungsgehalt*) del derecho de propiedad

⁷² HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, pág. 426.

⁷³ WILBURG, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Graz, 1934.

⁷⁴ VON CAEMMERER, «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en *Gesammelte Schriften*, I, *Rechtsvergleichen und Schuldrecht*, Tübingen, 1968, págs. 209 y ss.

⁷⁵ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 27.

exige, además de la cesación en la intromisión, remoción de sus efectos y eventual indemnización de los daños causados, el reconocimiento de una acción de enriquecimiento contra quien obtenga provecho por el uso o explotación del objeto sobre el que aquél recae⁷⁶.

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

El fundamento de la pretensión de enriquecimiento en todos estos casos no es otra cosa que la «reintegración» (*Fortbildung*) del derecho de propiedad, lo cual constituye un paso más en su protección frente a la injerencia de terceros. La pretensión de enriquecimiento sirve al titular del derecho de propiedad para reclamar contra quien obtiene algún beneficio o provecho mediante el ejercicio no consentido del mismo⁷⁷, con independencia de la existencia o inexistencia de daño⁷⁸. Claro que no sólo el derecho de propiedad está dotado de este efecto atributivo, también otros derechos o posiciones jurídicas merecen por su «contenido de atribución» contar con

⁷⁶ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 28 y ss.

⁷⁷ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 35.

⁷⁸ *Id.*

la misma protección que aquél⁷⁹, pero sobre esta cuestión nos ocuparemos más detenidamente en otro lugar.

VON CAEMMERER comparte con WILBURG la idea central de que la «no justificación» del enriquecimiento reside en que el uso de una cosa por quien no es su titular y sin el consentimiento de éste está en contradicción con el «contenido de atribución» de su derecho de propiedad. La esencia de los derechos absolutos es la asignación de bienes a su titular y el juicio de «no justificación» se apoya en la contradicción de la intromisión respecto a la ordenación jurídica de bienes y provechos que aquéllos llevan a cabo.

Al propietario le corresponde el *uti, frui et abuti* del objeto de su derecho de propiedad, y cuando alguien acomete alguna de dichas acciones sin su consentimiento obtiene «algo» («etwas» en el § 812 BGB) que según el «contenido de atribución» del derecho de propiedad corresponde al propietario. El enriquecimiento es ilegítimo porque contradice la atribución de bienes que descansa en el derecho de propiedad, tal y como ha sido configurado por el ordenamiento jurídico.⁸⁰ La *Eingriffs-kondiktion* sirve por lo tanto a la protección de aquellos derechos subjetivos que asignan determinados bienes y provechos a sus legítimos titulares, con independencia de que éstos hubieran podido sacar realmente provecho de aquéllos durante la intromisión.⁸¹ Quien viola esta «asignación» de bienes y provechos está obligado a la restitución frente al beneficiario o reservatario de la misma, titular de los objetos o facultades usurpados.

La expresión «contenido de atribución» de un derecho no es otra cosa que esa asignación o reconocimiento jurídico de un monopolio económico sobre el objeto del mismo. Esta dimensión atributiva es incontrovertible en el derecho de propiedad. La protección tradicional de éste, las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria, debe completarse con una acción de enriquecimiento que proteja la adjudicación exclu-

siva (la reserva) del uso, disfrute y disposición del derecho a su titular. Quien consume, utiliza o explota un bien ajeno viola este haz de facultades que constituyen el contenido de atribución del derecho de propiedad.

Por todo ello, podemos concluir que el fundamento de la restitución por intromisión reside en la materialización *a posteriori* de la dimensión atributiva del derecho usurpado. Esta operación es independiente de la existencia de daño o de la necesidad de reprochar algo a su autor (título de imputación). La pretensión de enriquecimiento enfrenta al beneficiario directo de la intromisión contra el titular del derecho violado, al margen de que aquél no fuera el autor material de la acción o que éste no hubiera estado en condiciones de llevarla a cabo por sí mismo. El restablecimiento económico del derecho usurpado no depende de estas circunstancias; es la contradicción objetiva con la mencionada finalidad protectora, esto es, la violación del contenido de atribución del derecho, lo que provoca sin más el nacimiento de la obligación de restituir. De esta forma, el desequilibrio patrimonial injustificado nacido del disfrute ilegítimo de un bien ajeno se equilibra con la restitución del valor de dicho disfrute a la persona que si hubiese podido llevarlo a cabo legítimamente en virtud de la atribución jurídica concedida por el ordenamiento.

Un supuesto real significativo puede ayudarnos a ejemplificar estas ideas: Los usuarios de un garaje, cuyo propietario no facilita el acceso directo a la vía pública, llegan a ésta a través del fundo vecino. La acción de enriquecimiento por intromisión corresponde en este caso al titular de éste, y se dirige, no contra los autores materiales de la acción intromisiva (los usuarios de las plazas del garaje), sino contra el verdadero beneficiario, el propietario del garaje, que ahorra los gastos de construcción del acceso a costa del uso ilegítimo del patrimonio de su vecino. El nacimiento de la obligación de restituir el enriquecimiento no depende de la actitud subjetiva del legitimado pasivo, de su mala o buena fe (igual da—en principio—que conozca la ilegitimidad de la acción y su obligación de proporcionar los medios para eliminarla, o que esté convencido por error excusable de la existencia de una servidumbre de paso sobre el fundo vecino). Tampoco tiene rele-

⁷⁹ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 35 y ss.

⁸⁰ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 228 y ss.

⁸¹ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 234.

vancia alguna el que las acciones hayan causado daños materiales en el fundo vecino, o que el propietario de éste no hubiese obtenido de él rendimiento alguno durante el tiempo en el que se desarrolla la intromisión ⁸².

Los postulados de la teoría de la atribución han calado decisivamente en el tratamiento que hoy se da en el ámbito jurídico germánico al derecho de enriquecimiento derivado de intromisión y se aceptan, con multitud de variantes y correcciones, por la doctrina dominante ⁸³. Incluso los partidarios de la teoría de la antijuridicidad —ahora nos encontramos en mejor situación para apreciarlo correctamente— se han visto notoriamente influidos por ella y en ocasiones no han hecho sino enjuiciar desde la «antijuridicidad» el fenómeno atributivo. De hecho se les ha reprochado que critiquen tan duramente una doctrina a la que tanto se acercan, llegando incluso a obtener resultados prácticos equiparables ⁸⁴.

2.2. *Crítica a la teoría de la atribución*

La teoría de la atribución ha recibido numerosas críticas procedentes de muy diversos puntos de vista.

Para JAKOBS, la teoría de la atribución no puede prescindir

⁸² CANARIS, *Lehrbuch*..., cit., pág. 178 (*Gargen-Fall*, BGHZ 94, págs. 160 y ss.).

⁸³ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch*..., cit., págs. 168 y ss. ERMAN/WESTERMANN, § 812, Rn. 65. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*..., cit., págs. 461 y ss. FRIKENTSCHER, *Schuldrecht*..., cit., pág. 682. HUFER, «Die Eingriffskondition...», cit., págs. 263 y 264. KÖNIG, *Ungerechtfertigte*..., cit., págs. 157 y ss. KOPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte*..., cit., págs. 72 y ss. KURZ, *Der Besitz*..., cit., págs. 13 y ss. LARENZ, *Lehrbuch*..., cit., págs. 530 y ss. LOEWENHEIM, *Bereicherungsrecht*..., cit., págs. 65 y ss. MEDICUS, *Schuldrecht*..., cit., pág. 334. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb...», cit., págs. 523 y ss. MÜNCHKONM/LIEB, § 812, Rn. 204 y ss. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte*..., cit., págs. 241 y ss. RGK/HEIMANN-TROSIEN, § 812, Rn. 42. SCHLECHTRIEM, «Prinzipien und Vielfalt: Zum gegenwärtigen Stand des deutschen Bereicherungsrechts», ZHR, (149) 1958, pág. 332. *Schuldrecht*..., cit., pág. 302. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812, Rn. 4; § 812, Rn. 132. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 23. WESTERMANN, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Karlsruhe, 1951, págs. 6 y ss.

⁸⁴ REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte*..., cit., págs. 243 y ss.

dir de la idea de «acción antijurídica» como fundamento de la pretensión de enriquecimiento por intromisión, puesto que no es posible diferenciar entre «acción antijurídica» y «adquisición en contradicción con el contenido de atribución de un derecho absoluto» ⁸⁵, en cuanto construcción teórica, ni explica la procedencia de restituir la ganancia obtenida o simplemente el valor de la facultad usurpada, ni permite comprender la función perseguida con una *condictio* que se concede sin necesidad de que exista enriquecimiento real alguno en el patrimonio del demandado ⁸⁶.

KLEINHEYER considera que la falsedad de la teoría de la atribución reside en pretender determinar *a priori* el contenido de atribución de los derechos. La dificultad para delimitar la trascendencia atributiva de cada derecho es evidente incluso en el *paradigmático* derecho de propiedad, cuyo «contenido de atribución» no debería poder configurarse sino después de una compleja labor de armonización de todas las previsiones legislativas que le afectan, como la regulación de las relaciones entre propietario y poseedor o las normas sobre adquisición, conmixión y especificación. Prefijado el contenido de atribución sin estas consideraciones, se corre el riesgo de consagrarlo como criterio de concesión de la *Eingriffskondition* de carácter extralegal, con la agravante de proporcionar al intérprete/aplicador del derecho un cortinaje dogmático que le permita ocultar sus intereses particulares ⁸⁷.

KELLMANN ataca en su raíz el concepto de «derecho de propiedad» del que parte la teoría de la atribución, su comprensión como concesión positiva de atribuciones o poderes. La propiedad no es otra cosa que un derecho de exclusión carente de todo contenido positivo, por lo que no concede propiamente la tenencia de la cosa, sino que legitima para excluir

⁸⁵ JAKOBS, *Eingriffserwerb*..., cit., págs. 30 y ss. WOLF, J., *Der Stand*..., cit., pág. 54.

⁸⁶ JAKOBS, *Eingriffserwerb*..., cit., págs. 23 y ss. y 40 y ss.

⁸⁷ KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendung...», cit., págs. 472 y ss. En la misma línea, WOLF sostiene que la cuestión sobre a quién debe pertenecer la propiedad sobre las cosas y sus provechos sólo puede establecerse por ley o por un previo acuerdo de voluntades entre los interesados, pero en ningún caso a partir del mismo derecho de propiedad.

a los terceros del acceso a la misma. El propietario puede de hecho actuar sobre la cosa a voluntad (*kann*), pero en verdad no está jurídicamente habilitado para ello (*darf nicht*). Esta diferencia es esencial puesto que, si el llamado «contenido de atribución» de un derecho no es sino el resultado fáctico de pretensiones de abstención, no puede afirmarse que la *Eingriffskondiktion* sirva a la reintegración del contenido de un derecho violado, puesto que dicho contenido no existe⁸⁸.

Desde otra perspectiva bien distinta, BATSCH reprocha a la teoría de la atribución que, al establecer a través del concepto de «contenido de atribución» una relación entre el patrimonio del enriquecido y el del sujeto a cuya costa aquél obtiene un enriquecimiento, incurre en una reformulación del dogma del desplazamiento patrimonial que afirma excluir⁸⁹.

No debemos perder de vista que la crítica de todos estos autores está en realidad motivada por la voluntad de extensión del ámbito de aplicación del derecho de enriquecimiento, y que en muchas ocasiones sus objeciones se dirigen no tanto a la depuración dogmática de las propuestas teóricas como a la adopción de posturas más flexibles a la hora de conceder la protección por intromisión. Por ello, y dejando un tanto de lado esta crítica atomizada en la que rara vez coinciden dos autores (lo cual es sintomático del peso específico de sus objeciones), lo cierto es que todos los detractores de la teoría de la atribución ponen de relieve como el punto más débil de la misma el hecho de que ni siquiera sus partidarios lleguen a un acuerdo sobre su ámbito de aplicación, estos, sobre la enumeración de los derechos y posiciones jurídicas protegidos en virtud de su contenido de atribución, así como sobre el alcance restitutorio de la *Eingriffskondiktion*. De aquí que se haya llegado a afirmar que la expresión «contenido de atribución» es en realidad una fórmula vacía, «mágica», cuya indeterminación posibilita al intérprete su adecuación a los intereses del caso concreto⁹⁰.

Esta crítica certera ha obligado a los partidarios de la teoría de la atribución a aceptar la necesidad de completar el sentido y alcance de la idea de «contenido de atribución» a través de criterios que predeterminen su concesión o denegación, de forma paralela a como los partidarios de una teoría de la antijuridicidad «moderada» tienden a buscar fórmulas que limiten los supuestos de antijuridicidad que dan lugar a la responsabilidad por enriquecimiento intromisivo⁹¹.

En el fondo lo que está en juego no es tanto la validez operativa de esta posición doctrinal (aceptada mayoritariamente), como el criterio de determinación de los derechos y posiciones jurídicas protegidos en virtud de su «contenido de atribución» por la *Eingriffskondiktion*, y la trascendencia de ésta en el patrimonio del enriquecido. La batalla actual de la teoría de la atribución se desarrolla en torno a la búsqueda de este criterio y de su aptitud para justificar la restitución por intromisión, tanto en un plano dogmático como normativo⁹².

2.3. Criterios de determinación del contenido de atribución

a) La protección por acto ilícito

La propuesta elaborada por CANARIS se sintetiza en la siguiente idea: si de lo que se trata es de dar con un criterio que proporcione una lista de derechos protegidos que cuente con el respaldo del derecho positivo (no sólo de construcciones teóricas extraíbles de las normas de forma más o menos vero-

⁸⁸ KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., págs. 92 y ss.

⁸⁹ BATSCH, *Vermögensverschiebung...*, cit., págs. 72 y ss.

⁹⁰ BATSCH, *Vermögensverschiebung...*, cit., págs. 71 y ss. ERMAN/WESTER-MANN, § 812, Rn. 66. HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 68 y ss.

JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 23 y ss. KAISER, «Die Nutzungsherausgabe...», cit., pág. 97. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., págs. 90 y ss. KLEINHEIMER, «Rechtsgutverwendung...», cit., pág. 472. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 77. MÜNCHKONM/LIEB, § 812, Rn. 133. REEB, *Grundprobleme...*, cit., págs. 35 y 36. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 241 y ss. SOERGEL/MÜHL, § 812, Rn. 205. WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., págs. 88 y ss. WOLF, J., *Der Stand...*, cit., págs. 51 y ss.

⁹¹ BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich...*, cit., pág. 60.

⁹² BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich...*, cit., pág. 59. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 248 y ss.