

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado
Curso: Enriquecimiento injustificado
Profesor: Francisco González Hoch
Segundo semestre 2008

MATERIALES III

- 1) BARROS BOURIE, Enrique. *RESTITUCIÓN DE BENEFICIOS OBTENIDOS POR INTROMISIÓN EN DERECHO AJENO, POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL O POR ILÍCITO CONTRACTUAL*. Ponencia presentada en España marzo de 2008. pp. 29.
- 2) BASOZABAL, Xavier. *ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO POR INTROMISIÓN EN DERECHO AJENO*. Editorial Civitas, 1998, pp. 22-111.

Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual

Disorderly law is no more than an alibi for illegitimate power

Peter Birks

I. Enriquecimiento injusto como fuente general de obligaciones¹

1. *El enriquecimiento sin causa, el contrato y el ilícito extracontractual.* En contraste con el contrato y el delito civil, las dos fuentes generales de obligaciones reconocidas en las Institutas de Goyo, las obligaciones que nacen como en el contrato (*cuasi ex contractu*), que son distinguidas como un grupo separado en las Institutas de Justiniano (3.14, 3.27) no presentan homogeneidad conceptual, sino responden a diversas figuras típicas que son desarrolladas en los códigos civiles y que han conservado una muy perfecta individualidad. A los tipos cuasicontractuales de los códigos de influencia francesa, se agregan muy diversas acciones restitutorias, que tienen por antecedente la nulidad, la resolución, la reivindicación exitosa que tiene efectos obligatorios en materias de frutos, deterioros y mejoras, y muchas otras que tienen su filiación en las condiciones romanas, o que pueden ser explicadas por analogía con ellas².

¹ Me han sido especialmente valiosas en el planteamiento de esta ponencia las orientaciones que hace ya dos décadas dio L. *Diez-Picazo* en su discurso de incorporación a la Academia Española de Jurisprudencia, La doctrina del enriquecimiento injustificado, en *M. De la Cámara y L. Diez Picazo*, Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa, Madrid: Civitas, 1988, así como el capítulo inicial de X. *Basozabal*, Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, Madrid: Civitas, 1998.

² Parte importante de estas condiciones han sido incorporadas en el derecho civil de influencia francesa dentro de la doctrina del contrato, gracias a la doctrina de la causa; lo contrario ocurre en el derecho alemán y del *common law*, donde han mantenido su tipificación como condiciones. En este trabajo se usa la palabra española *condición* en el sentido de la *condictio* romana.

En los principales sistemas jurídicos, bajo distintas formas, estas condiciones y cuasicontratos han pasado a ser interpretadas a la luz del principio unificador de enriquecimiento injustificado o sin causa, que es concebido como razón justificadora común para todas ellas. Una importante generalización moderna en la materia, atribuible a la escolástica española y a *H. Grocio*, ha sido reunir las diversas hipótesis de obligaciones restitutorias bajo ese concepto normativo e indeterminado³.

Es expresivo de la importancia que tiene el mapa general de las fuentes de las obligaciones los cambios sistemáticos que recientemente han sido propuestos por autores ingleses a la ordenación de las diversas materias. En el *common law*, el derecho de obligaciones ha sido tradicionalmente dividido en contratos, ilícitos y restitución. Sin embargo, la doctrina más lúcida ha reparado que esta última categoría no está en el mismo nivel analítico que las dos primeras, porque mientras el contrato y el ilícito son reconocidas como fuentes de las obligaciones, la restitución es un remedio que tiene por antecedente un hecho jurídico, de entidad funcional semejante al contrato y al ilícito, como es el enriquecimiento sin causa⁴. Así, se propone, con razón, que las obligaciones sean clasificadas de acuerdo a su fuente en derivadas de contrato, de hecho ilícito, de enriquecimiento injustificado y de otras fuentes. A la inversa, en la propia tradición del derecho civil ha faltado una mirada de conjunto de las diversas obligaciones restitutorias, lo que ha impedido verlas como concreciones típicas y diferenciadas, pero que responden a un principio común de enriquecimiento injustificado.

El mayor interés que tiene esa ordenación a efectos de esta ponencia es intentar hacer claridad acerca de la concurrencia de hipótesis cubiertas por el derecho de contratos y de la responsabilidad extracontractual con acciones restitutorias que tengan por antecedente el enriquecimiento injustificado.

2. *Difficultad de reconocer el enriquecimiento sin causa como una fuente de obligaciones de generalidad equivalente al contrato y a la responsabilidad por daños extracontractuales.* Desde la perspectiva de las obligaciones que dan lugar para el deudor, el derecho civil reconoce remedios de reparación en naturaleza, indemnizatorios y de restitución de beneficios. La reparación en naturaleza se puede obtener mediante acciones personales derivadas del incumplimiento contractual y del ilícito extracontractual, además de la acción real orientada a recuperar la posesión perdida. Los remedios indemnizatorios también pueden tener su antecedente en el incumplimiento del contrato o en los hechos que causan daño. En otras

³ Sobre los orígenes de la doctrina del enriquecimiento sin causa en la *escolástica española* y en *Grocio* y sus antecesores en el derecho romano y común, *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta, 1990, 885.

⁴ *P. Birks*, *Definition and Division: A Meditation on Institutes 3.13* y *E. Weinrib*, *Juridical Classifications of Obligations*, ambos en *P. Birks*, editor, *The Classification of Obligations*, Oxford: Clarendon, 1997, 1 (20) y 37 (47), respectivamente.

palabras, el sistema de remedios y acciones en nuestra tradición jurídica tiende a relativizar la clásica distinción del análisis económico del derecho entre protección de derechos de propiedad, en que el titular puede recuperar su derecho respecto de cualquier tercero que lo discuta, y reglas de responsabilidad, en que el titular se debe conformar con una reparación en dinero⁵. Es claro, en todo caso, que el derecho sólo puede otorgar una acción indemnizatoria cuando se ve afectado el derecho, con el efecto de que en tal caso el remedio se aleja del modelo de la propiedad⁶.

Conviene tener presente, sin embargo, que no todos los hechos jurídicos relevantes tienen la misma generalidad. En particular, del mismo modo como es mayor en la doctrina moral la relevancia del daño causado a un tercero que la de los beneficios que concedemos a otros, también en el derecho las acciones que persiguen la reparación del daño son más generales que las restitutorias de beneficios⁷.

Por eso, aunque el principio de enriquecimiento injustificado se encuentre en un nivel funcional equivalente al contrato y al ilícito civil, ha demorado mucho en adquirir la configuración dogmática general, pero a la vez compleja y diferenciada, que caracteriza al contrato y al ilícito civil como fuentes de obligaciones. Lo cierto es que mientras se puede decir con generalidad que los contratos y los ilícitos que causan daño dan lugar a obligaciones, la respuesta es claramente más oscura tratándose del principio de que el enriquecimiento injustificado.

3. *¿Por qué no se puede asumir una regla general de reparación de todo beneficio que se reciba de tercero sin justificación en la ley o el contrato?* La vida en común supone que unos obtengamos provecho de los otros de las maneras más disímiles, sin que sea razonable llevar una cuenta corriente de esos beneficios. Las razones son muchas y aquí sólo se puede hacer una relación esquemática de algunas : la vida en sociedad supone vínculos básicos e immanentes de cooperación, que se expresan en principios de justicia política a un nivel más general que el derecho privado; llevar una cuenta corriente de beneficios recíprocos se encuentra con dificultades insuperables de incommensurabilidad, pues los beneficios que nos proveemos son de índoles muy diversas; y aunque se estableciere un método de medición, los costos de transacción que ello envolvería serían inabordables; en la gran mayoría de los casos, el interés

⁵ G. Calabresi y A. D. Melamed, Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral, en *Estudios Públicos* 63, 1996 (1972), 347. Sobre la superposición de remedios en la responsabilidad contractual, F. Pantaleón, Las bases de la responsabilidad contractual, en *Anuario de Derecho Civil* 46 (1993), 1719, A. M. Morales, La modernización del derecho de obligaciones: Madrid: Civitas, 2006, 29, 55; en materia extracontractual, E. Barros, Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica, 2006, 869.

⁶ Un análisis de los derechos a la luz de los remedios en R. Epstein, Principles of a Free Society. Reconciling Individual Liberty and the Common Good, Reading (Mass.): Perseus, 1998, 215.

⁷ P. Cane, The Anatomy of Tort Law, Oxford : Hart, 1997, 113

propio es una razón suficiente para la acción, sin que el actor atienda (y ni siquiera sea consciente) de las externalidades beneficiosas que puede provocar en terceros⁸; a la inversa, la mayoría de los beneficios que se siguen de nuestra interacción espontánea son obtenidos sin que el beneficiado tenga siquiera conocimiento, de modo que no se puede imponer una carga que no tiene por antecedente el consentimiento del obligado (por eso, los efectos de la agencia oficiosa se diferencian de los del contrato).

En suma, hay muchas razones para que no resulte aceptable una regla general que nos obligue a restituir los beneficios que obtenemos de los demás sin justificación legal o contractual⁹. Es imaginable un ordenamiento que estableciera una regla general que obligue a restituir todos los beneficios obtenidos de un tercero y que carezcan de esos fundamentos. Tal vez por eso la de enriquecimiento ha sido denominada la más romántica de las acciones¹⁰. En definitiva, el enriquecimiento sin causa es un principio normativo mucho más impreciso que el contrato o el ilícito dañoso, de modo que las obligaciones restitutorias conexas no responden a un criterio de la misma generalidad que las indemnizatorias.

4. *Principio general de enriquecimiento vs. condiciones típicas.* La disputa dogmática más general en materia de enriquecimiento injustificado se refiere a si las acciones son reconocidas a partir de un solo principio general o si se asume la necesidad de separar supuestos de hecho diferentes¹¹. Las hipótesis concretas de enriquecimiento injusto difícilmente son subsumibles en un conjunto abstracto de supuestos, como ha tendido a ocurrir en el derecho francés y en otros ordenamientos que históricamente le han sido cercanos. La experiencia comparada muestra la dificultad de elaborar en la materia una doctrina razonable, por refinada que sea, a partir de un concepto de excesiva generalidad¹².

⁸ J. E. Penner, Basic Obligations, en P. Birk's editor, Classification of Obligations, Oxford: Clarendon, 1997, 91 (107).

⁹ Una reseña en L. Díez Picazo, La doctrina del enriquecimiento injustificado, [nota 1], 35.

¹⁰ J. Carbone, Droit civil, T. II, Paris: Quadrige Puf, 2004, § 1226, citando a Ricca Barberis.

¹¹ D. Medicus, Schuldrecht II. Besonderer Teil, München: Beck, 11ª edición, 2003, 302.

¹² Es sintomático que la doctrina francesa del enriquecimiento injusto, que luego influyó en los sistemas jurídicos español e iberoamericano, haya sido construida bajo temprana influencia de la doctrina alemana, en una época cuando aun se perseguía construir una teoría unitaria en la materia, pretensión que luego ha sido desechada hasta llegar a una situación doctrinaria por completo pacífica en el sentido inverso de una ordenación tipológica de las hipótesis de enriquecimiento injustificado; una relación de esta circunstancia histórica, así como de la evolución posterior de la doctrina alemana, en X. Basozabal, Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, [nota 1], 22, 35 (con referencia especialmente a las obras más influyentes en la materia: W. Wilburg, Die Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht (1934) y E. von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung (1954); muy ilustrativo del contexto es T. Krebs, The Fallacy of 'Restitution for

El trabajo dogmático y jurisprudencial está mejor orientado al análisis de tipos de casos que presentan ciertas analogías básicas y a cuyo respecto existen razones comunes para dar lugar a restituciones, en vez de partir de un principio filosófico-jurídico que es muy disputado¹³. Aunque a falta de una ordenación legal extensiva, la jurisprudencia deba recurrir a un principio general por el camino de una *analogía iuris*, ocurre que ese principio, cualquiera sea la manera en que sea formulado, no puede precisar diferenciadamente sus propias condiciones de aplicación. Por eso, todo indica que es necesario darle forma dogmática para evitar que la carencia de forma derive en un vulgarismo desatado¹⁴. En definitiva, la tradición que ordena la materia bajo ciertos supuestos acotados, como en las antiguas condiciones, es más virtuosa que una doctrina abstracta.

5. *El enriquecimiento por intromisión como relevante a efectos de este trabajo*. Si se acepta de manera simplificada la clasificación incorporada por la doctrina alemana de enriquecimiento por

Wrongs', en A. Burrows y Lord R. of Earsferry editores, Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks, 2006, 379 (382).

¹³ En la filosofía del derecho privado hay dudas acerca de las razones de justicia para hacer restitución de lo recibido injustificadamente. J. Coleman piensa que sólo en el caso de la responsabilidad reparadora que tiene por antecedentes el ilícito existen razones de justicia correctiva para indemnizar a la víctima; por el contrario existen hipótesis en que el enriquecimiento injustificado carece de contraparte, como ocurre precisamente con el actuar negligente que amenaza daño que no se materializa, que por definición supone un ahorro de costos de cuidado a costa de los demás con el resultado que se aumenta la probabilidad de ser víctimas de un accidente; en su opinión, el deber de entregar las ganancias que se siguen injustificadamente de una actividad sigue una lógica de justicia propiamente restitutoria (J. Coleman, Risks and Wrongs, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, 369). E. Weinrib, el filósofo del derecho contemporáneo que más intensamente ha desarrollado la idea aristotélica de justicia correctiva como fundamento normativo del derecho privado, estima que la rectificación exigida por la justicia correctiva se refiere tanto al daño como al enriquecimiento injustificado (*Ernst Weinrib*, Juridical Classifications of Obligations, en Peter Birks ed., The Classification of Obligations, [nota x], 37, 46); sin embargo, el propio Weinrib estima que no hay razones de justicia correctiva que justifiquen que el incumplimiento de un contrato de lugar a acciones restitutorias, además de las reparadoras (infra nota x).

¹⁴ Todo indica que la doctrina alemana es la que mejor ha encarado esta tarea dogmática; incluso ordenamientos de gran complejidad, como el inglés, tienden a mirar en la materia hacia ese desarrollo doctrinal como el más fértil (*T. Krebs*, The Fallacy of 'Restitution for Wrongs', [nota x] 379, en la perspectiva del derecho inglés; sobre esas ventajas en la dimensión del derecho español y de la tradición romano germánica, en general, L. Díez Picazo, La doctrina del enriquecimiento injustificado, [nota 1], 116. X. Basozabal, Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno [nota 1], 35, 53. Es interesante seguir la evolución doctrinaria y jurisprudencial del derecho holandés, que optó por una regla general en la materia, sin otra calificación que la restitución por el enriquecimiento injustificado sea *razonable* (nuevo Código Holandés de 1992, § 6:212); sobre los orígenes de esta norma, R. Feenstra, Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Hinsicht, conferencia Ankara, abril 1968, AUHF-1972-29-01-02-Feenstra [entrada Google por nombre del trabajo y autor], 303).

prestación y por intromisión¹⁵, se muestra que las hipótesis de enriquecimiento relevantes responden a grupos de supuestos por completo diferentes entre sí, que no pueden ser subsumidos en un criterio general comprensivo de todas las hipótesis relevantes¹⁶. Asimismo se muestra que los grupos de acciones de restitución tienen su origen tanto en relaciones personales como de propiedad (u otras de titularidad exclusiva asimilables a la propiedad).

Entre las que tienen su origen en relaciones personales, figuran especialmente las restituciones que tienen su antecedente en el error de asumir una relación obligatoria que en verdad no lo vincula. Pero el mismo principio rige las obligaciones restitutorias que tienen por antecedente prestaciones que han perdido su justificación en razón de nulidad, condición resolutoria, terminación o retracto contractual.

En las asociadas a la propiedad, la restitución de beneficios se sigue de la intromisión en derechos ajenos que garantizan al titular un derecho de exclusividad, con la consecuencia de que hay lugar a la restitución de beneficios obtenidos sin causa jurídica aunque no haya sufrido daño el titular¹⁷.

En circunstancias que la materia central de esta ponencia es la concurrencia de acciones de enriquecimiento (por un lado) con acciones indemnizatoria y de ejecución en naturaleza (por el otro), resulta relevante este enriquecimiento por intromisión. La pregunta se refiere a si un hecho que genera responsabilidad por daños extracontractuales o el incumplimiento de una obligación contractual puede también dar lugar a una acción de enriquecimiento. Lo cual puede

¹⁵ Se asume aquí una simplificación, que se explica por el propósito de la ponencia, que excluye las hipótesis de enriquecimiento sin prestación previa distintas a la intromisión en derecho ajeno, que corresponden a la *restitution de mejoras* que ha efectuado quien debe restituir la cosa (*Aufwendungskondition*) y a la *extinción onerosa de una deuda* que correspondía a un tercero, como ocurre con la obligación restitutoria de contribución a la deuda que tiene el tercero que es solidariamente responsable de la deuda pagada por el acreedor (*Rückgriffskondition*); una descripción sintética de estas condiciones no ligadas a una prestación recibida por el deudor en *D. Medicus, Schuldrecht II. Besonderer Teil*, [nota x], 341.

¹⁶ Así lo ha intentado, infructuosamente, la doctrina francesa al establecer ciertos requisitos generales de procedencia de la acción que resultan a la vez demasiado restrictivos (como ocurre con la exigencia de que haya un desplazamiento patrimonial desde del acreedor al deudor de la obligación de restitución) y demasiado expansivos (porque carece de instrumentos analíticos para distinguir las razones para acceder en ciertos grupos de casos a la acción restitutoria y no en otros); es sintomático que en uno de los manuales franceses justamente más renombrados le sea dedicada una docena de páginas al principio general de enriquecimiento sin causa, a pesar de que en opinión de los autores 'está llamado a constituir al lado de la voluntad individual y de la culpa que causa daño una fuente general de obligaciones en derecho positivo' (*F. Terré, Ph. Simpler e Y. Lequette, Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz, 8^a edición, 2002, 998).

¹⁷ *J. Coleman, Risks and Wrongs*, [nota x], 183

ocurrir cuando ese hecho constituya una intromisión en derechos del acreedor o de la víctima cuyo goce legítimo sólo puede ser reconocido por medio de un contrato¹⁸.

El enriquecimiento por intromisión es típico de derechos absolutos que son oponibles a cualquiera que pretenda intervenir en ellos, como ocurre con la propiedad sobre cosas corporales y con derechos de exclusividad que se rigen por las reglas de la propiedad (propiedad intelectual e industrial) o tienen una estructura análoga a la propiedad (goce injustificado por terceros de derechos de la personalidad). Pero también puede favorecer a quienes gocen de esos bienes a título de derecho personal (arrendatario, titular de un derecho de licencia). La pregunta que se analiza en la sección III se refiere a si, además, la acción de enriquecimiento puede ser planteada por el acreedor, alternativamente a la indemnización de perjuicio, contra el deudor incumplidor que se ha beneficiado de su incumplimiento.

En circunstancias que el alcance típico de la condición por intromisión tiene una extensión que se superpone con las acciones que el derecho civil reconoce en protección de derechos de propiedad (entendidos en sentido amplio)¹⁹, su procedencia es independiente de las razones por las cuales se lleva a cabo la intromisión.

A diferencia de la reivindicación, que como acción real se dirige contra la cosa, la acción restitutoria de los beneficios obtenidos por intromisión es personal y se dirige contra quien haya hecho uso, goce o disposición sin autorización contractual del bien que es objeto de un derecho exclusividad. Pero una y otra presentan la analogía de que tienen por antecedente que un tercero actúe sobre un bien ajeno afectando el derecho de exclusividad de su titular²⁰. La acción restitutoria de enriquecimiento por intromisión es muy principalmente una forma de proteger derechos de propiedad, entendidos en sentido analógico, mediante obligaciones restitutorias de beneficios injustamente obtenidos²¹.

¹⁸ G. Calabresi y A. D. Melamed, Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral, [nota x], 351.

¹⁹ R. Epstein, Principles of a Free Society. Reconciling Individual Liberty and the Common Good, [nota x], 108, 222.

²⁰ La acción restitutoria de beneficios puede técnicamente cumplir una función sustitutiva de la reivindicación en casos que esta acción ya no esté disponible o sea de difícil ejecución (K. Larenz y C. W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil, T. II, 13ª edición, 1994, 170); la relación entre ambas acciones se muestra en el Código chileno, que otorga la acción reivindicatoria en la forma de una acción restitutoria sobre el precio, contra el que enajenó la cosa, siempre que por haber la enajenado se haya hecho imposible o difícil la persecución (artículo 898) y por el valor de la cosa en contra del poseedor de mala fe que haya dejado de poseer (artículo 900).

²¹ P. Birks, Definition and Division: A Meditation on *Institutes* 3.13, [nota x], 10.

II. Supuestos de la restitución por enriquecimiento injustificado y de la responsabilidad por daños

6. *Diferencias entre los supuestos de enriquecimiento por intromisión y de responsabilidad en sentido estricto.* La pregunta que ocupa a esta ponencia es si el incumplimiento del contrato y el ilícito extracontractual pueden dar lugar a acciones restitutorias de los beneficios que se siguen para quien ha incurrido en ellos. Atendidas las exigencias menores que tienen las acciones restitutorias respecto de las indemnizatorias, la intuición lleva a contestar la pregunta de manera erróneamente positiva.

Ante todo, lo comúnmente determinante en las acciones de enriquecimiento ha pasado a ser el mero beneficio del deudor y no el desplazamiento patrimonial, esto es, el empobrecimiento correlativo del acreedor (como suele ocurrir en las condiciones que tienen por antecedente una prestación)²². La lógica de la acción por enriquecimiento es la justicia restitutoria y no la correctiva, precisamente porque el empobrecimiento patrimonial no es (necesariamente) un requisito de procedencia²³. Aceptado este punto, la medida de la restitución es la ganancia injustificada y no el perjuicio, de modo que éste carece de relevancia en la determinación del *quantum indemnizatorio*²⁴.

En segundo lugar, el enriquecimiento no supone un juicio de antijuridicidad. En verdad, la naturaleza *cuasi ex contractu* de las acciones restitutorias de enriquecimiento injustificado deriva de dos factores negativos: su función no es indemnizatoria, ni su antecedente es un hecho ilícito (Código chileno, artículos 1437 y 2284). Como en el caso de la obligación que nace del contrato, la obligación restitutoria es primaria, esto es, no deriva del incumplimiento de una

²² *Münchener Kommentar*, 2ª edición, Tomo 5, München: Beck, 1986 (*M. Lieb*), § 812 15, 305; *K. Larenz y C. W. Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, T. II [nota x], 127; con especial referencia a las particularidades del enriquecimiento en el caso de intromisión en derechos de la personalidad, *A. Büchler*, *Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zu Dialektik von Ich und Mein*, en *Archiv für civilistische Praxis* 206 (2006), 300 (332); *X. Basozabal*, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, [nota 1], 100; por el contrario en el derecho francés la exigencia de que el enriquecimiento corresponda a un empobrecimiento correlativo ha sido un requisito para limitar la procedencia de la acción (*F. Terré, Ph. Simpler e Y. Lequette*, *Droit civil. Les obligations*, [nota x], 1002).

²³ *J. Coleman*, *Risks and Wrongs*, [nota x], 371; *J. Gordley*, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, en *D. Owen* editor, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon, 130 (138).

²⁴ Lo inverso ocurre en la construcción francesa, en que la medida de restitución es el valor menor entre el beneficio y el empobrecimiento (*Dalloz*, *Megacode Civil*, 2003, artículo 1371, 123).

obligación, ni de un deber general de conducta²⁵. Por eso, aún la intromisión inocente da lugar a acción restitutoria²⁶.

En tercer lugar, la acción de intromisión se refiere a las cosas, materiales o inmateriales, sobre las cuales tenemos derechos de exclusividad y sólo muy excepcionalmente a los servicios que prestamos a terceros. La propiedad se tiene sobre cosas que están fuera de nosotros y que nos pueden ser tomadas y restituidas. Por el contrario, los servicios no son restituibles en especie: si hago algo que beneficia a un tercero, en principio éste nada me debe. Sólo excepcionalmente le puedo exigir restitución o reparación, cuando ha creado la confianza de que me remunerará. Pero no se puede exigir al beneficiario que acepte o valore el servicio que se le presta sin su consentimiento. Por eso, no siempre que alguien obtiene un beneficio sin contrato hay enriquecimiento relevante a efectos restitutorios²⁷.

7. *Concurrencia de acciones de enriquecimiento por intromisión e indemnizatorias.* En atención a sus diferentes supuestos, las hipótesis de enriquecimiento que dan lugar a acciones restitutorias de beneficios son independientes del incumplimiento de un contrato y de los ilícitos extracontractuales; también se diferencian de las acciones indemnizatorias provenientes de esos ilícitos en que su medida es el beneficio y no el daño.

²⁵ P. Birks, Definition and Division: A Meditation on *Institutes* 3.13, [nota x], 25. Los primeros fallos que reconocieron una acción por enriquecimiento por intromisión en el derecho alemán pusieron énfasis en la ilicitud de la conducta del deudor, como fue el caso de un industrial que tenía contratada una conexión ferroviaria con su establecimiento y que instaló un segundo terminal en la misma línea; el *Reichsgericht* estimó que la conducta antijurídica, no autorizada y codiciosa del demandado daba lugar a la pretensión restitutoria del actor (RG 20.12.1919. RGZ 97, 312); la doctrina y jurisprudencia alemanas, influidas por el desarrollo dogmático de W. Wilburg, han preferido abandonar la exigencia de antijuridicidad para el enriquecimiento por intromisión (o la han desfigurado), haciendo suficiente la perturbación (*Beeinträchtigung*) patrimonial de los intereses del acreedor (*Münchener Kommentar*, 2ª edición, Tomo 5, [nota x], (M. Lieb), § 812, 207; D. Medicus, Schuldrecht II, [nota x], 338); la idea ya aparece en los autores de la tardía escolástica española y fue recepcionada por medio de H. Grocio, quien reproduce un ejemplo típico de intromisión, como es alimentarse con comida ajena (R. Feenstra, Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Hinsicht, [nota X], 303).

²⁶ Sobre la intencionalidad como fuente de obligaciones restitutoria y como agravante, infra párrafo 20.

²⁷ J. E. Penner, Basic Obligations, [nota x], 192; esta diferencia explica que el reconocimiento de una acción restitutoria por intromisión sólo se refiera a derechos de goce exclusivo de una cosa material o moral; la cuestión es discutible en el derecho inglés (positivamente afirmando la indiferencia, A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, London i.a: Butterworth, 1994, 287); el enfoque opuesto había sostenido, como uno de los fundamentos críticos de la doctrina del contrato como promesa, P. Atiyah, Contracts, Promises, and the Law of Obligations, en Essays on Contracts, Oxford: Clarendon, 1986, 10, (21).

Sin embargo, nada obsta para que un mismo hecho de lugar a acciones restitutorias e indemnizatorias. El supuesto de esta hipótesis de concurso es que el hecho de lugar a daño patrimonial a una persona (reparación indemnizatoria) y a enriquecimiento correlativo de otra (restitución de beneficios); es el caso de la nulidad que se produce a consecuencias de la conducta dolosa de una de las partes, que da lugar, por un lado, a reivindicación y a obligaciones restitutorias entre las partes (Código chileno, artículos 1689 y 904 ss.) y, por otro, a la responsabilidad por daños que tiene por antecedente una declaración contractual falsa.

En consecuencia, atendidos sus diferentes supuestos, el enriquecimiento injusto puede concurrir con hipótesis de responsabilidad por daños que se siguen de un ilícito contractual o extracontractual y, como se verá, puede resultar ventajoso el remedio restitutorio respecto del indemnizatorio. Sin embargo, de ello no necesariamente se sigue (i) que exista efectivamente un cúmulo alternativo de pretensiones (limitación que, como se verá, se plantea especialmente en materia contractual) y (ii) que en ciertas hipótesis sólo haya lugar a la restitución si el demandado ha cometido ilícito (cuestión que se plantea especialmente en sede extracontractual).

En las próximas secciones se tratarán sucesivamente la hipótesis de superposición de enriquecimiento injustificado que da lugar a obligaciones restitutorias con supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual.

III. Enriquecimiento a consecuencias de un incumplimiento contractual

8. *Dificultades conceptuales para conciliar los remedios contractuales y de restitución de beneficios.* El contrato y el enriquecimiento injustificado son fuentes de obligaciones que responden a criterios normativos muy diferentes. La relación entre contrato y enriquecimiento es más bien excluyente, porque el contrato válido es causa justificante del enriquecimiento. La doctrina moderna entiende al contrato como un instrumento de distribución jurídica de riesgos²⁸, creando de este modo los incentivos económicos conexos a hacerse cargo de los resultados²⁹. De este modo, las ganancias que haga una parte en razón de un contrato ventajoso son legítimas, aunque tengan por contrapartida pérdidas para la contraparte. Por lo mismo, la parte económicamente empobrecida en razón de un contrato que le ha resultado desventajoso

²⁸ El sistema de remedios contractuales como un sistema de distribución de riesgos recorre desde temprano la obra de A. M. Morales, La modernización del derecho de obligaciones, Madrid: Civitas, 2006, 324 (337).

²⁹ Una reseña en H. Unberath, Die Vertragsverletzung, [nota x], 130.

carece de fundamento para invocar el enriquecimiento de la contraparte, aunque éste supere lo que se podía esperar al momento de contratar³⁰.

A lo anterior se agrega la dificultad de aplicar en materia contractual la lógica de la propiedad. Según la particular lógica de los derechos personales, el incumplimiento contractual no afecta derechos de propiedad sobre el crédito: que el contrato no se cumpla no significa, en principio, irrupción alguna en el ámbito de exclusividad del acreedor en el goce de su derecho contractual. Sólo excepcionalmente hay contratos que garantizan al acreedor respecto del deudor un espacio de exclusividad, que puede entenderse cubierto por una pretensión restitutoria por efecto de intromisión (infra párrafo x).

9. *Remedios restitutorios en el derecho de contratos.* El derecho de contratos reconoce desde antiguo remedios restitutorios contractuales respecto de prestaciones efectuadas a la contraparte y que han dado lugar a enriquecimiento injusto a consecuencias de rescisión, resolución, retracto o terminación del contrato que las justificaba. Las obligaciones restitutorias son en todos estos casos efectos derivados de los remedios principales de la resolución, la nulidad o los demás que acarrear obligaciones restitutorias.

En todos estos casos, estas pretensiones restitutorias son independientes de las indemnizatorias, tanto en lo referente a las condiciones de procedencia como al objetivo protector del remedio. En el primer sentido, los requisitos de la acción indemnizatoria suelen ser más exigentes que las de los remedios que dan lugar a restitución. En el segundo, la medida de la obligación restitutoria es la prestación efectuada por el acreedor, mientras en la indemnizatoria es el daño sufrido por el acreedor. La única superposición está dada por la circunstancia de que la restitución puede ser tenida por el piso de la indemnización, en otras palabras, si el derecho define un piso mínimo al quantum indemnizatorio que no pueda ser inferior al valor de la prestación efectuada por el acreedor de la reparación³¹.

En estos casos, la extinción o modificación de la relación contractual por rescisión, resolución u otra razón da lugar a acciones restitutorias que tienen por antecedente el enriquecimiento injusto de la contraparte porque la prestación efectuada ha perdido su justificación contractual. En principio, al acreedor le será más interesante demandar perjuicios, salvo que la cosa dada en pago valga más ahora que en el momento del contrato (caso en el cual el deudor tendrá un

³⁰ Corte Casación francesa (Comercial), 18.1.1994 (*Dalloz*, Megacode Civil, 2003, artículo 1371, 4).

³¹ El Código chileno establece que perdida la cosa que se debe se entiende que ha sido por hecho imputable al deudor y en tal caso éste está obligado a pagar el precio de la cosa y la indemnización (artículo 1672); la norma asume que el cálculo de la indemnización a que da lugar el incumplimiento de un contrato tiene por piso el valor en dinero de la cosa debida. La regla no hace referencia, sin embargo, a una restitución de lo dado por el acreedor, sino al valor que la cosa tenga al momento de su avalúo, de modo que su función es favorecer la valoración del perjuicio, manteniendo su naturaleza indemnizatoria.

incentivo natural a cumplir con su obligación)³². A su vez, reclamar a título de resolución la restitución de lo dado, entregado o hecho al deudor suele ser una opción razonable para el acreedor que no tiene que someterse a las exigencias probatorias, ni a los requisitos de imputabilidad, previsibilidad y causalidad del daño (especialmente respecto del lucro cesante). Si han cambiado los precios de mercado, incluso puede ocurrir que al acreedor resulte más conveniente perseguir la restitución de lo pagado que obtener una indemnización. Cualquiera sea la situación, lo característico es que ningún ilícito de incumplimiento imputable al deudor es necesario como requisito de la pretensión restitutoria³³.

La neutralidad axiológica de las obligaciones restitutorias muestra en el caso de la resolución por incumplimiento, en que incluso el deudor incumplidor tiene pretensiones que persiguen evitar el enriquecimiento sin causa del acreedor. Mientras en materia indemnizatoria, el deudor incumplidor sólo puede esperar medidas de mitigación que de buena fe resulten exigibles respecto del acreedor para disminuir los perjuicios, en materia restitutoria ocurre que la parte que haya incumplido su obligación, y que con ello haya dado lugar a la resolución, tenga una pretensión restitutoria por lo que haya dado en razón del contrato. Así, por ejemplo, si el deudor ha realizado parte importante de su encargo antes de caer en incumplimientos que dan lugar a la resolución del contrato de servicios, tiene derecho a que quien ha declarado o solicitado la resolución le restituya el valor de lo que hasta entonces haya prestado en su beneficio.

10. *Relevancia indemnizatoria de los beneficios del acreedor a consecuencias del incumplimiento.* A su vez, también los beneficios que se sigan para el acreedor a causa del incumplimiento pueden ser relevantes en el cálculo de los perjuicios que se siguen de ese mismo incumplimiento. En este caso, la compensación de esas ventajas o beneficios responde a la lógica de la reparación del daño efectivamente sufrido, lo que exige la *compensatio lucri et damni*, bajo la condición de que esos beneficios que se sigan para el acreedor sean consecuencias objetivamente atribuibles al hecho del incumplimiento³⁴. Sin embargo, en este caso, los beneficios sólo son relevantes a efectos de calcular el daño efectivamente sufrido por el acreedor a consecuencias del incumplimiento. Por eso, su consideración responde a una lógica indemnizatoria.

³² A.E. Farnsworth, *Contracts*, New York: Aspen, 4ª edición, 2004, 821.

³³ M. A. Morales, *La modernización del derecho de obligaciones*, [nota x], 44.

³⁴ En verdad, la compensación de beneficios que se siguen para el acreedor a consecuencias del incumplimiento plantea dificultades análogas, pero más serias, que en materia extracontractual (E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, [nota x], 901); un desarrollo dogmático muy completo de la compensación de beneficios del acreedor en materia contractual en MünchKommB, *Tomo 2*, 5ª edición, 2007, (H. Oetker) § 249, 222. La jurisprudencia norteamericana parece haber cambiado de giro, en este mismo sentido (A. Farnsworth, *Contracts*, [nota x], 556).

11. *Interés del acreedor de accionar contra los beneficios obtenidos por el deudor incumplidor.* Una pregunta distinta es si al acreedor contractual se le deben reconocer acciones para lograr que el deudor le desembolse las ganancias provenientes de su incumplimiento. A diferencia de las restituciones que analógicamente responden a la idea de obligaciones *cuasi ex contractu*, en este caso el enriquecimiento alegado no tiene por antecedente la restitución de lo prestado en razón de un contrato que ha devenido ineficaz, ni es invocada por el deudor en compensación del daño efectivo sufrido por el acreedor, sino se dirige contra los beneficios que el deudor haya obtenido a consecuencias de su incumplimiento contractual.

Puede ocurrir que el acreedor prefiera la mera restitución por razones muy diversas. Ante todo, el daño que se sigue del incumplimiento puede ser inferior al beneficio obtenido por el acreedor; la situación es especialmente seria si del incumplimiento no se sigue daño o los perjuicios son puramente nominales, mientras el deudor ha obtenido un importante beneficio a la siga del incumplimiento de su obligación.

Además, en circunstancias que la reparación indemnizatoria puede estar amenazada por riesgos probatorios (especialmente respecto del lucro cesante), el acreedor puede enfrentarse a una posición estratégica de desventaja en el juicio de responsabilidad contractual, aunque el daño efectivamente se haya producido. De hecho, el cálculo del lucro cesante puede hacerse reflejamente, a partir del enriquecimiento que significa para el deudor no haber negociado con el acreedor una liberación de su obligación. Pero este fin se puede lograr de manera más directa si el acreedor tiene disponible una acción para actuar directamente contra el enriquecimiento del deudor.

También puede ocurrir que el deudor alegue una causal convencional o legal de exoneración de responsabilidad, en cuyo caso el acreedor carece de remedio indemnizatorio, a pesar de que el incumplimiento haya reportado beneficio al deudor.

En suma, el deudor puede preferir la restitución de los beneficios obtenidos por el acreedor a consecuencias de su incumplimiento contractual. La intuición, dirigida por la idea de enriquecimiento injustificado, lleva a preguntarse por las razones para que el deudor pueda verse privado de esa acción, en circunstancias que las acciones restitutorias no requieren un juicio de ilicitud (como es el incumplimiento contractual que es condición necesaria del enriquecimiento).

Las limitaciones del razonamiento excesivamente abstracto en materia de enriquecimiento injustificado se muestran cuando se pone a prueba interna y externa esta inferencia. La cuestión ha adquirido cierta importancia en la discusión acerca de los remedios para el incumplimiento contractual en el derecho del *common law*, como se reseñará; en el derecho alemán, la respuesta está determinada por el contenido atributivo del derecho personal respectivo, que determina la procedencia de la acción de enriquecimiento por intromisión; de acuerdo a la doctrina unitaria del enriquecimiento injusto construida por los tribunales franceses se debe

entender que queda excluida la aplicación del remedio restitutorio de beneficios a los incumplimientos contractuales, en razón del criterio restrictivo de subsidiariedad, pues ante el incumplimiento contractual el acreedor ya está protegido por las pretensiones de ejecución en naturaleza y de reparación de los daños.

12. *Escepticismo doctrinario a los remedios restitutorios de beneficios en materia contractual.* La doctrina es más bien escéptica respecto de la admisibilidad de los remedios restitutorios de ganancias que se siguen del incumplimiento de un contrato. Ante todo, hay razones de justicia contractual en sentido estricto: el contrato establece una relación entre las partes en cuya virtud el deudor tiene una obligación de cumplir lo prometido, de modo que el ilícito contractual en sentido amplio consiste en no haber satisfecho el interés que el contrato protege al acreedor. La tarea del derecho es corregir el injusto que se sigue del incumplimiento atendiendo precisamente a ese interés que tiene el acreedor³⁵, para lo cual son apropiados los remedios de ejecución en naturaleza, resolución, indemnización y los otros desarrollados por el derecho de contratos. A diferencia de lo que ocurre con el acreedor, las vicisitudes patrimoniales del deudor a consecuencias de su conducta se ubican fuera del ámbito contractual. Por eso, la restitución de ganancias que el acreedor haya obtenido a consecuencias de su incumplimiento carecerá normalmente de relevancia en el ámbito contractual³⁶. Al carecer de fundamento de justicia contractual, el remedio deviene en un instrumento punitivo, cuya función es prevenir el incumplimiento, adoleciendo así del mismo defecto instrumentalista que afecta a la doctrina del incumplimiento eficiente.

Por otra parte, aunque se rechace el argumento económico que procura un ordenamiento del sistema de remedios que haga posible el incumplimiento eficiente, conviene atender a que la acción restitutoria de beneficios opera como incentivo en la dirección precisamente inversa a esa doctrina económica de los remedios contractuales. De acuerdo con esta doctrina, el derecho debiere negar la acción de cumplimiento forzado de la obligación porque ello permitiría una mejor asignación de valor entre el deudor y el acreedor: el acreedor ve satisfecho el beneficio que el contrato le protege mediante una indemnización comprensiva tanto de su interés negativo, por los gastos y demás desembolsos que haya debido realizar, como de su interés positivo, representado por la ganancia esperada; el deudor que incumple, por su parte, aun pagando la indemnización puede obtener un beneficio mayor que el representado por la prestación del acreedor. Desde un punto de vista económico, una acción restitutoria de los beneficios es un incentivo formidable a la observancia del contrato, en oposición a la idea de incumplimiento eficiente, en cuya virtud el acreedor puede apropiarse de los beneficios

³⁵ *Ernst Weinrib*, Juridical Classifications of Obligations, en *Peter Birks* ed., *The Classification of Obligations*, Oxford: Clarendon, 1997, 37 (50).

³⁶ Un desarrollo de esta idea en *Hannes Unberath*, *Die Vertragsverletzung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, 290, con referencia a *Ernst Weinrib*, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, en *Chicago-Kent Law Review*, 2003, 55 (73).

marginales que se siguen de su incumplimiento, una vez pagados los perjuicios que logre probar el deudor³⁷.

A las dificultades conceptuales y de justificación referidas se agregan problemas prácticos de causalidad. Según los principios generales de imputación objetiva de las consecuencias a un hecho determinado, el beneficio sólo puede dar lugar a una obligación restitutoria en la medida que sea consecuencia necesaria del incumplimiento y, además, le pueda ser normativamente atribuido. Lo cierto, sin embargo, es que el beneficio está usualmente dado por circunstancias muy diversas, incluyendo a propia habilidad del deudor. Por eso, surge el problema probatorio del beneficio y de su relación con el incumplimiento. Aunque se aceptara que la regla de distribución debiere ser una prorrata entre el beneficio atribuible al incumplimiento y el que lo es a otras causas, los problemas probatorios tienden a ser mucho más agudos que respecto del daño del acreedor³⁸.

Si se invierte el énfasis, y se atiende al derecho del acreedor, en vez del ilícito contractual, resulta irrelevante el enriquecimiento que haya obtenido el deudor a consecuencias de su propio incumplimiento, porque ello no afecta el interés económico que el contrato reconoce al acreedor³⁹. Sólo en los casos en que este interés económico exclusivo que el contrato garantiza es afectado por el incumplimiento, como ocurre, por ejemplo, si se infringe una cláusula válida de no competencia, obteniéndose un beneficio que el contrato aseguraba privativamente al acreedor⁴⁰. Pero en este caso, de ser aceptada la acción de enriquecimiento, la función de la obligación del deudor de no es restitutoria ni indemnizatoria, sino simplemente punitiva.

En consecuencia, existen buenas razones dogmáticas, de justicia contractual y económicas para mirar con escepticismo una acción que tenga por objeto obligar al acreedor a desembolsar las ganancias que se siguen de su ilícito contractual. Sin embargo, tanto en el *common law* como en

³⁷ La hipótesis de incumplimiento eficiente opera en sistemas jurídicos que son reticentes a conceder la acción de ejecución en naturaleza (como es la regla en el derecho anglosajón). En sistemas jurídicos donde la ejecución forzada de la obligación es una acción generalmente reconocida al acreedor, la hipótesis de incumplimiento eficiente está relativizada desde el punto de vista axiológico y funcional, porque su supuesto técnico-jurídico es precisamente que el deudor pueda liberarse de su obligación contractual indemnizando al acreedor. Por lo mismo, en estos ordenamientos hay una razón adicional de carácter sistemático para desechar que el incumplimiento contractual autorice al deudor una acción de restitución de beneficios obtenidos del incumplimiento. El remedio sólo pasa a ser un instrumento preventivo esencial del incumplimiento si la ejecución en naturaleza resulta imposible o carece de utilidad práctica para el acreedor.

³⁸ A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 288.

³⁹ J. Edelman, Gain-Based Damages and Compensation, en A. Burrows y Lord R. of Earslsferry editores, Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks, [nota x], 153.

⁴⁰ T. Krebs, The Fallacy of 'Restitution for Wrongs' [nota x], 398.

el derecho alemán, esto es, en los dos sistemas jurídicos que se han tomado como referencia comparada en esta ponencia, ese derecho es reconocido en ciertas situaciones

13. *Restituciones de beneficios derivados del incumplimiento en el derecho anglosajón*. En el derecho inglés, las obras sobre restituciones suelen tener un capítulo referido a las acciones reparatorias que provienen de ilícitos (*wrongs*), entre los que se encuentra el incumplimiento contractual. El inobjetable principio vigente es que no hay acción reparatoria dirigida a las ganancias del deudor⁴¹. El reconocimiento de acciones de restitución de beneficios que resultan del incumplimiento contractual es por completo excepcional y más bien reciente en las jurisdicciones del *common law* (además de bastante caótica). La doctrina y la jurisprudencia entienden, por lo general, que se trata de un remedio inapropiado para los incumplimientos contractuales. En consecuencia, las alternativas doctrinarias son el rechazo a todo evento del remedio⁴², o bien intentar una descripción de las situaciones típicas y excepcionales en que procede, que es el camino muy generalmente seguido por la doctrina.

Las excepciones al principio de que no hay lugar a restitución de beneficios que se sigan del incumplimiento contractual parecen haberse depurado y diferenciado con el tiempo, pero aún son objeto de intensa discusión en la doctrina británica⁴³. Suelen distinguirse tres grupos de

⁴¹ A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, [nota x], 308., con referencia a un antiguo caso escocés, *Teacher v Calder*, en que la corte negó lugar al acreedor a su pretensión de restitución de beneficios, y sólo dio lugar a la indemnización de los propios perjuicios, en juicio seguido contra un financista que infringió una obligación contractual de invertir en £ 15.000 en el negocio forestal del acreedor y lo hizo, en cambio, en un negocio más rentable de destilerías ([1899] 1 F 39); también se ha fallado que si el incumplimiento ha significado que el deudor ahorre los costos de ejecución, porque lo relevante son los perjuicios del acreedor, que en el caso eran puramente nominales (*Tito v Waddell*, [1977] Ch 106, 332, citado por A. Burrows, *op. cit.* 309).

⁴² D. Harris, D. Campbell y R. Halson, *Remedies in Contract & Tort*, 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2005,

⁴³ P. Birks fue hasta su muerte temprana el gran impulsor de la idea de que era necesario dar nueva forma al derecho sobre restituciones, invirtiendo el enfoque desde el remedio reparatorio hacia el fundamento en el enriquecimiento sin causa (*The Classification of Obligations*, [nota x]). P. Birks (*An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford: Clarendon, 1ª edición, 1985, 334; *Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press, 2ª edición, 2005), A. Burrows (*Remedies for Torts and Breach of Contract*, [nota x], 307), así como la mayoría de la doctrina referida por ellos, han sostenido el principio de que el incumplimiento contractual no da lugar a acciones reparatorias de beneficios, de modo que la tarea es más bien descubrir las razones por las que excepcionalmente procedería. La materia es objeto de amplia discusión en una obra colectiva editada en memoria de P. Birks, donde parte importante de la discusión se refiere precisamente a las obligaciones reparatorias provenientes de ilícitos (*wrongs*) extracontractuales o del incumplimiento contractual (trabajos de R. Stevens, G. Virgo, J. Edelman, G. McMeel, T. Krebs en A. Burrows y Lord R. of Eversham editores, *Mapping the Law. Essays in Memory of*

casos: los incumplimientos cínicos o inescrupulosos; los casos en que los jueces niegan lugar a la acción de ejecución en naturaleza, en ejercicio de su potestad valorativa de acuerdo con la *equity*, de modo que la acción sobre los beneficios es reconocida en el lugar de esa ejecución en naturaleza; y, en tercer lugar, en algunos casos en que el acreedor sufre perjuicios puramente nominales y se estima de equidad darle una satisfacción con cargo a los beneficios que el acreedor ha obtenido de su incumplimiento⁴⁴.

(a) Suele citarse el caso norteamericano *City of New Orleans v Fireman's Charitable Association* como expresivo del principio de que el incumplimiento de contrato no da lugar a restitución, en el cual los demandados, que estaban obligados por contrato a mantener una cierta capacidad de combate del fuego, no cumplieron con su obligación a lo largo de la vigencia del contrato; sin embargo, durante ese tiempo no se materializó el riesgo de incendios graves, de modo que la provisión del servicio bajo el estándar convenido no se tradujo en daño para el acreedor. Se falló que el acreedor sólo tenía en este caso una acción de perjuicios, en el evento que éstos llegaran a producirse, pero que carecía de acción para que le fueran restituidos los beneficios equivalentes a los costos ahorrados⁴⁵.

(b) En *Wrotham Estate Homes Ltd. v Parkside Homes Ltd.*, una empresa inmobiliaria construyó casas incumpliendo una promesa contractual que la obligaba a realizar las edificaciones de acuerdo a ciertas reglas establecidas en el contrato; la Corte no dio lugar a la ejecución en naturaleza (que suponía destruir lo construido), y que bajo el derecho de la *equity* es facultativo para el tribunal; en cambio, otorgó al acreedor, que no había sufrido daños acreditables, el derecho a ser indemnizado en una suma que se tuvo por equivalente a lo que habría debido

Peter Birks, [nota xl]). Una posición radicalmente adversa a la acción restitutoria de beneficios en materia contractual en *D. Harris, D. Campbell y R. Halson*, [nota xl], capítulo 17 (por *D. Campbell*).

⁴⁴ *D. Harris, D. Campbell y R. Halson*, Remedies in Contract & Tort, [nota xl], 255. A estos casos suelen agregarse los incumplimientos a obligaciones fiduciarias (*J. Edelman*, Gain Damages and Compensation, [nota xl], 149).

⁴⁵ 9 So. 486 (1891), citado por *P. Birks*, An Introduction to the Law of Restitution, [nota xx], 334; *A. Burrows*, Remedies for Torts and Breach of Contract, también hace referencia a un antiguo caso escocés, *Teacher v Calder*, en que la corte negó lugar al acreedor a la pretensión de restitución de beneficios, y sólo dio lugar a la indemnización de los propios perjuicios, en juicio seguido contra un financista que infringió una obligación contractual de invertir en £ 15.000 en el negocio forestal del acreedor y lo hizo, en cambio, en un negocio más rentable de destilerías ([1899] 1 F 39); del mismo modo se ha fallado si el incumplimiento ha significado que el deudor ahorre los costos de ejecución, porque lo relevante son los perjuicios del acreedor representados por el valor de su derecho y no por las ganancias del deudor (*Tito v Waddell*, [1977] Ch 106, 332, citado por *A. Burrows*, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota xx], 309 y referido por *J. Edelman*, Gain-Based Damages and Compensation, [nota xl], 153, como ejemplo de que el valor del derecho infringido suele ser en estos casos la correcta medida de reparación).

pagar el deudor para ser relevado de la restricción contractual⁴⁶. El elemento distintivo de este caso se refiere a una *restitución de beneficios que fue reconocida luego de rechazarse la acción en naturaleza* y en circunstancias que los daños efectivamente sufridos por el acreedor eran patrimonialmente nominales. Ante la posibilidad de que el deudor quedara impune, la corte decretó una medida compensatoria que se mide por el valor de mercado que habría tenido la autorización. De hecho, la corte reconoció los perjuicios sufridos (*damages*) y los valoró de una manera que es más cercana a la idea de lucro cesante que a la restitución de beneficios, pues no supone un desembolso de ganado por el deudor, sino una suma que se tiene por equivalente al valor del derecho contractual del acreedor.

Es interesante que el fundamento de la obligación restitutoria podría ser construido como un caso de intromisión en el contenido atributivo de un derecho personal: sólo el acreedor podía autorizar una modificación de la ordenación urbanística convenida y fue perturbado en ese derecho personal de exclusividad, obteniendo el deudor provecho de esa intromisión. A pesar de que limita con el lucro cesante, en atención a la base de cálculo, la obligación es tenida por los juristas ingleses por estrictamente restitutoria, porque se dirige contra el beneficio injustificado que el deudor obtiene de la intromisión; a pesar de el derecho del acreedor cuyo goce es intervenido por el incumplimiento es personal, su contenido atributivo se tiene por colindante con la propiedad⁴⁷.

(c) En *Attorney General v. Blake* se ordena la restitución de beneficios que el deudor obtiene por un incumplimiento cínico y doloso. La situación es muy extrema, pero permite delinear un criterio normativo fundado en lo injusto que resulta que el deudor obtenga utilidad a consecuencias de una conducta contractual particularmente impropia. Durante más de 15 años, el señor Blake trabajó para los servicios británicos de seguridad. Su contrato le impedía divulgar la información que recogiera en ejercicio de sus tareas. Luego de ser apresado por espionaje en 1961, escapó de la cárcel y se asentó en el país en cuyo favor había actuado como espía. En

⁴⁶ 1 WLR 798 (1974), citado por D. Harris, D. Campbell y R. Halson, Remedies in Contract & Tort, 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, 255.

⁴⁷ A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota xx], 313. En el derecho chileno existe un régimen de remedios especial para el incumplimiento de las obligaciones de no hacer: si lo hecho puede deshacerse, la obligación deviene en una obligación de hacer; sin embargo, ésta está sujeta a dos limitaciones: deshacer lo hecho debe ser necesario para los fines que se tuvieron en vista al momento de contratar y el deudor puede ser oído a prestar ese objeto por otros medios (Código chileno, artículo 1555). El valor de la prohibición es por cierto un método para lograr una reparación sustitutoria de la ejecución en naturaleza. Esa suma que podría haberse convenido para obtener la autorización tiene en este caso un carácter típicamente indemnizatorio, aunque el resultado es similar al que siguieron los jueces en *Wrotham Estate Homes Ltd. v Parkside Homes Ltd.* Cabe preguntarse en qué medida la calificación como restitución o reparación indemnizatoria en estos casos límites no está más determinada por tradiciones que por cuestiones conceptuales o funcionales.

1989 convino la publicación de sus memorias con una empresa editorial inglesa y se acordó un anticipo de £ 150.000. El procurador general no pretendió impedir la publicación (lo que probablemente no habría logrado de la corte), sino exitosamente prevenir que el señor Blake recibiera el saldo aun impago del anticipo⁴⁸.

La doctrina ha entendido este caso como excepcional por dos razones: porque envuelve un incumplimiento cínico y doloso de un contrato y porque hay un legítimo interés en prevenir que el deudor se aproveche de su propio ilícito. En otras palabras, los elementos determinantes del éxito de la acción restitutoria de beneficios que se siguen del incumplimiento contractual son el dolo manifiesto del deudor y una particular justificación en concreto del remedio restitutorio, lo que le confiere un carácter intimidante y excepcional⁴⁹. Se volverá sobre el dolo como fundamento y agravante de obligaciones restitutorias al tratar de las acciones restitutorias de beneficios obtenidos a consecuencias de ilícitos extracontractuales.

En verdad, las alternativas en la discusión doctrinaria son dos: que nunca sea reconocido un derecho del acreedor una acción de enriquecimiento por los beneficios capturados por el deudor en razón de su propio incumplimiento, o bien, que por razones especiales excepcionalmente y en ciertos grupos de casos, se reconozca ese remedio⁵⁰. Enseguida, tomando como referencia algunos aspectos centrales del derecho anglosajón, se hará referencia a las hipótesis de enriquecimiento por intromisión del deudor en el derecho contractual del acreedor y de incumplimientos particularmente deshonestos o cínicos.

14. *¿Irrupción mediante el incumplimiento en el contenido atributivo del derecho del acreedor?* En los casos de intromisión en un derecho contractual ajeno es más probable que se produzca un efecto de enriquecimiento del deudor sin que el acreedor sufra un daño relevante (o al menos equivalente) que de lugar a indemnización. La pregunta crítica se refiere a si una relación contractual puede garantizar un ámbito de exclusividad del acreedor cuyo aprovechamiento por el deudor pueda dar lugar a restitución. Por cierto que esa exclusividad estaría limitada por el derecho personal que el contrato le confiere, de modo que tiene un alcance relativo al deudor⁵¹.

⁴⁸ 1 AC 268 [2001], citado por D. Harris, D. Campbell y R. Halson, op. cit. [nota x], 256.

⁴⁹ J. Edelman, Gain-Based Damages and Compensation, [nota x], 141 (149).

⁵⁰ En el derecho norteamericano, por regla general, no se sigue este principio, pero con una importante limitación: si bien los tribunales aceptan que el principio de que nadie puede lucrar de su propio ilícito se extiende a materia contractual (por el solo hecho del incumplimiento), la restitución sólo se limita a los beneficios que se entiende que fluyen (*flow*) desde el acreedor y no se extiende a todos los beneficios que el acreedor haya podido percibir; el resultado de este conjunto de reglas es que hay hipótesis en que un incumplimiento eficiente resulta posible (A. Farnsworth, Contracts, [nota x], 824)

⁵¹ Conviene aclarar que las situaciones a las que aquí se hace referencia son diferentes a las que plantean intromisiones de un tercero en el derecho de goce de un arrendatario; en este caso, la pregunta es si el

Los casos más claros son aquéllos en que el derecho contractual tiene un contenido atributivo que sólo se satisface si el deudor no interviene mediante intrusión. Por eso, es típica de obligaciones de no hacer. En las prohibiciones convencionales de competencia, por ejemplo, el sentido preciso de la prohibición es garantizar al deudor un ámbito empresarial que excluya al deudor; aunque personal, la relación no se materializa en una conducta positiva sino en una obligación de no hacer, lo que muestra su carácter análogo a la propiedad. Algo semejante ocurre en las prohibiciones de realizar obras materiales, como era el caso en *Wrotham Estate Homes Ltd. v Parkside Homes Ltd.* (supra párrafo x b): al acreedor se le reconocía un derecho de típico contenido propietario, aunque sólo estuviera garantizado por contrato, a autorizar la construcción de una manera diferente a la convenida.

El problema técnico que plantea el reconocimiento de una acción por irrupción en derecho ajeno en estos casos radica en la dificultad para definir el ámbito de atribución exclusiva del derecho del acreedor en relación con su deudor. Los derechos personales son objeto de una especie de propiedad (Código chileno, artículo 583). Sin embargo, la titularidad de un derecho de crédito no debe ser confundida con su satisfacción por el deudor, como se muestra en la diversidad de remedios contractuales. Por lo mismo, ninguna explicación resulta convincente respecto del ‘contenido atributivo’ de un derecho de crédito, en la relación entre acreedor y deudor. De ello se sigue que también son grandes las dificultades para determinar si el incumplimiento de un contrato de lugar a un acto de intromisión. Mientras razones de seguridad en el tráfico hacen necesario que el deudor conozca con alguna certeza su ámbito de riesgo, la acción de enriquecimiento difícilmente puede cumplir esa prueba.

Y aunque fuere técnicamente posible precisar en qué casos el contrato garantiza al acreedor un ámbito de exclusividad respecto de su deudor, luego se plantea la pregunta si es razonable conceder una acción restitutoria en estos casos. A falta de disposición en contrario, no es fácil asumir que las partes hayan estado dispuestas a aceptar una regla implícita que obliga al deudor a restituir en ciertos casos el beneficio que se sigue de su incumplimiento. Por eso, parece preferible entregar la materia a la técnica contractual. La idea de predominio del acuerdo de las partes lleva a pensar en que debe quedar radicada en ellas la previsión de los casos en que el incumplimiento contractual no genera daño y sí beneficios al deudor incumplidor. Si el derecho privado quiere mantenerse razonablemente fiel a la idea de que las partes son libres para ordenar su relación contractual, es preferible no crear interferencias entre los remedios

contrato es suficiente antecedente para la acción de enriquecimiento por intromisión. Nada debiere obstar para que se reconociera esta acción personal de enriquecimiento por irrupción en tales casos; lo mismo puede ocurrir en casos muy diversos, como es el del empresario que tiene derechos sobre la obra o la imagen de otra persona (X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, [nota 1], 178).

propia mente contractuales de protección del crédito y las provenientes del enriquecimiento sin causa, que responden a otros órdenes de intereses⁵².

15. *La restitución de beneficios como sanción del dolo del acreedor.* Como se muestra en *Attorney General v. Blake* (supra párrafo 13 c), la conducta particularmente cínica del deudor parece plantear una cuestión más general, referida a los casos en que alguien pretenda aprovecharse de su propio dolo. Con fundamento en el artículo 1186 del Código español, *F. Pantaleón* ha afirmado que si el deudor enajena la cosa debida a un tercero, el acreedor puede optar entre una acción indemnizatoria y una que tenga por objeto el valor del crédito⁵³. En el Código chileno, los artículos 1458 y 2316 otorgan acción contra quien se ha aprovechado del dolo ajeno, hasta por el monto del provecho; aunque esta acción puede ser entendida como un híbrido de pretensión indemnizatoria (en cuanto al objeto) y restitutoria (en cuanto al límite de la obligación del tercero), bien puede ser interpretada extensivamente en el sentido que los beneficios procedentes del dolo deben ser desembolsados por el deudor doloso; al menos con las calificaciones que suele hacer la doctrina inglesa, en orden a que se trate de una conducta deshonesta o cínica (como parece ser la venta a un tercero de la cosa ya vendida al demandante).

Pero aun dentro de estos límites, el remedio de enriquecimiento injustificado para incumplimientos contractuales dolosos debe ser mirado con cautela. Como se ha señalado, la pretensión del acreedor en estos casos es meramente punitiva, porque no se relaciona con su derecho contractual, sino lo transforma en receptor de un desembolso de beneficios injustificados a que es sancionado el deudor en razón de su conducta despreciable. El acreedor carece en tales casos de justificación contractual para recibir ese beneficio: el entuerto es corregido punitivamente, privando al autor de sus beneficios y redistribuyéndolos al acreedor⁵⁴.

16. *Evaluación.* Con todas las reservas de los párrafos anteriores, debe aceptarse que estos caminos discutibles al menos atienden a valores y bienes en juego y son susceptibles de cierta delimitación dogmática. Estas son claras ventajas respecto a respuestas jurisprudenciales carentes de toda forma, como es el reconocimiento de indemnizaciones por daño moral por incumplimiento contractuales en negocios estrictamente patrimoniales, cuando al juez *le parece* que la reparación indemnizatoria es insuficiente o estima que la conducta del deudor debe ser objeto de un especial reproche punitivo. Como es frecuente en el derecho privado, la apertura de caminos bien definidos es preferible a una doctrina rígida y una práctica laxa.

⁵² *G. McMeel*, Unjust Enrichment, Discharge for Breach and the Primacy of Contract, en *A. Burrows y Lord R. of Eversferry* editores, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, [nota], 223 (244).

⁵³ *F. Pantaleón*, El sistema de responsabilidad contractual, en *Anuario de Derecho Civil* 48 (1991), 1019 (1022).

⁵⁴ *D. Harris, D. Campbell y R. Halson*, [nota x], 266.

IV. Enriquecimiento a consecuencias de un ilícito extracontractual

16. *El daño de la víctima y no el beneficio del autor son determinantes en materia de responsabilidad civil.* El supuesto más general de responsabilidad extracontractual está dado por el daño sufrido por negligencia del deudor. Ese hecho es condicionante de las acciones indemnizatorias y de reparación en naturaleza. La responsabilidad extracontractual tiene una lógica bien definida: alguien toma o afecta con su acción culpable un interés ajeno y luego tiene que indemnizar o repararlo en naturaleza. El enriquecimiento del deudor es irrelevante, porque el objeto de la acción sólo está definido desde la posición de la víctima que pretende ser restaurada patrimonialmente al estado anterior al daño.

De hecho, como se ha referido, la negligencia lleva siempre implícita una cierta ganancia. Si alguien conduciendo negligentemente provoca un accidente, la ganancia del autor del daño está dada por lo que ahorró en esfuerzo o cuidado (según el principio de que el beneficio puede consistir en un valor positivo o en el ahorro de un valor negativo). Pero lo determinante es que esa ganancia injusta sólo produce efectos civiles desde el momento del daño. Antes puede haber un ilícito infraccional, incluso penal, pero no es civilmente relevante, porque la ganancia que supone la negligencia no se obtiene a costa de una víctima efectiva (cuya particular situación es haber sufrido un daño que debe ser reparado), sino de todos los candidatos a víctimas de un eventual accidente⁵⁵. El derecho civil reconoce a lo sumo en tales casos acciones públicas preventivas⁵⁶.

El daño de la víctima y el beneficio del responsable se pueden corresponder como positivo y negativo. En tal caso, carece de sentido una acción que se dirija contra los beneficios obtenidos por el autor del daño, porque su interés se cubre con el de la acción indemnizatoria. Pero también puede ocurrir, como en materia contractual, que el beneficio sea superior al daño, en cuyo caso para la víctima puede resultar de mayor interés dirigirse contra los beneficios obtenidos por quien cometió el ilícito.

Ante esta situación, surgen dos cuestiones principales: (α) cómo se resuelve el cúmulo de acciones restitutorias e indemnizatorias, y (β) si hay casos en que la comisión de un ilícito es

⁵⁵ J. Coleman, *Risks and Wrongs*, [nota x], 370.

⁵⁶ Así, el Código chileno otorga una acción popular preventiva 'en todos los casos de daño contingente que imprudencia o negligencia de alguien amenazare a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare a solamente algunas personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción' (artículo 2333). Una acción análoga se ofrece si alguna cosa amenaza caída desde la parte superior de un edificio (artículo 2328).

condición para que haya lugar a una acción de restitución de beneficios. Ambas preguntas serán analizadas someramente en los párrafos siguientes.

17. *Independencia de las hipótesis que den lugar a responsabilidad y a enriquecimiento sin causa.* En el derecho inglés se suele distinguir entre restituciones autónomas y por efecto de ilícito, que puede ser un incumplimiento contractual o un ilícito extracontractual⁵⁷. Influido por esta apreciación, proveniente de un sistema jurídico donde el derecho de restituciones tiene un desarrollo comparativamente muy superior, asumí en mi estudio sistemático de la responsabilidad extracontractual que pueden haber acciones restitutorias que tengan por antecedente genérico el ilícito civil⁵⁸. Lo cierto es que esta ponencia me ha dado la oportunidad de cambiar de opinión.

La lógica de la restitución de beneficios siempre es el enriquecimiento injusto, que frecuentemente tiene estrecha relación con las acciones de propiedad (o con derechos que le son análogos) y no la de la responsabilidad civil que atiende a los daños causados a la víctima y que deben ser reparados por razones de justicia correctiva. A su vez, las obligaciones restitutorias tienen por antecedente común la carencia de base jurídica de la apropiación o beneficio recibido de tercero⁵⁹. Por cierto que las hipótesis de hecho que dan lugar a enriquecimiento injusto pueden concurrir con las de ilícitos extracontractuales, en la medida que el caso satisfaga los supuestos de hecho de ambas acciones. La obligación restitutoria no es desencadenada por el ilícito, sino por un hecho, que con prescindencia del juicio de ilicitud, también da lugar a un enriquecimiento injustificado, según las reglas que rigen las restituciones en aplicación de este principio⁶⁰.

⁵⁷ *P. Birks*, An Introduction to the Law of Restitution, [nota x], 314.

⁵⁸ *E. Barros*, Tratado de responsabilidad extracontractual, [nota x], 929.

⁵⁹ Así lo reconoció ese distinguido jurista que fue *P. Birks* hacia el final de su vida (Unjust Enrichment, [nota x], xii).

⁶⁰ Sobre las diferentes razones de justicia que subyacen a la reparación indemnizatoria y al enriquecimiento injustificado, *E. Weinrib*, Juridical Classifications of Obligations, 46. La superposición de estas categorías puede ser muy sutil, especialmente en casos de estado de necesidad, como se muestra en *Vincent v Lake Erie* (124 NW 221 – Minn. SC, 1910, citado por *Weinrib*, 48): durante una tormenta el barco de la demandada buscó refugio en el muelle de la demandante, con el resultado de que el barco fue salvado, pero el muelle sufrió daños. Atendidas las circunstancias, la demandada no cometió ilícito alguno, de manera que no puede ser perseguida su responsabilidad extracontractual; sin embargo, obtuvo un beneficio por intromisión en la propiedad ajena, como tal, no requiere de juicio de valor acerca de la conducta. La condición para que proceda restitución es la intromisión inocente; pero el beneficio no está dado por el valor del barco, sino se estimó que lo estaba por los perjuicios sufridos por el demandante, lo que muestra que no existe una identidad entre ilícito y daño y entre enriquecimiento y beneficio.

En el enriquecimiento injusto por irrupción se asume que el enriquecido actúa de buena fe, esto es, con error excusable. Las reglas que obligan a la restitución cuasicontractual y posesoria están contruidas protegiendo la confianza del obligado de que se encontraba en su derecho, o en su desconocimiento del hecho. Por otra parte, el reconocimiento de acciones restitutorias por intromisión en derecho ajeno, con independencia del empobrecimiento sufrido por el acreedor, pone de manifiesto el fundamento propietario de estas acciones, que se conceden precisamente para proteger la exclusividad en el goce del derecho del titular⁶¹.

Por eso, la concurrencia de hipótesis de responsabilidad y de enriquecimiento supone que el hecho, además de cumplir con los requisitos de las acciones restitutorias de beneficios, haya sido cometido con negligencia. Pero, por regla general al menos, esta infracción a deberes de cuidado no es constitutiva del enriquecimiento injustificado.

De lo señalado se sigue que puede haber concurrencia alternativa de pretensiones indemnizatorias y restitutorias, pero que cada una se rige por los preceptos respectivos. Hablar en tales casos de una indemnización restitutoria es desde luego una herejía, porque la restitución sólo atiende a los presupuestos propios de acciones de enriquecimiento y su objeto no son los daños del demandante, sino los beneficios obtenidos injustificadamente por el deudor⁶².

Por el contrario, como se ha referido, hay experiencias comparadas en que el ilícito extracontractual es antecedente de la obligación restitutoria⁶³; esta idea es aquí rechazada, con las calificaciones que se harán al final, porque por regla general no hay relación suficiente entre el ilícito y el beneficio que justifique que la víctima actúe sobre esos beneficios. La víctima carece de un interés personal en el enriquecimiento, que le justifique actuar sobre los beneficios obtenidos del ilícito en vez de procurar la indemnización de sus propios perjuicios, que son la causa de acción que le resulta personalmente relevante en su relación con el demandado.

⁶¹ G. Calabresi y A. D. Melamed, Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral, [nota x]; J. Coleman, Risks and Wrongs, [nota x], 77, 336

⁶² A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 293.

⁶³ Es el caso del llamado *waiver of tort* del derecho inglés, en que el ilícito, esto es, la inobservancia de un deber de conducta, es condición de la obligación restitutoria; con todo, ese remedio restitutorio en ese sistema no es general, sino está circunscrito a ciertos tipo de eventos y difíciles otras cuestiones determinan en concreto su procedencia (una reseña en P. Birks, An Introduction to the Law of Restitution, [nota xx], 313). Es interesante, en todo caso, que si se descartan los casos en que la obligación restitutoria está determinada por la conducta gravemente abusiva del demandado o por infracción a deberes de confianza, las hipótesis inglesas enriquecimiento por ilícitos (*torts*) son muy cercanas a las de enriquecimiento por intromisión: interferencia con cosas, uso de la tierra (*trespass of land*), *nuisance* (A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 290).

En principio, el concurso de acciones indemnizatorias y restitutoria es alternativo, esto es, se puede ejercer una y otra, pero no pueden ser acumuladas, porque actuar sobre los beneficios supone, en cierto sentido, condonar el ilícito. Además ambas acciones se refieren a intereses patrimoniales que son el anverso y el reverso patrimoniales de un mismo hecho, de modo que carece de justificación recibir a la vez la restitución del beneficio obtenido por el demandado y la indemnización del daño patrimonial por lucro cesante sufrida por el demandante. Distinta es la situación cuando un mismo acto tiene distintas calificaciones, porque afecta bienes jurídicos distintos, como ocurre con la afectación concurrente de bienes de contenido patrimonial y puramente moral (párrafo siguiente).

En consecuencia, la intromisión como hecho que determina un enriquecimiento sin causa se rige por las reglas generales, aunque el hecho sea también un ilícito civil. Y, por regla general, el ilícito de intromisión se construye con independencia del ilícito, de acuerdo con las reglas generales de esta acción restitutoria.

18. *Protección de los derechos de la responsabilidad como caso ejemplar.* Las formas de protección de los derechos de la personalidad han suscitado interminables discusiones doctrinarias. Sin embargo, ya parecen dibujarse ciertos desarrollos comunes. En circunstancias que estos derechos atribuyen al titular derechos absolutos de goce y que pueden ser apropiados o ser objeto de intromisión por terceros, todo indica que el principio debe ser que estén garantizados de una manera equivalente a la propiedad sobre cosas. Este enfoque hace que sean las diferencias específicas las que deben ser mostradas, en vez de partir de discusiones que exceden el horizonte del derecho civil respecto a su entidad ontológica.

De este modo, en la dimensión del derecho de obligaciones, la intromisión culpable en estos derechos por un tercero abre al titular dos caminos alternativos: la acción de responsabilidad civil y la fundada en el enriquecimiento sin causa. La acción indemnizatoria se dirigirá, alternativamente, si el bien es objeto de comercialización, a la reparación del lucro cesante, determinado por el valor de mercado que tiene la autorización del goce; si no ha sido comercializado, la reparación deberá ser equitativa, de acuerdo con la valoración patrimonial que un tercero podría haber dado al bien en cuestión. La acción de enriquecimiento tiene por objeto que el demandado desembolse las ganancias que efectivamente haya obtenido en razón de la intromisión⁶⁴. En atención a que la acción es personal y protege los derechos de uso y

⁶⁴ K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. T. I, Parte General, 14ª edición, München: Beck, 1987, 514. Se trata en el caso de la valoración indemnizatoria de dos caminos para determinar el valor de los perjuicios y no de dos pretensiones distintas, como afirmaba Larenz, *Münchener Kommentar*, Tomo 2, 5ª edición, 2007, (H. Oeticker) § 252, 56.

goce, debe entenderse que favorece no sólo a los titulares originarios de estos derechos sino también a quienes tienen derechos contractuales de goce⁶⁵.

La pretensión que se dirige contra los beneficios puede tener gran importancia práctica en estos casos, atendida la dificultad usual de valoración del daño si se actúa en sede de responsabilidad civil. Sin embargo, también en esta perspectiva estos derechos presentan ciertas particularidades al momento de determinar la patrimonialidad del derecho o de precisar su valor patrimonial.

La primera dificultad ocurre especialmente cuando son afectados bienes que están fuera del comercio, porque su disposición sería contraria a las buenas costumbres o al orden público (disposición patrimonial de la honra o del cuerpo, por ejemplo); o si simplemente el titular no ha tenido interés alguno en comercializarlos, o incluso ha desechado expresamente hacerlo. En tales casos se ha puesto en duda si procede reconocer acciones de enriquecimiento por intromisión, con fundamento en que resulta discutible que se trate de un bien de contenido patrimonial. Sin embargo, todo indica que el enriquecimiento es un hecho que puede ser probado en concreto y que lo relevante a su respecto es la ventaja patrimonial que haya obtenido el demandado, de modo que es posible obtenerlo incluso a resultas de la intrusión en bienes esencialmente inmercables, como la honra (como ocurriría con el lucro que se sigue de la difamación). En estos ejemplos se muestra que la acción de enriquecimiento mira al derecho del titular a efectos de calificar la procedencia de la acción, pero atiende a los efectos patrimoniales en el deudor a efectos de determinar si ha habido enriquecimiento⁶⁶. Por consiguiente, procede la acción de enriquecimiento incluso respecto de estos bienes inmercables, a condición de que el deudor haya obtenido beneficio patrimonial.

En el caso de bienes que son comerciables (como la imagen, la historia de la vida privada), el problema radica en la determinación de su valor (bajo el supuesto frecuente de que resulte de gran dificultad para la víctima probar el beneficio efectivo del demandado). En estos casos no queda más alternativa que una apreciación equitativa del valor que del cambio habría tenido ese bien si hubiese sido cedido. Aunque existe el riesgo de que la condición devengue en punitiva, más vale asumir ese costo que poner a la víctima en una situación de indefensión. Por la misma razón, sin embargo, las fronteras entre la restitución de beneficios, la indemnización de perjuicios y la simple retribución compensatoria son muy tenues, por lo que más bien parece exigible el requisito de culpa que caracteriza a la responsabilidad civil.

⁶⁵ A. Büchler, *Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zur Dialektik von Ich und Mein*, [nota x], 335; véase también nota [Conviene aclarar que las situaciones...].

⁶⁶ A. Büchler, *op. cit.*, [nota x], 335; en contra X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, [nota 1], 172.

Finalmente, conviene atender a que en el caso de intrusión culpable en derechos de la personalidad pueden concurrir copulativamente la pretensión restitutoria del enriquecimiento y la pretensión indemnizatoria del daño moral. En general, cuando un mismo acto tiene distintas calificaciones, porque afecta bienes jurídicos distintos, como ocurre con la afectación concurrente de bienes de contenido patrimonial y puramente moral, debe entenderse que las acciones indemnizatorias son acumulativas. Algo semejante ocurre con la acción indemnizatoria y la restitutoria. Es el caso, por ejemplo, de la intromisión en el derecho a la vida privada, que da lugar alternativamente a una pretensión indemnizatoria del daño patrimonial o a una acción de enriquecimiento sin causa, por el beneficio económico obtenido por el demandado, y eventualmente, a una acción indemnizatoria por el daño moral que se sigue del ilícito con independencia del patrimonial⁶⁷.

19. *Derechos de propiedad intelectual e industrial*. La concurrencia de acciones de enriquecimiento e indemnizatorias en materias de bienes inmateriales (derechos de autor, patentes, marcas) presenta fuertes analogías con los derechos de la personalidad; en materia de derecho de autor pueden incluso concurrir, como en estos últimos, intereses patrimoniales con otros de naturaleza estrictamente moral. Sobre las patentes, marcas y creaciones del espíritu recaen derechos de propiedad de fundamento legal explícito en los distintos ordenamientos. Los mismos efectos se pueden extrapolar hacia situaciones de exclusividad en el goce de derechos que no están sujetas a un estatuto especial de propiedad, como son los secretos industriales.

A falta de norma legal limitante, respecto de estos derechos rigen, en consecuencia, las reglas sobre valoración del daño y del enriquecimiento a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior⁶⁸. Lo mismo vale para los demás derechos que garantizan a su titular un goce exclusivo⁶⁹. Mal que mal las acciones restitutorias por intromisión tienen la función de prevenir y compensar interferencias con la propiedad.

⁶⁷ X. Basozabal, Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno [nota 1], 174; A. Büchler, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zur Dialektik von Ich und Mein, [nota x], 335. Me queda planteada la pregunta si la acumulación no supone valorar de dos maneras distintas el mismo bien. Precisamente porque la vida no está en el comercio, tiene para el titular un valor estrictamente moral; desde el momento en que ese bien es invadido y se recogen los beneficios patrimoniales que provocó esa intrusión, puede entenderse que la acción ha sido tolerada y carecería de sentido reclamar además daño moral. La compatibilidad se muestra más clara si se atiende a que la acción de enriquecimiento tiene su fundamento en un derecho patrimonial que garantiza exclusividad, en el sentido de la propiedad, y que la especificidad del derecho protegido se muestra en que también tiene un ámbito de exclusividad estrictamente moral (a diferencia de lo que ocurre con los derechos de contenido atributivo puramente patrimonial).

⁶⁸ *Münchener Kommentar*, Tomo 2, 5ª edición, 2007, (H. Oettker) § 252, 56.

⁶⁹ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*. T. I, Parte General, [nota x], 514; el derecho inglés es muy diferenciado en la materia: si ha habido intromisión de buena fe sólo se reconoce acción para obtener

20. *Efectos del dolo*. También en sede extracontractual cabe preguntarse por los efectos particulares del dolo. Las preguntas son si el dolo puede ser un supuesto independiente de obligaciones restitutorias y si puede ser concebido como agravante. La tendencia inequívoca del derecho es a contestar positivamente ambas cuestiones en virtud del principio general, que tiene efectos reflejos en materia de enriquecimiento sin causa, de que nadie puede aprovecharse de su propio ilícito.

Desde antiguo se reconocen en materia posesoria obligaciones restitutorias diferentes respecto del poseedor de buena y de mala fe (Código chileno, artículos 904 ss.). El conocimiento real o presunto del ilícito (esto es, la forma más leve de intencionalidad) tienen efecto agravante de las obligaciones restitutorias en las normas sobre prestaciones mutuas un efecto. En general, se puede hablar de una obligación restitutoria leve, que se basa en la presunción de buena fe y que alcanza idealmente una retribución sólo por el valor de goce de la cosa, y una responsabilidad agravada que tiene por antecedente la mala fe, que se materializa en el deber de desembolsar todos los beneficios que el deudor haya obtenido (o haya debido obtener) de la cosa.

La cuestión se plantea particularmente respecto de actos que producen efectos puramente patrimoniales o ilícitos negociales en que el dolo suele ser elemento constitutivo del ilícito y no un mero agravante (abuso de información privilegiada, interferencia en contrato ajeno, por ejemplo)⁷⁰. En estos casos, sin embargo, es difícil encontrar afectados derechos que tengan un contenido atributivo de goce exclusivo, porque estos ilícitos generalmente se relacionan con los supuestos competitivos y con los límites de la libertad de contratación. En la medida que no existe un ámbito garantido de exclusividad, como exige la acción de enriquecimiento por irrupción en derecho ajeno, es improbable que a las acciones indemnizatorias se agreguen otras que se dirijan contra el enriquecimiento injustificado.

Esta regla que excluye la acción de enriquecimiento en amplios ámbitos de negocios tiene su límite en formas calificadas de dolo. Es la tendencia de los dos sistemas jurídicos que he observado como criterio comparado en esta ponencia. En el derecho alemán no existe una regla en materia de enriquecimiento sin causa que ordene la restitución de lo obtenido por un delito civil; sin embargo, los civilistas apoyan que se modifique el § 251 BGB, en orden a que se otorgue acción dirigida contra el enriquecimiento obtenido mediante delitos voluntarios que tengan por fin el lucro⁷¹. En el derecho inglés, la conciencia del ilícito, que califica la conducta de

una equitativa retribución (que funcionalmente es *quasi ex contractu*) y sólo en caso de haberse actuado de mala fe se reconoce una acción de desembolso (*disgorgement*) de todos los beneficios (A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 302)

⁷⁰ E. Barros, Tratado de responsabilidad extracontractual, [nota x], 284, y §§ 65 ss.

⁷¹ Actas del 66º Encuentro de Juristas (2006), T. I, 94 (citado en *Münchener Kommentar*, Tomo 2, 5ª edición, 2007, [H. Oetcker] § 249, 507); en ese sentido ya K. Larenz y C. W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, T. II [nota x], 173.

cínica o deshonestas, da lugar a la restitución de todas las ganancias que se hayan obtenido, mientras que el enriquecimiento de buena fe da lugar a una obligación que está limitada a una deuda de valor⁷². Pareciera que la lógica estricta de las condiciones, que sólo en ciertas circunstancias da lugar a pretensiones restitutorias por enriquecimiento, con total independencia de la ilicitud de la conducta, cede en este caso extremo. La restitución tiene un carácter punitivo (porque no tiene por antecedente la relación entre el autor y la víctima del daño); sin embargo, tiene una base objetiva, pues su antecedente es el enriquecimiento del demandado y no tiene por antecedente una potestad puramente prudencial del juez.

⁷² P. Birks, An Introduction to the Law of Restitution, [nota xx], 326; A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 301; P. Cane, The Anatomy of Tort Law, [nota x], 114; G. Virgo, The Role of Fault in the Law of Restitution, en A. Burrows y Lord R. of Earlsferry editores, Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks, [nota x], 83 (96); la misma actitud adoptó el *American Law Institute* en el Restatement of the Law of Restitutions, al asumir que si el demandado cometió concientemente el ilícito (*consciously tortious*) al adquirir el beneficio, será también privado de cualquier beneficio subsecuente que obtenga por su medio (Capítulo 8, Nota introductoria, citado por J. Edelman, , Gain Damages and Compensation, [nota x], 147).

CONSEJO EDITORIAL

MANUEL ALONSO OLEA

LUIS DíEZ-PICAZO

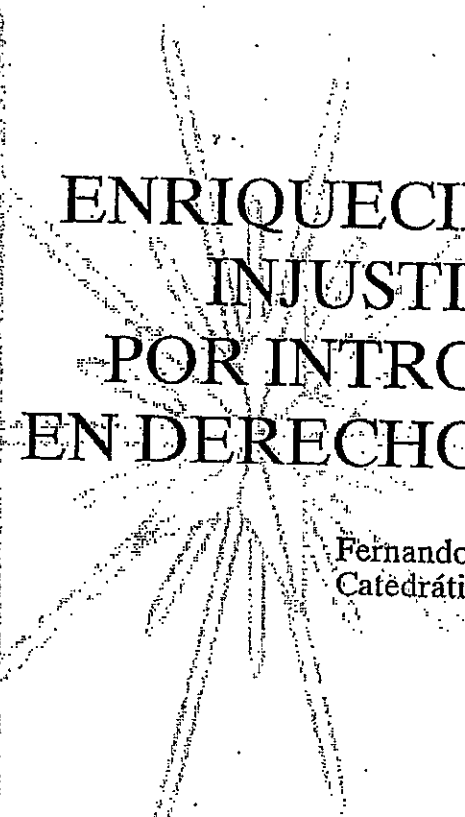
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

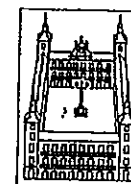
XABIER BASOZABAL ARRUE



ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO POR INTROMISION EN DERECHO AJENO

Prólogo de
Fernando PANTALEÓN PRIETO
Catedrático de Derecho Civil

EDITORIAL CIVITAS, S. A.



4998

Prólogo.....	13
--------------	----

CAPITULO PRIMERO UN NUEVO MARCO PARA EL ESTUDIO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

I. De la recepción de las <i>condictiones</i> en el derecho codificado francés a la construcción de un principio general	22
II. La aportación doctrinal tradicional	28
III. La aportación doctrinal tipológica	35

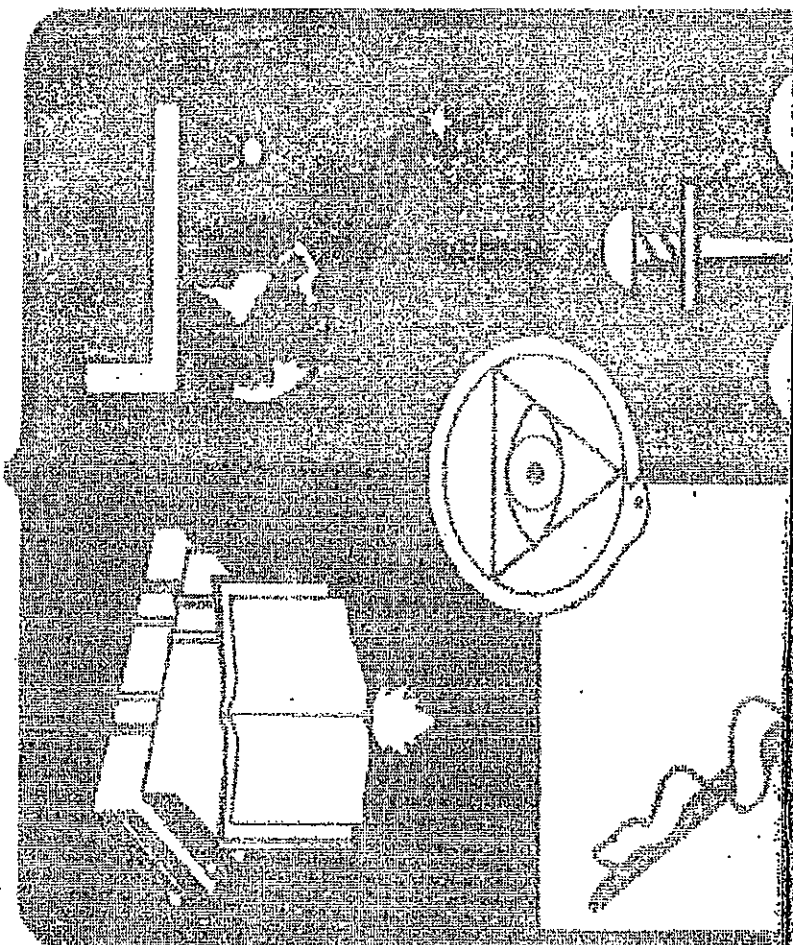
CAPITULO SEGUNDO FUNCION Y FUNDAMENTO DE LA *CONDICTIO* POR INTROMISION

I. Fundamento de la <i>condictio</i> por intromisión.....	53
1. LA TEORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD Y SU CRÍTICA.....	54
2. LA TEORÍA DE LA ATRIBUCIÓN.....	68
2.1. Planteamiento: WIEBURG y VON CAEMMERER.....	68
2.2. Crítica a la teoría de la atribución	72
2.3. Criterios de determinación del contenido de atribución	75
a) La protección por acto ilícito	75
b) La pretensión de omisión	77
c) La comerciabilidad del bien jurídico usurpado ..	80
d) El monopolio de explotación	81
II. Función de la <i>condictio</i> por intromisión	88
1. LA FUNCIÓN DE REINTEGRACIÓN	88
2. LA FUNCIÓN PREVENTIVO-PUNITIVA.....	93
3. LA FUNCIÓN INDEMNIZATORIA	100

CAPITULO TERCERO AMBITO DE APLICACION DE LA *CONDICTIO* POR INTROMISION

I. El contenido de atribución de los derechos como criterio

UN NUEVO MARCO PARA EL ESTUDIO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO



Hace algunos años el profesor Díez-Picazo exponía magistralmente la evolución histórica de la doctrina del enriquecimiento injustificado, revisando de forma crítica la formación del dogma que prohíbe enriquecerse a costa de los demás así como el tratamiento doctrinal del mismo, y proponiendo para el derecho español una renovación metodológica que, aunque acuñada por la doctrina alemana, pudiese actualizar nuestro panorama jurídico sobre la materia¹.

Desde entonces hasta hoy, pocas y tímidas han sido las opiniones que han reconocido el valor de esta propuesta². A pesar de ello, de nada serviría desandar aquí el camino ya recorrido y volver a plantear la cuestión en los mismos términos, si bien, y dado el escaso interés en la renovación demostrado por nuestra doctrina y jurisprudencia, me veo obligado a realizar, de forma sintética y a modo de introducción, algunas consideraciones generales con el fin de confirmar la necesidad de dar a esta materia un tratamiento distinto al que vie-

¹ Díez-Picazo, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA y Díez-Picazo, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988.

² ALVAREZ-CAPEROCHIELI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, págs. 1 y ss. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Pago y transmisión de propiedad (El art. 1.160 del Código civil)*, Madrid, 1990, págs. 178 y ss. PORTELLANO, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1995, pág. 146, nota núm. 246. REBOLLO PUIG, *El enriquecimiento injusto de la administración pública*, Madrid, 1995, págs. 5 y ss. Con mayor contundencia, CAPILLA RONCERO, «Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado», en AA.VV., *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1995, págs. 458 y ss. FERNÁNDEZ-NOVOA, *El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial*, Discurso de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña, 1996, págs. 10 y ss. MIQUEL GONZÁLEZ, voz «Enriquecimiento injustificado», en *Enciclopedia jurídica básica*, II, Madrid, 1995, págs. 2804 y ss.

ne siendo habitual en nuestros manuales y tratados, e intentar así arrojar alguna luz en el panorama, tradicionalmente considerado como confuso, del enriquecimiento injustificado³.

I. De la recepción de las *condictiones* en el derecho codificado francés a la construcción de un principio general

Cuando el codificador francés, que no positiviza ningún principio que prohíba enriquecerse a costa de los demás, consagra el elemento «causa» como requisito esencial de validez de todo contrato, aceptando así la propuesta de DOMAT⁴, lo que hace es asignar a la acción de nulidad el control de los desplazamientos patrimoniales derivados de contrato por illicitud, inexistencia o decaimiento de «la causa», supliendo de esta forma la labor «restitutoria» que hasta entonces venían realizando las *condictiones*⁵. No es de extrañar que, en un ordenamiento jurídico-privado dominado por el dogma de la autonomía de la voluntad y su materialización en la idea sublimada de contrato, la actividad y previsión básicas del legislador se desenvuelvan en torno al mismo. Pero tampoco cabe duda de que con esta actitud se deja un tanto abandonado el control de aquellos otros «desequilibrios» patrimoniales que no derivan de contrato, sino de apropiaciones ilegítimas por uso, consumo o enajenación de cosa ajena, así como por mejoras en patrimonio ajeno, regresos por pago de deuda ajena y demás supuestos no contractuales.

³ GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, pág. 6. Señala el autor que el interés de la doctrina francesa e italiana por el tema ha decaído notablemente en los últimos años.

⁴ DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, II-2.ª ed., Barcelona, 1844, págs. 122 y ss.

⁵ Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 90. GALLO, *L'arricchimento...*, cit., pág. 275. GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Paris, 1949, pág. 24. Acerca de las *condictiones*, ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 63 y ss. GEROTA, *La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code civil allemand*, Paris, 1925, págs. 37 y ss. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español* (prólogo de CASTÁN TOBEÑAS), Madrid, 1934, págs. 129 y ss. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1983, págs. 46 y ss.

No puede afirmarse que los llamados cuasicontratos cubran esta laguna. Ni el pago de lo indebido, que contempla la restitución de pagos realizados por error, ni la gestión de negocios ajenos, ocupada más bien por la injerencia de extraños en la salvaguarda de patrimonios ajenos, se encargan con carácter general de la restitución de enriquecimientos injustificados no contractuales, si bien, ante la necesidad de dar a éstos una solución, ya POTHIER había adelantado la posibilidad de contemplarlos a través de la idea de gestión de negocios «anormal»⁶. Se trata ésta de una gestión concebida en términos objetivos de forma que el supuesto de hecho se sustancia en la mera injerencia sobre el patrimonio ajeno (intromisión), sin tener en cuenta que la acción se haya desenvuelto además en interés del dueño de la cosa⁷.

Esta idea fue recibida sin recelos por la escuela francesa de la exégesis, para la que no hubiera sido posible una resolución extrapositiva de los conflictos no estrictamente contemplados por la ley⁸. Pero una vez suavizado el rigor del positivismo exegético inmediatamente posterior a la promulgación del Código, se critica a esta solución que con su apego «fetichista» a la ley provoca una visión deformada de la gestión de negocios ajenos y confunde su ámbito de aplicación con el del enriquecimiento injustificado, para el que se reclama una plena independencia de aplicación⁹. Digamos que la recepción positivizada de las *condictiones* pronto resultó ser demasiado

⁶ POTHIER, *Traité du mandat*, Paris, 1847, núm. 189.

⁷ GALLO, *L'arricchimento...*, cit., págs. 102 y ss. RICCOBONO, «La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno», *Rivista del diritto commerciale*, 1917, págs. 369 y ss.

⁸ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXXI, Paris, 1876, núm. 48 y ss. LAURENT, *Principes de droit civil*, XX, Bruxelles-Paris, 1876, núm. 333 y ss.

⁹ ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento...*, cit., pág. 31. Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., págs. 54 y 55. DEMOGUE, *Traité des obligations*, III, *Sources des obligations*, Paris, 1923, pág. 222. GORÉ, *L'enrichissement...*, cit., págs. 24 y ss. GRAZIANI, «L'azione di ingiustificato arricchimento», *Rivista di diritto civile*, 1922, pág. 4. PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, págs. 281 y ss. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, pág. 232. RIPERT y TEISSEIRE, «Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, págs. 743 y ss. WILBURG, *Die Lehre*

estrecha e insuficiente para amparar y dar solución a todos los problemas restitutorios derivados de enriquecimiento injustificado, sobre todo, a aquéllos no contemplados por la ley.

La laguna legal suscitó cierto activismo judicial y finalmente fue la jurisprudencia la que, apremiada por la obligación de dictar sentencia y tras cierta indecisión, acabó por consagrar el principio que prohíbe enriquecerse a costa de otro y la correspondiente acción para hacerlo efectivo.¹⁰ En su primer pronunciamiento sobre la cuestión (sentencia de 15 de junio de 1892, *Arrêt Boudier*), la Corte de Casación estima que el mencionado principio, como principio de equidad no positivizado, carece de otros límites que no sean los constituidos por la existencia de un enriquecimiento del demandado y

von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz, 1934, págs. 81 y ss.

¹⁰ Este proceso de emancipación por parte de la jurisprudencia continental del estricto marco legal al que se encontraba necesariamente ligada se asemeja a la superación por parte del *common law* de la hieraticidad de su sistema de precedentes a través de la adopción de maneras alternativas de juzgar en equidad. Así, en el derecho inglés, los cuasicontratos surgieron como conjunto de remedios «equitativos» elaborados para flexibilizar la excesiva rigidez del sistema contractual de la época, adaptándolo así a las necesidades de la práctica. De igual forma, cuando este sistema cuasicontractual, auténtico apéndice del *law of contracts* anglosajón, se ha mostrado insuficiente e insatisfactorio para la resolución de nuevos conflictos restitutorios, la doctrina ha propuesto la construcción de un área autónoma de conocimiento jurídico, independiente del *law of contracts* y del *law of torts*, que sirve para colmar las lagunas y limitaciones de los cuasicontratos a través de remedios invocables en *equity* (*constructive trust*, *equitable lien*, *subrogation*) y que ha sido denominada *law of restitution*. BEATSON, *The use and abuse of unjust enrichment. Essays on the law of restitution*, Oxford, 1991. BIRKS, *An introduction to the law of restitution*, Oxford, 1985. DAWSON, *Unjust enrichment*, Boston, 1951. GALLO, *L'arricchimento...*, cit., págs. 45 y ss. GORTON, CHIEVELLY y JONES, *The law of restitution*, 3.ª ed., London, 1986. Ahora bien, así como los recursos de equidad constituyen una clave de funcionamiento del derecho anglosajón para dar solución a los supuestos no estrictamente contemplados por el *common law*, la posibilidad de «demandar en equidad» es absolutamente ajena en los países de tradición jurídica continental. De ahí que la jurisprudencia de éstos haya tratado de arropar o recubrir sus soluciones con la exigencia de requisitos y la pretendida construcción de una «teoría» del enriquecimiento sin causa. Ver también, CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos», *ADC*, 1987, págs. 1062 y ss.

de un perjuicio del demandante¹¹. Era poco probable que un reconocimiento del principio con tal dosis de inconcreción pudiese prosperar. La doctrina coincide en señalar que, tal y como fue originariamente formulado, el principio resulta inviable y constituye una simple «tapadera» para encubrir una resolución adoptada para el caso concreto sin ningún interés en la construcción de una teoría general sobre el enriquecimiento sin causa¹².

Ni siquiera la propia jurisprudencia mantuvo una concepción tan abierta de su «acción de *in rem verso*» (utilizando su propia terminología)¹³, y mediada la segunda década del presente siglo (sentencias de 12 de mayo de 1914 y de 2 de marzo de 1915) se ocupó, influida sin duda por el pensamiento jurídico alemán de la época (particularmente apreciable en la obra de AUBRY y RAU¹⁴), de limitarla a través de la exigencia de determinados requisitos, hoy ya clásicos en nuestro entorno jurídico: existencia de un enriquecimiento y de un empobrecimiento correlativos (idea de desplazamiento patrimonial inmediato por el que el enriquecido adquiere a costa del empobrecido), ausencia de causa jurídica que los justifique y au-

¹¹ Poco más se podía decir en un supuesto, como el de autos, en el que el demandado se enriquecía «con causa» por el contrato de arrendamiento celebrado con el arrendatario que, después de haber comprado y utilizado en la tierra de aquél unos abonos, no había satisfecho la deuda adquirida con el vendedor de éstos.

¹² ALVAREZ-CAPERUCHI, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 13 y ss. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, pág. 89. BRECCIA, «L'arricchimento senza causa», en RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1984, pág. 811. Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 92. GALLO, *L'arricchimento...*, cit., pág. 127. GEROTA, *La théorie...*, cit., pág. 233. GORE, *L'enrichissement...*, cit., pág. 46. JOSSERAND, *Derecho civil*, II-1.º, *Teoría general de las obligaciones*, Buenos Aires, 1950, pág. 456. LA-CRUZ BERDEJO, «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RCDI*, 1969, pág. 590. RIPERT y TEISSEIRE, «Essai...», cit., págs. 794 y 795. ROUAST, «L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, pág. 65.

¹³ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 79 y ss. El autor señala la excepcionalidad de la solución dada por la Corte de Casación al caso *Boudier* frente a otras sentencias dictadas en supuestos análogos de enriquecimiento indirecto.

¹⁴ AUBRY y RAU, *Cours de droit civil français*, VI, 5.ª ed. por BARTIN, Paris, 1920.

sencia de cualquier otra acción concedida por el derecho para obtener el reequilibrio deseado¹⁵. Estos son los requisitos que, con alguna variante y no poca discusión doctrinal, rigen aún hoy para nuestra jurisprudencia y para la doctrina española mayoritaria¹⁶.

¹⁵ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato teorico-pratico de diritto civile*, IV, *Delle obbligazioni*, Milano, 1914, núm. 2489 y ss., págs. 546 y ss. COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil* (anot. por DE BUEN), III, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1960, págs. 875 y ss. DEMOGUE, *Traité...*, III, cit., págs. 126 y ss. GEROTA, *La théorie...*, cit., págs. 79 y ss. GORÉ, *L'enrichissement...*, cit., págs. 53 y ss. y 211 y ss. LOUBERS, «L'action de in rem verso et les théories de la responsabilité civile», *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1912, págs. 396 y ss. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II-2.º, 6.ª ed. por CHABAS, Paris, 1978, págs. 797 y ss. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1920, págs. 311 y ss. PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VII, *Obligations*, 2.ª parte, Paris, 1931, págs. 45 y ss. RENARD, «Etude sur les conditions de l'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1920, págs. 243 y ss. RIPERT, *La règle...*, cit., pág. 235. ROUAST, «L'enrichissement...», cit., págs. 35 y ss.

¹⁶ ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-2.º, *Derecho de obligaciones*, 9.ª ed., Barcelona, 1995, págs. 449 y ss. ALVAREZ-CAPEPOCHIPI, «El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1977, págs. 845 y ss.; «El enriquecimiento sin causa en el Derecho español», *RGLJ*, 1974, págs. 415 y ss. BORRERO SOLER, Sesión pública inaugural de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona del 3 de febrero de 1926, *RJC*, 1926, págs. 110 y ss. Díez-Picazo y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 7.ª ed., Madrid, 1995, págs. 577 y ss. *Instituciones de derecho civil*, I, Madrid, 1995, págs. 815 y ss. ESPUNY GÓMEZ, «Perfil y límites del enriquecimiento injusto», *RJC*, 1952, págs. 42 y ss. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, en *Obras completas*, III, Madrid, 1988, págs. 187 y ss. LACRUZ-BERDEJO, «Notas...», cit., págs. 580 y ss.; *Elementos de derecho civil*, II-2.º, *Derecho de obligaciones*, 3.ª ed., Barcelona, 1995, págs. 433 y ss. LASARTE, *Principios de derecho civil*, 2.ª *Derecho de obligaciones*, 3.ª ed., Madrid, 1995, págs. 317 y ss. MOISSET DE ESPANES, «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RGLJ*, 1980, págs. 263 y ss. NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 91 y ss. y 107 y ss.; «Enriquecimiento sin causa», en MUCIUS SCAEVOLE, *Código civil*, XXX, Madrid, 1961, págs. 367 y ss. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de derecho civil*, II-2.º, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1991, págs. 373 y ss. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Derecho de obligaciones*, II-2.º, Barcelona, 1966, págs. 948 y ss. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II-3.º, cit., págs. 59 y ss. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, I-2.º, Madrid, 1948, págs. 510 y ss. ROVIRA MOLA, voz «Enriquecimiento injusto», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VIII, Barcelona, 1956, págs. 570 y ss. SANTOS BRIZ, en «Comentarios al Código

Mientras la doctrina del enriquecimiento sin causa ha estado en manos de la jurisprudencia nunca ha dejado de ser utilizada como recurso de equidad por quienes no se ocupan de racionalizar la aplicación del derecho sino de encontrar soluciones al caso. En realidad, el reconocimiento de unos requisitos exigibles a la acción de enriquecimiento no suponía sino un digno ropaje para que la equidad no despertara con su desnudez los recelos de una doctrina que ya había comenzado a denunciar la inutilidad de las fórmulas de carácter abstracto para articular, vertebrar, y, en definitiva, para hacer controlable y predecible la aplicación del pretendido principio¹⁷.

Paradójicamente, la enunciación y sistematización de estos requisitos se realizó a partir de supuestos de enriquecimiento derivado de contrato¹⁸. De esta forma, el principio general que había sido inicialmente justificado como alternativa al estrecho marco restitutorio legal, acaba por configurarse según el modelo de los supuestos ya regulados, olvidando precisamente aquellos que no reciben la atención de la ley. La contradicción se explica parcialmente teniendo en cuenta que tales requisitos se importan de la doctrina alemana, y que ésta debe verse las con un ordenamiento en el que el enriquecimiento injustificado es necesario para articular la restitución de las prestaciones derivadas de contrato por carecer de un control «causal» similar al constituido por la acción de nulidad del derecho francés. Ahora bien, si éste ya contaba con un modelo propio de control de las restituciones derivadas de contrato, no tenía por qué tomar de los alemanes una teoría del enriquecimiento sin causa que había sido

civil y Compilaciones forales» (dir. por ALBALADEJO), XXIV, Madrid, 1984, págs. 27 y ss. La jurisprudencia española sigue fiel a esta tradición (entre otras, STS 30-IX-93, 14-XII-94, 16-III-95), si bien ha abandonado el requisito de subsidiariedad (STS 19 y 20-V-93 y 14-XII-94, entre las más recientes).

¹⁷ RIPERT y TEISSEIRE, «Essai...», cit., pág. 750.

¹⁸ Los requisitos «enriquecimiento», «empobrecimiento» y «relación causal inmediata» son fácilmente detectables siempre que el primero de ellos sea el resultado de una acción del empobrecido (prestación), pero se plantean numerosos problemas cuando es el propio enriquecido quien se ha hecho con él (intromisión).

construida precisamente a partir de supuestos contractuales (por ser éstos los más conflictivos), y que por lo tanto, difícilmente servía para completar la laguna existente respecto de aquellos que sólo habían recibido una atención marginal por parte del legislador¹⁹.

Se corrobora así que, en realidad, tales requisitos no se elaboraron a la luz de la resolución de los conflictos no previstos por la ley, sino que encubren más bien el interés de la jurisprudencia por utilizar la acción de enriquecimiento para la más fácil resolución de conflictos sin someterse a las pautas positivas, y sólo marginalmente para cubrir lagunas respecto a los supuestos no regulados.

II. La aportación doctrinal tradicional

A lo largo de todos estos años de aplicación jurisprudencial del principio de enriquecimiento sin causa, la doctrina francesa, aun habiendo detectado sin dificultad el riesgo de judicialización del mismo, no ha sabido ofrecer una alternativa para el adecuado tratamiento de la materia, transmitiendo por el contrario un permanente aspecto de insatisfacción.

Ya en 1904, RIPERT y TEISSEIRE denuncian que el principio que veta enriquecerse a costa de los demás ha sido más afirmado que demostrado, y que las fórmulas genéricas de carácter principal son en sí mismas estériles puesto que no aclaran el fundamento, naturaleza, condiciones o efectos del enriquecimiento sin causa²⁰. Sin embargo, tampoco su propuesta alternativa a favor del reconocimiento de un derecho a la restitución de todos los provechos que la actividad de cada uno provoca en los patrimonios de los demás merece mayor alabanza que la que ellos otorgan a los partidarios del principio general. La escasa delimitación del pretendido derecho y de

su ejercicio conduce, por ejemplo, a que quien construye una presa por propia iniciativa e interés pueda reclamar de los otros propietarios de fincas vecinas o ribereñas los beneficios (ahorro de gastos) que les hubiera causado, con independencia de que hayan aceptado o rechazado la propuesta de construcción de la misma, o que desconozcan las intenciones u obras del constructor²¹, lo cual ha sido contestado con firmeza por la doctrina²².

Una veintena de años más tarde, también GEROTA critica la oscuridad y vaguedad de las pretenciosas fórmulas generales, pero como alternativa sólo es capaz de proponer un «casuismo de carácter equitativo»: la ausencia de causa deberá determinarse en cada caso en virtud de la diferente confrontación de un postulado de justicia material con los efectos del derecho formal²³. Tampoco GORÉ, años más tarde, y a pesar de su correspondiente contribución a la denuncia de falta de precisión en la elaboración técnica del principio, ofrece alternativas a un minucioso casuismo con componentes jurídicos y morales²⁴. Podría afirmarse que la doctrina francesa queda atrapada en el círculo vicioso que le tiende la jurisprudencia y en el que se ve compelida a oscilar entre la extrema generalidad del principio y el casuismo equitativo de las sentencias, no encontrando vías intermedias que vertebran el principio sin llegar a atomizarlo.

La construcción jurisprudencial francesa es recibida en Italia a pesar de la abierta oposición de parte de la doctrina²⁵. ROTONDI previene contra la aceptación acrítica de la acción de enriquecimiento y pone de relieve que la aplicación que de esta acción «remedio para todo» vienen haciendo los tribuna-

¹⁹ RIPERT y TEISSEIRE, «Essai...», cit., págs. 785 y 786.

²⁰ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, *Enriquecimiento...*, cit., pág. 67. DEMOGUE, *Traité...*, III, cit., págs. 133 y 134. GORÉ, *L'enrichissement...*, cit., pág. 40. GRAZIANI, «L'azione...», cit., págs. 8 y ss. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 81 y ss.

²¹ GEROTA, *La théorie...*, cit., págs. 135 y ss.

²² GORÉ, *L'enrichissement...*, cit., págs. 53 y ss. y 211 y ss.

²³ ROTONDI, «L'azione di arricchimento», *Rivista del diritto commerciale*, 1924, págs. 374 y ss. RICCA-BARBERIS, «I conduttori e l'azione d'arricchimento», *Rivista del diritto commerciale*, 1926, pág. 751.

¹⁹ Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 66: Tal y como afirma el autor, «ninguna importación puede hacerse pura y simplemente».

²⁰ RIPERT y TEISSEIRE, «Essai...», cit., pág. 750. A nadie se le ocurriría —señalan los mencionados autores— hacer operativa la responsabilidad aquiliana a través de la simple aplicación del *naeminem laedere*.

les sólo puede explicarse a partir de los complicados supuestos de hecho que dan lugar al conflicto, esto es, como manifestación individualizada de equidad. Añade el autor que si de todos los supuestos resueltos con la acción de enriquecimiento eliminásemos los que hubieran podido encontrar solución en un texto positivo o con ayuda de otros remedios o instituciones jurídicas, su verdadera trascendencia se vería notoriamente reducida²⁶. Con todo, la «teoría clásica» de aceptación de un principio general que prohíbe el enriquecimiento sin causa no sólo se afianza en Italia como doctrina²⁷, sino que llega además a consagrarse como derecho vigente cuando el legislador italiano positiviza en 1942 dicho principio en los mismos términos en los que éste había sido importado de Francia²⁸.

En contra de lo que hubiera podido esperarse tras esta iniciativa legislativa, la doctrina sostiene con unanimidad que la positivización del principio no resuelve ninguna de las grandes incertezas que lo caracterizan, quedando abierta la polémica y las numerosas reservas sobre la oportunidad y efectiva utilidad del mismo²⁹. FACCHINO, en la misma línea

²⁶ ROTONDI, «L'azione...», cit., págs. 378 y ss.

²⁷ BETTI, *Teoría general de las obligaciones* (trad. por DE LOS MOZOS), II, Madrid, 1970, págs. 162 y ss. CASTIONI, «Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto», *Rivista del diritto commerciale*, 1925, págs. 340 y ss. GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VI, Madrid, 1980, págs. 24 y ss. GRAZIANI, «L'azione...», cit., págs. 1 y ss. TRABUCCHI, voz «Arricchimento», en *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, págs. 52 y ss.

²⁸ Dice el artículo 2.041 primer párrafo del vigente Código civil italiano que quien sin una justa causa se ha enriquecido a costa de otra persona está obligado, en los límites de su enriquecimiento, a indemnizar a ésta su correspondiente disminución patrimonial. Completan la formulación del principio general un párrafo segundo en el que se hace referencia a la restitución *in natura*, y un artículo 2.042 que proclama la subsidiariedad de la acción.

²⁹ BRECCIA, «L'arricchimento senza causa», en RESCIGNO, *Trattato...*, IX, cit., pág. 814. DE LA CÁMARA, «Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa», en DE LA CÁMARA y Díez-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988, pág. 146. FACCHINO, «L'azione generale d'arricchimento dopo la riforma del codice civile», *Rivista del diritto commerciale*, 1957, págs. 433 y ss. FRATTAROLO, *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, Padova, 1974, pág. 3. GALLO, *L'arricchimen-*

critica de ROTONDI pero en un marco normativo distinto, afirma que el legislador, al proceder a la inserción de los artículos 2.041 y 2.042 del Codice, se ha movido por preocupaciones y exigencias que se hubieran podido resolver recurriendo cabalmente a otros institutos tradicionales, con la agravante de que la norma general adoptada reduce el sistema de responsabilidad por enriquecimiento a afirmaciones o previsiones extremadamente vagas, colocando muchas veces a los terceros en situaciones de incertidumbre³⁰.

El primer intento por superar la insatisfacción a la que conduce el planteamiento tradicional proviene de la mano de SCHLESINGER que, bajo la indudable influencia de VON CAEMMERER, reconoce la necesidad de renunciar a la elaboración de una fórmula unitaria que sirva de criterio para la determinación de los casos en los que el enriquecimiento debe considerarse carente de causa, abogando por una «rica y articulada casuística» en lugar de la abstracta enunciación de requisitos o criterios³¹.

Sólo cuatro años después de la propuesta de SCHLESINGER, TRIMARCHI publica una espléndida monografía en la que intenta poner en marcha el proceso de sectorialización de los problemas derivados de enriquecimiento sin causa, realizando una propuesta de carácter tipológico en el marco ineludible del texto positivo y destacando la necesidad de que el contenido material de la norma/principio se obtenga a partir de previsiones particulares contenidas en otros lugares de la ley³².

Ahora bien, a pesar de esta pronta reacción por parte de algunos miembros de la doctrina, el hecho de que la teoría tradicional con su marcado carácter «unitario» hubiese obtenido el refrendo legal supuso una rémora importante para los

to..., cit., pág. 139. TRABUCCHI, voz «Arricchimento», en *Enciclopedia...*, III, cit., pág. 65. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, pág. 3.

³⁰ FACCHINO, «L'azione...», cit., pág. 450.

³¹ SCHLESINGER, voz «Arricchimento», en *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1958, pág. 1007.

³² TRIMARCHI, *L'arricchimento...*, cit., págs. 5 y ss.

nuevos planteamientos metodológicos y no pudo menos que influir en la actitud de otros autores. BARBIERA, dos años después de que viera la luz el trabajo de TRIMARCHI, publica una extensa monografía que, formalmente, pretende acomodarse a las pautas tipológicas germánicas, pero que, finalmente, no renuncia a formular un principio de carácter unitario, y sus intentos por concretar «tipos» caen más bien dentro de la heterogénea e informe casuística característica de los autores franceses³³. Tampoco FRATTAROLO, con su completo análisis de la jurisprudencia italiana, es capaz de superar aquel dualismo «principio general/casuismo equitativo» al que ya hemos hecho referencia³⁴. Por el contrario, las últimas propuestas de autores italianos vuelven a aceptar la necesidad de tratar el enriquecimiento sin causa desde una perspectiva tipológica que la haga más operativa y adecuada a las necesidades de la práctica³⁵.

Del estudio de las aportaciones doctrinales españolas sobre el enriquecimiento sin causa no puede en principio desprenderse sino «una buena dosis de insatisfacción»³⁶. DE LA CÁMARA sintetiza a la perfección la contradicción interna y el constante desaliento que parece provocar el estudio de esta materia cuando afirma que la acción de enriquecimiento «ni puede quedar constreñida a disposiciones aisladas y dispersas ni puede erigirse tampoco como una especie de panacea apta para enderezar cualquier entuerto jurídico»³⁷; con otras palabras, el atractivo que desprende la posibilidad de aplicar con libertad una regla difusa de equidad choca inevitablemente con el rechazo y el temor de renunciar a unas pautas básicas de seguridad jurídica³⁸. En la doctrina se alade muchas veces

a la necesidad de escapar de esta estéril controversia a través de la concreción de los problemas y de las soluciones, pero la tan invocada concreción nunca llega³⁹.

El trabajo de NÚÑEZ LAGOS, primer intento serio de poner cierto orden en la materia, produce un efecto decisivo sobre la labor posterior⁴⁰. El hecho de que construya una teoría del enriquecimiento sin causa apoyada en la aceptación de la figura del negocio jurídico abstracto y en la recepción por parte del artículo 1.901 del Código civil de la antigua teoría de las *condictiones*, todo ello sin cuestionar la validez de los requisitos tradicionales, provoca un efecto de dispersión y de abstracción del discurso doctrinal, y desde luego, hace girar todo el peso del análisis en torno a problemas por enriquecimiento derivado de contrato⁴¹.

Frente a esta complejidad teórica en torno a figuras polémicas como el negocio jurídico abstracto o la *condictio sine causa generalis*, destaca la ausencia de aportaciones en aspectos de mayor relevancia práctica, como la determinación de la medida restitutoria, la aplicabilidad a todo tipo de conflicto de los requisitos tradicionales, o el análisis y concreción de cada uno de éstos. A modo de ejemplo, llama la atención que en el plano teórico se mencione la inmediatez del desplaza-

DE LA CÁMARA, «Enriquecimiento...», cit., pág. 148. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, II, 7.ª ed., Heidelberg, 1991, pág. 419. HAINES, *Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970, pág. 34. ROTONDI, «L'azione...», cit., págs. 403 y 404.

³⁹ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, *Enriquecimiento...*, cit., pág. 9. DE LA CÁMARA, «Enriquecimiento...», cit., pág. 149.

⁴⁰ NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español* (prólogo de CASTÁN TOBEÑAS), Madrid, 1934. Como señala Díez-PICAZO («La doctrina...», cit., págs. 20 y 21), la enorme influencia que esta monografía tuvo se debe en gran medida al prólogo de CASTÁN y a la labor desarrollada por éste en el Tribunal Supremo para consagrar la obra de su discípulo.

⁴¹ A favor de la aceptación en el ordenamiento jurídico español de una *condictio sine causa generalis*, NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 12 y ss. LACRUZ BERDEJO, «Notas...», cit., págs. 569 y ss. En contra, DE LA CÁMARA, «El enriquecimiento...», cit., págs. 186 y ss. Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., págs. 105 y ss. Con una opinión particular matizada, ALVAREZ-CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 79 y ss.

³³ BARBIERA, *L'ingiustificato...*, cit., págs. 41 y ss., 95 y ss., 210 y ss., 306 y ss.

³⁴ FRATTAROLO, *L'azione di arricchimento nella giurisprudenza*, Padova, 1974.

³⁵ BRECCIA, «L'arricchimento senza causa», en RESCIGNÒ, *Trattato...*, IX, cit., págs. 820 y ss. GALLO, *L'arricchimento...*, cit., págs. 134 y ss.

³⁶ Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 34.

³⁷ DE LA CÁMARA, «Enriquecimiento...», cit., pág. 208.

³⁸ ALVAREZ-CAPEROCHIPI, «El enriquecimiento...», cit., pág. 846. VON CAEMMERER, «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en *Gesammelte Schriften*, I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Tübingen, 1968, pág. 216.

miento patrimonial como requisito de admisibilidad de la acción sin que en la práctica haya un esfuerzo por determinar o clasificar supuestos de enriquecimiento que puedan considerarse mediatos, inmediatos, aquellos que a pesar de ser inmediatos no merezcan ser restituidos o que sí lo merezcan a pesar de no serlo. Con otras palabras, no se persigue la determinación de los criterios normativos que deban guiar la concesión de la pretensión restitutoria. Por el contrario, se estima que es preciso analizar en cada supuesto concreto si la relación de causalidad (entre enriquecimiento y empobrecimiento) es suficiente para autorizar la acción contra el tercero enriquecido a través del patrimonio de una persona interpuesta.⁴² De este modo, los llamados enriquecimientos «indirectos», en los que se ven involucrados aspectos como la posible insolvencia del deudor principal, se resuelven, no por las previsiones genéricas del derecho de obligaciones y contratos, sino con ayuda de conceptos tan sugestivos como los de «inmediatez» o «suficiencia de la relación causal».⁴³ Este marcado carácter abstracto del discurso doctrinal facilita la incomunicación entre la reflexión teórica y la práctica jurisprudencial, lo cual incrementa el riesgo de inutilidad de aquella y de arbitrariedad de ésta.

Con lo expuesto hasta aquí vemos cómo ha existido y existe aún una tendencia a polarizar el tratamiento del enriquecimiento sin causa en torno a dos extremos: la atracción que ejercen los enunciados o proposiciones de carácter genérico sobre el pensamiento jurídico de orden teórico, y la ineludible casuística que proporciona un contenido material informe e incoherente a aquéllos; el anhelo de extrema sencillez y unidad frente a la irremediable aceptación de una realidad indómita y difícilmente comprensible desde aquélla.⁴⁴ El ejem-

plo español constituye otra prueba en la constatación de que este tratamiento bipolar es ineficaz en la tarea de proporcionar al derecho de enriquecimiento unas pautas de aplicación coherentes y predecibles que proporcionen seguridad en el tráfico jurídico. La propuesta de renovación metodológica de Díez-PICAZO irrumpe en este panorama.

III. La aportación doctrinal tipológica

Paradójicamente, el mismo año que NÚÑEZ LAGOS propone para el derecho español una adaptación de las teorías germanicas unitarias (aquellas que aceptan un único principio como fundamento común de todos los supuestos de enriquecimiento injustificado), WILBURG lanza un golpe mortal sobre las mismas a través de la primera formulación de la llamada teoría de la diferenciación, posteriormente desarrollada por VON CAEMMERER y aceptada aún hoy en Alemania como doctrina dominante.⁴⁵

⁴² WILBURG, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Graz, 1934. VON CAEMMERER, «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en *Gesammelte Schriften I. Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Tübingen, 1968, págs. 209 y ss. BALZ, «Leistung-Rückgriff-Durchgriff», en *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Tübingen, 1993, págs. 4 y 5. BERG, «Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951 Abs. 1 BGB», *AcP*, 160 (1961), págs. 505 y ss. CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-2.º, 13.ª ed., München, 1994, págs. 129 y ss. COSTEDE, *Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts*, Bern, 1977, pág. 54. ERMAN/WESTERMANN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, 9.ª ed., Tübingen, 1993, Vor § 812, Rn. 1. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*..., II, cit., págs. 415 y ss. FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 8.ª ed., Berlin-New York, 1992, pág. 663. HÜFFER, «Die Eingriffskondiktion», *JuS*, 1981, pág. 263. KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsrecht», *JZ*, 1970, págs. 471 y ss. KÖNDGEN, «Wandlungen im Bereicherungsrecht», en *Festschrift für J. Esser*, 1975, págs. 55 y ss. KÖNIG, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Heidelberg, 1985, págs. 15 y ss.; «Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts» (Herausgegeben vom Bundesminister der Justiz), II, Köln, 1981, págs. 1515 y ss. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 2.ª ed., Berlin-New York, 1988. KURZ, *Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondiktion*, Tübingen, 1969, págs. 7 y ss. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-2.º, 12.ª ed., München, 1985, págs. 523 y ss. LEONHARD, *Schuldrecht*, II, Leipzig, 1931, págs. 451 y ss. LOEWENHEIM,

⁴³ LACRUZ BERDEJO, «Notas...», cit., págs. 594, 595 y 600. SANTOS BRIZ, en «Comentarios...», XXIV, cit., pág. 27.

⁴⁴ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Derecho de obligaciones*, II-2.º, cit., pág. 969. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios*..., II-2.º, cit., pág. 513.

⁴⁵ RIPERT y TEISSEIRE, «Essai...», cit., pág. 752. Los autores critican que «por amor a una sistematización sin tacha» se descuiden diferencias irreducibles entre los supuestos a los que se pretende dar un tratamiento unitario.

La principal aportación de la teoría de la diferenciación consiste en llamar la atención sobre la necesidad de dar un tratamiento distinto a los diversos grupos de supuestos de enriquecimiento injustificado que configuran un «tipo», esto es, a cada conjunto de casos que por compartir un mismo conflicto de intereses merezca coherentemente una misma solución. De esta forma se crea una «tipología» del enriquecimiento injustificado que articula y define para cada «tipo» las abstractas exigencias de equidad sin caer en el atomismo de la solución caso por caso. ¿De dónde surge esta necesidad de

Bereicherungsrecht, München, 1989, págs. 8 y ss. LORENZ, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 13.^a ed., Berlin, 1994, Vor § 812 y ss., Rn 1; § 812, Rn 1. MEDICUS, *Schuldrecht*, II-2.^a, 7.^a ed., München, 1995, pág. 299. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung», *JZ*, 1958, págs. 521 y ss. PALANDT/THOMAS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 55.^a ed., München, 1996, § 812, Rn 1. REEB, *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, München, 1975, pág. 6. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen, 1983. RGK/HEIMANN-FROSIEN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch (Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes)*, II-5.^a, 12.^a ed., Berlin-New York, 1989, Vor § 812, Rn 9; § 812, Rn 1. RUMKER, *Das Tatbestandsmerkmal „ohne rechtlichen Grund“ im Bereich der Eingriffskonklition*, 1972. SCHREYING, «Leistungskonklition und Bereicherung in sonstiger Weise», *AcP*, 157 (1957), págs. 371 y ss. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 4.^a ed., Tübingen, 1995, pág. 286. A favor de una concepción unitaria del derecho de enriquecimiento, SCHÜTZ, «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *AcP*, 105 (1909), págs. 1 y ss. BATSCH, *Vermögensverschiebung und Bereicherungsherausgabe*, Marburg, 1968, págs. 91 y ss. KAEHLER, *Bereicherungsrecht und Vindikation. Allgemeine Prinzipien der Restitution*, Bielefeld, 1972, págs. 154 y ss. KELLMANN, *Grundsätze der Gewinnhaftung (Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung)*, Berlin, 1969, págs. 97 y ss. KUPISCH, *Gesetzpositivismus im Bereicherungsrecht*, Berlin, 1978, págs. 14 y ss.; «Einheitliche Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs: ein Missgriff des Gesetzgebers?», en *De Iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1980, págs. 501 y ss. LIEB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III-2.^a, 2.^a ed., München, 1986, § 812, Rn 3 y 4. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der conditio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin, 1952, pág. 145. MÜHL, en *SOERGEL Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, IV-3.^a, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1985, Vor § 812, Rn 1; «Wandlungen im Bereicherungsrecht und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en *De Iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1980, págs. 547 y ss. WILHELM, *Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung*, Bonn, 1973, págs. 173 y ss.

diferenciar? ¿Qué es lo que se reprocha principalmente a las anteriores teorías de carácter unitario?

La pretensión de la pandectística de agrupar toda la antigua doctrina de las *condictiones* en torno a un principio común llegó a cristalizar en el § 812 BGB, según el cual, «quien obtiene algo sin causa jurídica a través de la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado a su restitución»⁴⁶. Las teorías unitarias pretendían dar una explicación única para todos los supuestos de enriquecimiento sin causa a partir de la idea común de «desplazamiento patrimonial inmediato, injustificado, realizado a costa de un empobrecido y a favor de un enriquecido»⁴⁷, idea que, como ya indicamos, había sido inducida tomando como modelo el de los enriquecimientos derivados de contrato, o utilizando la expresión alemana, de prestación (*durch Leistung*)⁴⁸.

Pero una concepción del derecho de enriquecimiento que pretenda abarcar por igual supuestos de prestación, uso, consumo y disposición de cosa ajena, mejora, y regreso por pago de deuda ajena, necesariamente debe remontarse a un grado de abstracción muy alto⁴⁹, y esta falta de concreción promueve la tentación de usar el derecho de enriquecimiento como derecho general de equidad⁵⁰. Más concretamente, con la crítica de WILBURG a este esquema unitario de *datio-condictio* se pone de relieve que esta concepción del enriquecimiento sin causa es incapaz de explicar y de dar una respuesta satisfactoria a los supuestos de enriquecimientos no derivados de pres-

⁴⁶ KÖNIG, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 15 y ss.

⁴⁷ KRAWIELICKI, *Grundlagen des Bereicherungsanspruchs*, Breslau, 1936. VON MAYR, *Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts*, Leipzig, 1903. VON TUHR, «Zur Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung», en *Aus römischen und bürgerlichen Recht. Festschrift für Ernst Immanuel Bekker*, Weimar, 1907, págs. 291 y ss.

⁴⁸ BATSCH, *Vermögensverschiebung...*, cit., pág. 23.

⁴⁹ MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 299.

⁵⁰ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 215. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, II-2.^a, 5.^a ed., Heidelberg, 1980, pág. 34. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 2. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 18 y ss.

tación, sobre todo a aquellos derivados de uso y disfrute de cosa ajena (supuestos de intromisión) ⁵¹.

Frente a la reiterada exigencia de un perjuicio patrimonial como requisito de viabilidad de la pretensión, en muchos de estos supuestos no puede apreciarse la existencia de un auténtico daño ⁵², a pesar de lo cual los tribunales nunca han tenido reparo en seguir concediendo la acción, ya que en todos ellos parece razonable que el derecho la otorgue sin entrar a considerar si ha habido o no daño ⁵³. Inicialmente el *Reichsgericht* se apoyó en la construcción de determinadas ficciones de daño, condenando al demandado a abonar el importe que hubiera tenido que pagar en caso de haberse comportado conforme a derecho ⁵⁴. Pero poco a poco el daño o empobre-

cimiento deja de tener peso, primero como baremo regulador del contenido de la pretensión, y segundo como requisito integrante de la acción. Finalmente, hoy la doctrina jurídica alemana ha eliminado el concepto de daño como elemento constitutivo de la pretensión por enriquecimiento injustificado ⁵⁵.

Una acción de enriquecimiento supeditada a la existencia y a la cuantía de un daño (como sostiene aún hoy en nuestro ámbito jurídico una buena parte de la doctrina), por mucho que se declare conceptualmente distinta de la acción indemnizatoria, no puede entenderse sino como un subtipo de ésta cuya peculiaridad consiste en que la presencia de un enriquecimiento por parte del causante del daño hace innecesaria la imputación subjetiva de su conducta (la culpa) y limita en la medida de aquél la cuantía «indemnizatoria». Resultaría falso afirmar la independencia de esta peculiar acción siendo su fundamento y finalidad de carácter indemnizatorio ⁵⁶.

⁵¹ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 22 y ss. BATSCH, *Vermögensverschiebung...*, cit., págs. 30 y ss. En estos supuestos, doctrina y jurisprudencia mantenían que lo adquirido por el enriquecido («etwas», en el § 812 BGB) consistía, bien en el ahorro de gastos experimentado por el intromisor, bien en el valor de uso del bien usurpado, lo cual provoca necesariamente la desaparición del elemento «desplazamiento patrimonial» ya que, en cualquier caso, dicho ahorro o valor no forman parte del patrimonio del empobrecido con anterioridad a la acción usurpatoria.

⁵² (I) Un veraneante alquila por semanas el apartamento de su vecino, del cual posee una llave que éste le dio, ocupándose de dejar siempre la casa «como nueva» para cuando vuelve. (II) Una emisora de radio utiliza una canción de un autor desconocido sin contar con su permiso, pero gracias a la ilegítima apropiación llega éste a ser famoso y multiplica sus ingresos. (III) Igualmente, el uso ilegítimo de un coche, de una plaza de garaje o de un pasaje de barco pueden no producir daño alguno al titular que no hubiera podido utilizarlos.

⁵³ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 99 y ss. JAKOBS, *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung*, Bonn, 1964, pág. 63. KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendungs...», cit., págs. 471 y ss. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb...», cit., págs. 521 y ss.

⁵⁴ RG LZ, 1932, págs. 469 y ss. RGZ 97, págs. 310 y ss. HAINES, *Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970, pág. 46. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., págs. 80 y ss. RÜMKER, *Das Tatbestandsmerkmal...*, cit., págs. 27 y ss. También los tribunales franceses, italianos y españoles han considerado que quien usa cosa ajena debe restituir el valor de uso a su titular sin tener en cuenta la exigencia de que a éste se le haya irrogado un perjuicio patrimonial. ALVAREZ-CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento...*, cit., pág. 139. GALLO, *L'arricchimento...*, cit., pág. 402. ROTONDI, «L'azione...», cit., págs. 380 y ss. y 384 y ss.

⁵⁵ 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...*, II-2.º, cit., págs. 128 y 129. ERMAN/WESTERMANN, § 812, Rn. 3. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, II-2.º, cit., págs. 421 y 469. FICKENTSCHER, *Schuldrecht...*, cit., pág. 684. HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 45 y ss. HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, pág. 421. JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 61 y ss. KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendungs...», cit., págs. 471 y ss. KÖNDGEN, «Wandlungen...», cit., págs. 55 y ss. KÖNIG, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 15 y ss. KOPPENS-TEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 70 y ss. LARENZ, *Lehrbuch...*, II-2.º, cit., págs. 523 y ss. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb...», cit., págs. 521 y ss. MÜNCHKONN/LIEB, § 812, Rn. 15. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 323 y ss. SCHEYHING, «Leistungskondition...», cit., págs. 371 y ss. SCHULZ, «System...», cit., pág. 442. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812, Rn. 37. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 24. También en los países de *common law* se acepta que quien utiliza injustificadamente un bien ajeno sin dañarlo está obligado, además de a devolverlo, a compensar por el enriquecimiento. Así lo ha entendido también en numerosas ocasiones la jurisprudencia de nuestro entorno jurídico más próximo (francesa, italiana y española), sin que la ausencia de una disminución patrimonial haya supuesto obstáculo para ello (GALLO, *L'arricchimento...*, cit., pág. 398).

⁵⁶ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 98. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág. 79. GALLO, *L'arricchimento...*, cit., págs. 15 y ss., 383 y ss. y 403. El autor critica que el legislador italiano haya optado por exigir positivamente la existencia de un empobrecimiento, lo cual conduce en su opinión a grandes equívocos. En Portugal, donde el daño sigue siendo uno de los requisitos tradicionales de la pretensión de enriquecimiento (GALVAO Te-

En cuanto a la unitaria exigencia de falta de causa jurídica, su problemática se presenta de forma completamente distinta en función de que se trate de supuestos de enriquecimiento derivado o no de prestación. CANARIS plantea la cuestión en sus justos términos: si alguien consigue algo a través de la prestación de otro, lo primero que nos preguntamos sobre la causa jurídica es si aquél tenía una pretensión contra éste o si existía una relación obligatoria entre ambos. Frente a esto, esta misma pregunta es inicialmente inadecuada cuando por ejemplo alguien consume una cosa ajena o disfruta de un bien protegido por el derecho de propiedad intelectual sin estar legitimado para ello.⁵⁷

Por lo que respecta a la «inmediatez» del desplazamiento patrimonial, también formulada como «unidad del acto que da lugar al empobrecimiento y al enriquecimiento», poco puede hacer por subsistir como requisito de la acción de enriquecimiento una vez excluida la necesidad de un daño, y consecuentemente, la de un desplazamiento patrimonial en sentido estricto. La inmediatez resulta además de muy escasa utilidad a la hora de decidir sobre la concesión de la acción teniendo en cuenta que, por ejemplo, el pago de deuda ajena supone un enriquecimiento indirecto del deudor (producido a través del patrimonio del acreedor) que nadie niega pueda repetirse de éste; por el contrario, quien ha sido contratado

por un arrendatario para reparar la vivienda en la que éste habita, enriqueciendo así de forma directa al propietario, no puede invocar una acción de enriquecimiento contra éste cuando aquél no satisface su deuda⁵⁸. La inmediatez encubre en realidad el problema de aceptación o rechazo de la acción directa⁵⁹, o puede también servir para evitar la restitución de simples beneficios reflejos⁶⁰, pero en cualquier caso lo que es falso es que dichas cuestiones puedan quedar resueltas invocando la existencia o inexistencia de inmediatez⁶¹.

WILBURG aclara que lo que en realidad se oculta tras el término genérico de «inmediatez» es la normal preocupación por el posible ejercicio de la acción contra terceros⁶², lo cual ocurre fundamentalmente en tres tipos de supuestos conflictivos: la «cadena de prestaciones»⁶³, la *actio de in rem verso ex alieno contractu*⁶⁴, y las pretensiones de aquél que enriquece a un tercero por el cumplimiento de un contrato no realizado con éste⁶⁵. Estos tres tipos de conflicto se deben poder resol-

⁵⁷ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., pág. 111. BATSCH, *Vermögensverschiebung...*, cit., págs. 41 y ss. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., págs. 469. HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 29 y ss. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., págs. 115 y ss. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 85 y ss. LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 532 y ss. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 238.

⁵⁸ La cuestión ya había sido detectada antes por otros autores como NÚÑEZ LAGOS (*El enriquecimiento...*, cit., pág. 184) o GORÉ (*L'enrichissement...*, cit., pág. 184), los cuales sin embargo no ven necesario justificar la contradicción respecto a las normas generales sobre la prelación de créditos.

⁵⁹ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 136.

⁶⁰ VON CAEMMERER, *Bereicherung...*, cit., págs. 245 y ss. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 333. MÜNCHKÖMM/LIEB, § 812, Rn. 16. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., pág. 304. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812, Rn. 38. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 64. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 117 y 118.

⁶¹ WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 108 y ss.

⁶² Si A transmite sin causa una cosa a B y éste a su vez vuelve a transmitir la misma cosa, nuevamente sin causa, a C, ¿puede A reclamar directamente de C, o sólo puede hacerlo de B?

⁶³ ¿Puede A, que contrata con B, representante indirecto de C, demandar directamente a éste por los problemas que deriven del contrato?

⁶⁴ ¿Puede A, que ha sido contratado por el arrendatario B para la reparación de la casa del arrendador C, demandar directamente a éste si no le paga aquél?

LLES, *Direito das obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, 1989, págs. 179 y ss. NETO, *Código civil anotado*, 8.ª ed., Lisboa, 1994, arts. 473 y ss., págs. 349 y ss.). cada vez más autores proponen una distinta interpretación del mismo que permita a la acción amparar supuestos intromisivos en los que no existe daño en sentido jurídico-técnico: ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 7.ª ed., Coimbra, 1993, págs. 456 y ss. ANTUNES VARELA y PIRES DE LIMA, *Código civil anotado*, 1.ª ed., Coimbra, 1982, artículo 473, pág. 430. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1991, págs. 396 y 397. LEITE DE CAMPOS, «Enriquecimento sem causa: responsabilidade civil e nulidade», *Revista dos Tribunais*, núm. 560, 1982, pág. 262. NEGREIROS, «Enriquecimento sem causa - aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito», *Revista da Ordem dos Advogados*, 55-III, Lisboa, diciembre 1995, págs. 798 y ss. NORONHA, «Enriquecimento sem causa», *Revista de direito civil*, núm. 56, págs. 66 y ss.

⁵⁹ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, II-2.º, cit., pág. 129. RGRK/HEIMANN-TROSIEN, § 812, Rn. 73 y ss. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 1, 76 y 77. WILBURG, *Die Lehre...*, cit., págs. 7 y ss.

ver, no tanto acudiendo al concepto indeterminado de inmediatez, como respetando las normas generales previstas por el derecho de contratos y obligaciones sobre acción directa, prelación de créditos, y completando a su vez el panorama con previsiones generales de materias como las de representación, accesión, posesión, etc.⁶⁶

La nueva metodología trata de aislar cada tipo de relación triangular para darle respuesta a partir de la «especie» de conflicto de intereses que en él se aprecie, citando las soluciones lo más posible a la ley en primer lugar, y a los principios regentes de cada ámbito jurídico en segundo, possibilitando así la coherencia de las decisiones en materia de enriquecimiento respecto a las de otros ámbitos del ordenamiento jurídico.⁶⁷ La mera referencia a conceptos como «desplazamiento patrimonial inmediato», «unidad del acto que da lugar al enriquecimiento y al daño», o similares, es una referencia a reglas vacías que permiten manipular con libertad los problemas que se esconden tras ellas. *Las soluciones efectivas sólo podrán venir a través de la construcción de tipos normados y analizados desde la ley.* Habrá supuestos no regulados en los que tenga que «encontrarse» la decisión, pero en cualquier caso esta deberá ser lo más respetuosa posible con las previsiones legales más cercanas al conflicto y con los principios informadores del sistema en general.⁶⁸

La diferenciación está además reforzada por las distintas funciones que desempeñan los diversos tipos de *condictio*. En tanto la *condictio* por prestación provoca la liquidación de las consecuencias económicas derivadas de una relación obligatoria fallida, la *condictio* por intromisión persigue la protección del derecho usurpado.⁶⁹

Eliminados los requisitos de «daño» y «desplazamiento patrimonial», reconducido a sus verdaderos términos el problema de «inmediatez», diversificada la cuestión sobre la «causa jurídica» y la propia función del derecho de enriquecimiento entre las *condictiones* derivadas o no de prestación, poco pueden hacer ya las antiguas teorías unitarias a partir de su estructura simple para satisfacer las necesidades de resolución de conflictos en un derecho de enriquecimiento sumamente plural y heterogéneo.

La teoría de la diferenciación fue decisiva en su primer impulso fundamentalmente para distinguir entre *condictiones* derivadas de prestación (*Leistungskonditionen*) y no derivadas de ésta (*Nichtleistungskonditionen*). Sin embargo, por su propio espíritu de tratar los problemas a partir de grupos de conflicto, pronto hubo propuestas para distinguir nuevos tipos entre las *condictiones* no prestacionales. El más importante de entre éstos lo constituye sin duda la *condictio* por intromisión (*Eingriffskondiktion*), que se encarga de la restitución de todos aquellos enriquecimientos que hayan sido obtenidos mediante la usurpación de un bien ajeno a través de su uso, disfrute, consumo, disposición o enajenación ilegítimos.

VON CAEMMERER, principal continuador de la corriente diferenciadora, propone dos nuevos tipos más de *condictio* no derivada de prestación: la *condictio* por impensas (*Verwendungskondiktion*), para todos aquellos casos en los que alguien mejora el patrimonio ajeno sin estar ligado por relación obligatoria alguna con el titular de éste (en cuyo caso nos encontraríamos ante un supuesto de *Leistungskondiktion*); y la *condictio* de regreso (*Rückgriffskondiktion*), que se encarga de los supuestos de pago de deuda ajena, acciones internas entre deudores solidarios y otros supuestos asimilables, supuestos que, como los anteriores, contemplan la imposición del enriquecimiento a la persona beneficiada, con la particularidad de que en aquéllos los «enriquecimientos» se integran en un plan jurídico real (supuestos de accesión), en tanto que

⁶⁶ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 245 y ss. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 469.

⁶⁷ REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 42.

⁶⁸ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 135 y ss. HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 47 y 48. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág. 116. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 42 y ss.

⁶⁹ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 230. CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 130. MÜNCHKOMM/LIEB, § 818, Rn. 50. REU-

TER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 28. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812, Rn. 245.

en éstos lo hacen en uno jurídico obligacional, bien sea éste propio (regreso del deudor solidario contra sus codeudores) o ajeno (regreso del tercero que paga deuda ajena contra el deudor)⁷⁰.

CON VON CAEMMERER la teoría de la diferenciación llega a su madurez, pero no puede considerarse que se solidifique de forma definitiva ya que, por hipótesis, la aparición de nuevos tipos de conflicto relevantes en la siempre cambiante realidad fáctica debe poder hacer aparecer nuevas fórmulas de resolución en la realidad jurídica. Se trata por lo tanto de una teoría abierta a las exigencias y fluctuaciones de la praxis⁷¹.

Observamos que la teoría de la diferenciación lo que propone fundamentalmente es una nueva metodología en el enjuiciamiento de los problemas que plantea el enriquecimiento injustificado, intentando salir de la excesiva abstracción e imprecisión de los principios con el propósito de ceñirse más a la ley, a la coherencia con otros ámbitos del ordenamiento, y consiguiendo así mayor seguridad jurídica y racionalidad en la aplicación del derecho⁷².

Naturalmente, esta postura no ha estado exenta de críticas, sobre todo por parte de quienes insisten en considerar como primordial la unidad de la problemática de todos los enriquecimientos injustificados, aferrándose a la existencia de supuestos limítrofes que resultan difícilmente encasillables en uno u otro tipo, de forma que con independencia de su clasi-

cación reciban un mismo y por tanto coherente tratamiento⁷³. Pero no por ello la teoría de la diferenciación ha dejado de recibir el refrendo de la doctrina dominante con las correspondientes e innumerables matizaciones. De hecho, las nuevas propuestas de carácter unitario salvan las particularidades de los «tipos» a base de correcciones que se articulan precisamente en los puntos de inflexión señalados por la teoría de la diferenciación para la formación de aquéllos, reconociendo así de forma indirecta su importancia. Por otra parte, su enorme esfuerzo de abstracción para llegar a fórmulas de carácter unitario poco puede aportar a la coherencia en la resolución de los conflictos⁷⁴.

Se critica en general a la doctrina alemana que el exceso de complicación provocado en el panorama del derecho de enriquecimiento se debe en gran parte a su ambición por crear un sistema perfecto que resuelva de la forma más simple posible todos los casos imaginables, lo cual en lugar de claridad ha acarreado mucha confusión⁷⁵. Por el contrario, hay que ser conscientes de que por el propio ámbito de aplicación del derecho de enriquecimiento, vasto y heterogéneo, éste se presta más a un estudio de carácter sectorial⁷⁶. En cualquier caso, los autores coinciden en señalar que, desde un punto de vista didáctico, el tratamiento tipológico facilita el acceso a las claves de comprensión de la materia, resulta más práctico, plástico y sencillo de exposición⁷⁷.

⁷⁰ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 211 y ss. El autor delimita también otros grupos de conflicto con composición triangular, como las disposiciones en fraude de acreedores, las disposiciones gratuitas en perjuicio del titular de un derecho de crédito con causa onerosa, o la acción directa contra quien se beneficia de un contrato en el que no ha tenido parte (*actio de in rem verso*). Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 28. FIKENTSCHER, *Schuldrecht...*, cit., pág. 666. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 301. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., pág. 287. STÄUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 2 y 3.

⁷¹ VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 216. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., págs. 422 y 423. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 31. En Italia, GALLO, *L'arricchimento...*, cit., pág. 27.

⁷² ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 420.

⁷³ BATSCHE, *Vermögensverschiebung...*, cit., págs. 91 y ss. KAEHLER, *Bereicherungsrecht...*, cit., págs. 154 y ss. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., págs. 97 y ss. KUPISCH, *Gesetzpositivismus...*, cit., págs. 14 y ss.; «Einheitliche...», cit., págs. 501 y ss. MÜNCHKOMM/LIEB, § 812, Rn. 1 y ss. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812, Rn. 1. WILHELM, *Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung*, Bonn, 1973, págs. 173 y ss.

⁷⁴ KÖNDGEN, «Wandlungen...», cit., pág. 62. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 298. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 39 y ss.

⁷⁵ KÖNIG, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 15.

⁷⁶ KÖNIG, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 17.

⁷⁷ ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 419. KÖNDGEN, «Wandlungen...», cit., pág. 64. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 5. MEDICUS, *Schuldrecht...*, cit., pág. 299. RÜMKER, *Das Tatbestandsmerkmal...*, cit., págs. 108 y ss.

Ya señalamos cómo esta renovación metodológica gestada en Alemania fue recibida por algunos autores italianos. De entre ellos es TRIMARCHI quien con mayor acierto construye una tipología ajustada a las necesidades del derecho positivo italiano. Propone el citado autor la diferenciación entre dos grandes tipos: uno para enriquecimientos derivados de haber conseguido la utilidad que constituye el objeto de un derecho ajeno (supuestos de enajenación, uso y consumo de cosa ajena); otro para enriquecimientos derivados de haber conseguido la utilidad que constituye el fin de la actividad de otro, distinguiendo a su vez en virtud de que ésta sea realizada como «prestación» en el marco de una relación obligatoria (supuestos de *condictio* de prestación), o como actividad desarrollada en interés propio que finalmente acaba beneficiando a otra persona (supuestos de *condictio* por impensas).⁷⁸

Básicamente, el primer tipo se corresponde con la *condictio* por intromisión del derecho alemán (*Eingriffskondiktion*) y el segundo con las *condictiones* por prestación y por impensas (*Leistungskondiktion* y *Verwendungskondiktion*). Por ello, teniendo en cuenta que la propuesta de TRIMARCHI no constituye propiamente una novedad frente a la alemana y resultando ésta más sencilla y clarificadora, hemos optado por utilizar su terminología y su clasificación tipológica de enriquecimientos por «prestación», «intromisión», «impensa» y «regreso», tal y como hacen sin problemas de carácter nominalístico otros autores italianos como GALLO o BRECCIA, los cuales haciendo uso de esta tipología en sus respectivos trabajos sobre el enriquecimiento sin causa han aportado sin duda una gran claridad al tratamiento de los diversos problemas que encierra esta materia en el marco del derecho italiano.⁷⁹

En cuanto al derecho español, la recepción de la nueva metodología de orden tipológico no se produce hasta la decisiva aportación de Díez-Picazo en su estudio «La doctrina del enriquecimiento injustificado».⁸⁰

El trabajo del citado autor enriquece notoriamente el panorama doctrinal a través de la adaptación de este nuevo enfoque a las particulares coordenadas de nuestro ordenamiento jurídico. A ello colabora el hecho de que las ideas importadas no constituyan en sí una teoría a «injertar» entre nosotros, sino un nuevo método, un nuevo tratamiento derivado de un novedoso diagnóstico de los problemas provocados por los «enriquecimientos injustificados».⁸¹

A partir de esta idea, el planteamiento inicial correcto para la adecuada construcción de un derecho de enriquecimiento en el marco del derecho español actual sería el siguiente: detectar y determinar «tipos» de enriquecimiento injustificado, que lógicamente deberán coincidir con los de cualquier otro ordenamiento de nuestro mismo entorno jurídico (prestación-intromisión-impensa-regreso); localizar dichos «tipos» dentro del ordenamiento, considerando especialmente si se encuentran regulados y si existe cierta unidad y coherencia en dicha regulación; y por último, dar soluciones materiales para cada tipo a partir de las previsiones legales que se ocupen del mismo, procurando armonizarlas y orientarlas a la satisfacción del conflicto de intereses «típico» afectado.⁸²

DE LA CÁMARA y Díez-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1988, recogido posteriormente en *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, 5.ª ed., Madrid, 1996, págs. 89 y ss., II, *Las relaciones obligatorias*, 5.ª ed., Madrid, 1996, págs. 514 y ss.

⁸¹ MIGUEL GONZÁLEZ, voz «Enriquecimiento...», cit., pág. 2806. «Aunque a primera vista (el enriquecimiento injustificado) parezca un problema de equidad, es antes que nada un problema de gran envergadura metodológica para cuya solución debe tomarse en cuenta un buen número de reglas.»

⁸² BRECCIA, «L'arricchimento senza causa», en RESCIGNO, *Trattato...*, IX, cit., págs. 815 y 826. Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., págs. 94 y ss. GORE, *L'enrichissement...*, cit., pág. 118. Como indica este último autor, «querer eludir preceptos particulares por la noción misma de enriquecimiento a costa de otro será ir en contra de la voluntad expresa del legislador que indica, en casos particulares, cómo entiende aplicable la noción de enriquecimiento a expensas de otro». Ya en 1934 insistía ROTONDI («L'azione...», cit., pág. 398) en que «la respuesta a esta cuestión y a otras relacionadas con cuándo el enriquecimiento debe ser restituido corresponden al legislador». REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 42. TRIMARCHI, *L'arricchimento...*, cit., pág. 7. DE LA CÁMARA estima por el con-

⁷⁸ TRIMARCHI, *L'arricchimento...*, cit., págs. 22 y ss.

⁷⁹ BRECCIA, «L'arricchimento senza causa», en RESCIGNO, *Trattato...*, IX, cit., págs. 820 y ss. GALLO, *L'arricchimento...*, cit., págs. 145 y ss.

⁸⁰ Díez-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en

En nuestro ordenamiento jurídico hemos de partir del hecho de que el legislador español, al aceptar el modelo francés de control «causal» de las prestaciones contractuales a través de la acción de nulidad y la concepción institucional de la *condictio indebiti* como cuasicontrato de cobro de lo indebido, está realizando ya de alguna forma una opción «tipológica», separando diversos supuestos restitutorios en función de los factores que provocan el enriquecimiento.⁸³

Así, los supuestos de enriquecimiento por prestación quedan en gran medida regulados positivamente por nuestro derecho de contratos: restituciones por nulidad, anulación o rescisión del contrato, restituciones por resolución derivada de incumplimiento o desaparición de la base del negocio. Por su parte, la *condictio indebiti* se encarga de los supuestos de pago por error. Aún quedarían, para completar el panorama de la *condictio* por prestación, las entregas *credendi causa*, que no parecen estar expresamente contempladas por el legislador.⁸⁴

Para aquellos autores que han defendido la recepción por nuestro texto codificado en el artículo 1.901 de la antigua teoría de las *condiciones*, pretendiendo ver en el mismo la base legal para defender la existencia en derecho español de una

trario que no parece posible, ni siquiera recurriendo a la *analogia legis*, extraer de ellos (los preceptos que positivizan casos concretos de enriquecimiento sin causa) soluciones que permitan corregir otros casos en que el enriquecimiento sin causa es patente («Enriquecimiento...», cit. pág. 179); ahora bien, como el propio autor acepta, si negamos la vinculación de la acción de enriquecimiento al derecho positivo habremos de relegarla al papel de «acción de cierre sólo ejercitable para cubrir lagunas del ordenamiento» («Enriquecimiento...», cit. pág. 191), lo cual produce la misma sensación de atracción e inseguridad que el autor al comienzo de su estudio trata de evitar a través de la propuesta de concreción.

⁸³ Otro tipo significativo de *condictio* es el regulado por el artículo 65 de la Ley cambiaria y del cheque («acción de enriquecimiento»), el cual, por la especificidad «cambiaria» del conflicto de intereses que está llamado a solucionar, merece el tratamiento particularizado que la doctrina mercantilista le dedica (JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Acción causal y acción de enriquecimiento», *RDBB*, 1987, págs. 7 y ss.; PÉREZ DE LA CRUZ, «Las acciones cambiarias», en AA.VV., *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, 2.ª ed., Madrid, 1992, págs. 663 y ss.).

⁸⁴ Díez-Picazo, «La doctrina...», cit., págs. 103 y ss.

condictio sine causa generalis, o lo que es lo mismo, una *condictio* para la restitución de todo tipo de daciones sin causa, no habría ningún problema en aplicar las normas de la *condictio indebiti* a las entregas *credendi causa*. Ahora bien, por nuestra parte no creemos que el problema pueda ser planteado en términos de recepción histórica, sino de coherencia e integridad del ordenamiento de cara a aquellos supuestos que no tienen una regulación específica en la ley. Si aceptamos como ámbito de aplicación institucional de la *condictio indebiti* el de restitución de pagos realizados por error (y por lo tanto, de entregas *solvendi causa*), es necesario reconocer la existencia de una laguna en el Código civil que afecta a aquellas entregas realizadas *credendi causa*, esto es, en vista de un contrato que se espera realizar o de una contraprestación que se espera recibir y que no llega a consumarse. A partir de aquí, hemos de preguntarnos si la problemática o el conflicto de intereses que plantean estos supuestos es lo suficientemente asimilable al de los pagos realizados por error (*solvendi causa*) como para poder serles aplicada la misma normativa.⁸⁵ También la *condictio* de regreso (pago de deuda ajena y supuestos asimilables) encuentra su regulación positiva en nuestro derecho de obligaciones, y es ahí donde sin duda debe seguir siendo tratada, no sin tener en cuenta su posible parentesco o cercanía con otros supuestos de enriquecimiento sin causa.⁸⁶

⁸⁵ Díez-Picazo, «La doctrina...», cit., págs. 115 y 116. STAUDINGER/LORENZ, § 812, Rn. 110. Sin entrar en profundidad en el tema, puede afirmarse que el hecho de que las normas sobre la *condictio indebiti* se articulen en función de la buena o mala fe del *accipiens* facilita la aplicación extensiva de la regulación, puesto que no hay ninguna razón para diferenciar al *accipiens* de buena fe que cree que la cosa le era debida (cuando en realidad no le era debida) del *accipiens* que cree de buena fe que le entregan lo que se le debe (cuando en realidad le entregan para que él a su vez se obligue a realizar una contraprestación). Igualmente, si es de mala fe, y conoce la no procedencia del pago o reconoce la prestación/oferta como tal (*datio credendi causa*), debe restituir lo recibido y responde en caso de no hacerlo en los términos previstos por el artículo 1.896 CC. Con todo, en los supuestos de daciones *credendi causa* habrá que tener en cuenta el problema añadido de las posibles «aceptaciones tácitas» del contrato propuesto por haber usado la cosa que se sabe entregada con dicha finalidad.

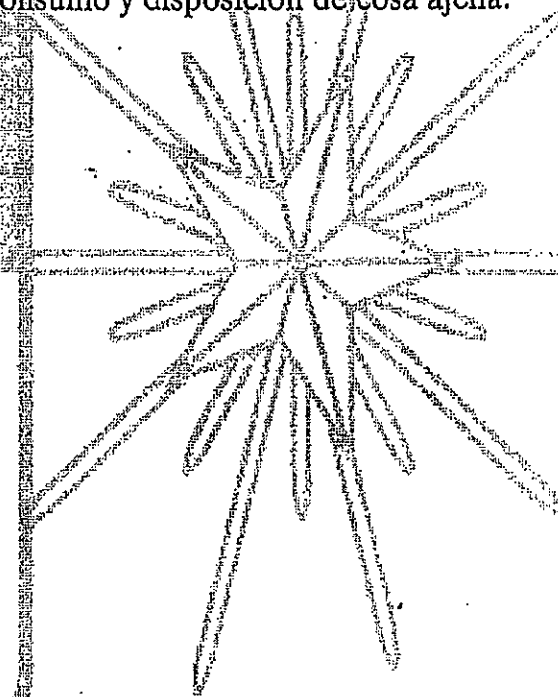
⁸⁶ Díez-Picazo, «La doctrina...», cit., págs. 128 a 130.

Por su parte, la *condictio* por impensas queda de alguna manera comprendida por todas aquellas previsiones legislativas relativas a mejoras (siempre que éstas no constituyan el objeto de una «prestación», en cuyo caso nos hallaríamos en presencia de un supuesto de *Leistungskondiktio*), especialmente las recogidas en la liquidación del estado posesorio y en sede de accesión⁸⁷. No estaría de más acometer una labor de armonización del tratamiento de las mejoras en nuestro derecho, tanto dentro como fuera del ámbito de una relación obligatoria entre los afectados, pero no será éste el objetivo principal de esta investigación, aunque en ocasiones sea ineludible hacer referencia a la problemática derivada de los «enriquecimientos impuestos por impensas realizadas en patrimonio ajeno».

La que resulta particularmente equívoca en nuestro derecho es la regulación de aquellos supuestos de enriquecimiento sin causa que derivan de la ilegítima utilización de bienes ajenos por uso, consumo o disposición de cosa ajena, denominados dentro de la tipología propuesta como supuestos de enriquecimiento por intromisión. La información que el Código proporciona sobre este tipo de conflicto es parcial y escasa, dispersa y difícilmente armonizable. De los artículos cuyo examen resulta esencial para la construcción de la *condictio* por intromisión, y que son fundamentalmente los de restitución de frutos por el poseedor y los de accesión, puede deducirse sin dificultad la falta de unidad con la que el legislador hizo frente a estos problemas⁸⁸; mas no por ello debe descartarse la posibilidad de detectar cierta coherencia que, hasta cierto punto y dentro de los límites del derecho positivo, debe ser forzada, construida y modelada por el investigador. Se advierte además que se trata de supuestos especialmente confusos por la dificultad de deslindar convenientemente el ámbito de aplicación, función y contenido de la *condictio* por intromisión respecto de los de la acción de daños y de los de la reivindicatoria. Estas dificultades hacen sin embargo la labor del investigador especialmente atractiva y justifican que el dere-

cho de enriquecimiento en el derecho español se oriente en primer lugar al servicio de la resolución de los conflictos especialmente olvidados por nuestro legislador y a los que la creación de un «principio general» no ha sabido hasta hoy dar respuesta, los conflictos derivados de intromisión.

El profesor Díez-PICAZO concluía su estudio con una invitación a continuar la labor por él comenzada a partir de las nuevas pautas metodológicas a las que acabamos de hacer referencia⁸⁹. En este trabajo se recoge aquella invitación, eligiendo de entre los diversos temas objeto de estudio el de construcción de una *condictio* por intromisión en derecho español que oriente la resolución de los conflictos por uso, disfrute, consumo y disposición de cosa ajena.



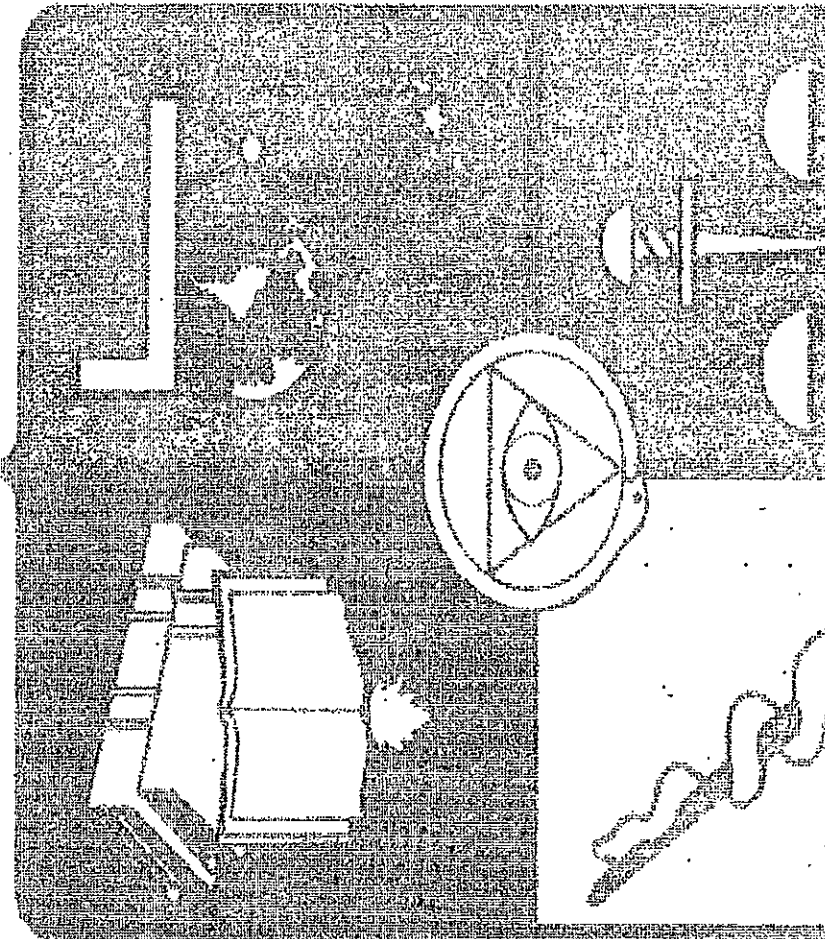
⁸⁷ Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 132.

⁸⁸ Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., págs. 120 y ss.

⁸⁹ Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 133.

CAPITULO SEGUNDO

FUNCION Y FUNDAMENTO DE LA *CONDICTIO* POR INTROMISION



I. Fundamento de la *condictio* por intromisión

Partiendo de la acreditada opinión de que el enriquecimiento obtenido debe permanecer, como principio, en el patrimonio en el que se produce, toda obligación restitutoria necesita apoyarse en una justificación que la haga preferible a la seguridad jurídica que dicha permanencia proporciona¹. Tan absurdo resultaría mantener la necesidad de revisión de la adecuación jurídica de todos los lucros, como una petrificación insalvable de los mismos una vez se hubieren producido². De entre las soluciones intermedias posibles, el ordenamiento jurídico opta —con buen criterio— por dar preferencia a la seguridad jurídica, exigiendo razones convincentes para remover aquellos lucros que ya han tenido lugar (argumento apreciable en el art. 358 de nuestro Código civil, el cual, como regla en materia de accesión, otorga al titular del predio la propiedad de todo lo que se edifique, plantare o sembrare en el mismo). Una de estas poderosas razones que pueden obligar a la restitución del enriquecimiento es que éste haya sido obtenido por intromisión en la esfera jurídico patrimonial ajena.

Ahora bien, aunque el término «intromisión» haga referencia al fundamento de la obligación restitutoria, difícilmen-

¹ DÍEZ-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 43. PANTALEÓN, en «Comentario del Código civil», II, 2.ª ed., Madrid, 1993, artículo 1.902, pág. 1989. CANTZLER, «Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch», AcP, 156 (1957), págs. 49 y ss. HUBMANN, «Der Bereicherungsanspruch im Persönlichkeitsrecht», en *Der Urheber und seine Rechte. Ehrengabe für Eugen Ulmer*, Baden-Baden, 1965, pág. 115. THIELE, «Gedanken zur Vorteilsausgleichung», AcP, 167 (1967), págs. 162 y ss.

² DÍEZ-PICAZO, «La doctrina...», cit., pág. 43.

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 construido 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 restituído. 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 atribución.

1. LA TEORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD Y SU CRÍTICA

La teoría de la antijuridicidad fue originariamente formulada por SCHULZ⁴ y supuso un primer viraje en la concepción global del enriquecimiento injustificado⁵; así como un avance respecto a quienes pretendían entenderlo y manejarlo como mera cláusula residual de equidad.

Frente a los dogmas impuestos por la heredada teoría de las *condiciones*, a partir del supuesto tipo de enriquecimiento por prestación, la nueva propuesta gira en torno a la idea de *adquisición intromisiva*⁶. La cuestión central que concierne al derecho de enriquecimiento no es ya la existencia de un des-

³ CANARIS/ARENZ, *Lehrbuch...*, cit., pág. 134.

⁴ Díez-PICAZO, «La doctrina...», cit., págs. 118 y 119.

⁵ SCHULZ, «System der Rechte auf den Eingriffserwerb», *AcP*, 105 (1909), págs. 1 y ss.

⁶ REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 24.

⁷ WILBURG, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, Graz, 1934, pág. 26. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812, Rn. 132. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 25.

⁸ SCHULZ, «System...», cit., págs. 43 y ss.

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-

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).

¹⁰ SCHULZ, «System...», cit., págs. 427 y ss.

¹¹ SCHULZ, «System...», cit., pág. 442.

¹² SCHULZ, «System...», cit., pág. 444.

demnizatoria»: 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 ganancia¹³.

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 demandante¹⁴, y donde «sin causa jurídica» puede ser sustituido por «antijuridicamente», ya que, como venimos observando, la pretensión por enriquecimiento injustificado ha quedado sustituida por una genérica pretensión por acción antijurídica¹⁵.

Hoy en día, la antijuridicidad como fundamento único o primario de la pretensión de enriquecimiento injustificado recibe el rechazo generalizado de la doctrina dominante¹⁶, 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 BATSOH, *Vermögensverschiebung...*, cit., págs. 84 y ss. BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich der Eingriffskondiktion im Wettbewerbsrecht*, Baden Baden, 1992, pag. 39. VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., pág. 229. CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 169 y ss. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *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. FRKENTSCHEER, *Schuldrecht...*, cit., pág. 682. HÜFFER, «Die Eingriffskondiktion...», cit., pág. 263. KLEINHEYER, «Rechtsgutsverwendung...», 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. MÜNCHKOMM/LIEB, § 812, Rn. 200. REEB, *Grundprobleme...*, cit., pág. 34. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 245 y ss. RÜMKER, *Das Tatbestandsmerkmal...*, 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 antijuridicidad¹⁷. 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 teoría¹⁸.

La inadecuación de la «antijuridicidad» como principio fundamentador de la *condictio* por intromisión se da tanto por exceso como por defecto¹⁹. 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 Eingriffskondiktion...», 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 naturaleza²², 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 dependencia²³, la teoría de la antijuridicidad se dirige siempre contra el infractor, aunque en absoluto haya obtenido beneficio alguno²⁴. 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 vez²⁶?

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., pag. 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., pag. 169.

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

²⁶ KLEINHEYER, «Rechtszutsverwendung...», cit., n.º 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 restitutoria²⁷. 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 cambiante²⁸.

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 JAKOBS²⁹. 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 éste³⁰; solo puede tratarse de una pretensión por violación del derecho de propiedad³¹. 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 omitir³². 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, pag. 54.

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

²⁹ En general, valoraciones sobre la aportación doctrinal de este autor, RÜMKE, *Das Tatbestandsmerkmal...*, cit., pag. 24. WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pag. 90. WOLF, J., *Der Stand der Bereicherungslehre...*, cit., pag. 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., pag. 38.

intromisor y el patrimonio del titular para justificar la pretensión por enriquecimiento intromisivo³³.

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 intromisivos en los que no hay daño ésta es la única manera de articular una pena para el intromisor, pena que se materializa en la restitución de todo el incremento patrimonial que haya sido obtenido a través de la acción antijurídica, 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 antijurídico, lo que dará lugar a la pretensión por enriquecimiento injustificado. (II) Quien quita clientes a sus competidores dentro de los límites de la lícita y leal competencia es un profesional diligente; mas si en su labor competencial viola alguna de las normas reguladoras de la licitud o lealtad exigibles, puede ser demandado por enriquecimiento intromisivo (pág. 99). Es evidente que el empresario que actúa lícitamente no obtiene nada «de» sus competidores, pero como la *Eingriffskondiktion* sólo depende de la existencia de un incremento patrimonial obtenido por acción antijurídica, 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 antijuridicidad, la fórmula «intromisión antijurídica» 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 intromisión³⁷.

Esta incapacidad para erigirse fundamento y para delimitar satisfactoriamente el ámbito de aplicación de la *Eingriffskondiktion* deriva del hecho de que la mera antijuridicidad 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 intromisión antijurídica 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. MÜNCHKOMM/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 exclusiva⁴³.

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 terminante 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 *Eingriffskondiction* sólo es admisible si este 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 restitutorio 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 restituido 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 *Eingriffskondiktion* 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 pertenece⁵⁵. Hay que formular el juicio de antijuridicidad en términos positivos: la acción que procura provecho o ganancia a su autor está reservada a otra persona⁵⁶.

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 ordenación⁵⁷. 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 misma⁵⁸. La perspectiva punitiva debe rechazarse porque excluye toda posibilidad de que el intromisor pueda quedarse con el premio (ganancia neta) 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 expuesta⁶⁰.

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 extender 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-

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

⁶² ESSER/WEYERS, *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 antijurídica, 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 automaticidad en la aplicación de la regla de restitución de toda la ganancia, WILHELM, *Rechtsverletzung...*, cit., pág. 86.

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.

⁶⁴ KOPPENSTEINER/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 BATSCHE, *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 obtenerlos.⁷² WILBURG cimenta la llamada teoría de la atribución (*Zuweisungslehre*)⁷³; posteriormente consagrada por VON CAEMMERER⁷⁴, la cual, con su formulación sencilla y certera, 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 fundaméntador de las pretensiones de enriquecimiento por intromisión.⁷⁵

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 negatoria. 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, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Tübingen, 1968, págs. 209 y ss.

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 «sacrificado») 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. 28.

la misma protección que aquél ⁷⁹, 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 *Eingriffskondiktion* 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 prescin-

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

⁸³ CANARIS/LARENZ, *Lehrbuch...*, cit., págs. 168 y ss. ERMANN/WESTERMANN, § 812, Rn. 65. ESSER/WEYERS, *Schuldrecht...*, cit., págs. 461 y ss. KENTSCHER, *Schuldrecht...*, cit., pág. 682. HOFFER, «Die Eingriffskondiktion...», cit., págs. 263 y 264. KÖNIG, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 157 y ss. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 72 y ss. KÜRZ, *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. 434. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb...», cit., págs. 523 y ss. MÜNCHKOMM/LIEB, § 812, Rn. 204 y ss. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 241 y ss. RGRK/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 accesión, conmixción y especificación. Prefijado el contenido de atribución sin estas consideraciones, se corre el riesgo de consagrarlo como criterio de concesión de la *Eingriffskondiktion* 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, esto es, sobre la enumeración de los derechos y posiciones jurídicas protegidos en virtud de su contenido de atribución, así como sobre el alcance reparatorio 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-

JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 23 y ss. KAISER, «Die Nutzungsherausgabe...», cit., pág. 97. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., págs. 90 y ss. KLEINHEBER, «Rechtsgutsverwendung...», cit., pág. 472. KOPFENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 77. MÜNCHKOMM/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.

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/WESTERMANN, § 812, Rn. 66. HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., págs. 68 y ss.

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

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

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 antijuridicidad; 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, esto es, 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» amparados 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 antijuridicidad, 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 antijuridicidad 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 *Eingriffskondiktion* 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-

insostenible), 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, ERMAN/WESTERMANN, § 812, Rn. 70. MESTMÄCKER, «Eingriffserwerb...», cit., pág. 526. MÜNCHKOMM/LIEB, § 812, Rn. 217. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 268. RÜMKER, *Das Tatbestandsmerkmal...*, cit., pág. 59. SCHLECHTRIEM, *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 beneficio⁹⁷.

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 MÜNCHKOMM/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 misma⁹⁹.

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 injerencia¹⁰⁰.

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 precio por permitir la), 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 licitud y lealtad se enriquece 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 KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte*..., cit., págs. 73 y ss. KURZ, *Der Besitz*..., cit., pág. 64. MÜNCHKOMM/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 misma¹⁰¹. 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 *Eingriffskondiktion*. 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 irremediamente 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 comercializables¹⁰².

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 aquél¹⁰³. La «clientela» es un bien de mercado, pero su valor no es restituible 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 éstos¹⁰⁵. 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 Eingriffskondiktion...», cit., págs. 263 y ss. KAISER, «Die Nutzungsherausgabe...», cit., pág. 117. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 71. KURZ, *Der Besitz...*, cit., pág. 64. MÜNCH-KOMM/LIEB, § 812, Rn. 209 y 290. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., pág. 256. RGRK/HEIMANN-TROSIEN, § 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 actual 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. KOPPENS-TEINER/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, «Eingriffserwerb...», 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 obligacional 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 *Eingriffskondiktion* 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 CANALS BARCELÓ, *Explotación...*, cit., pág. 152.

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 *reaccionar* 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-

drid, 1991, págs. 599 y ss. «Al hablar concretamente de algunos de estos casos recogidos bajo la aludida expresión *ex variis causarum figuris*, los jurisconsultos 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 datione*, 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 *subsiguente* («*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, *Bereicherungsansprüche...*, 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 *Eingriffskondiktion* 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 admiten 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 *Eingriffskondiktion*.

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 reparatorio con independencia de la calidad o cantidad de reproche que quepa hacer al intromisor; digamos que «conge-la» 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 REINTEGRACION

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. HÖFFER, «Die Eingriffskondiktion...», cit., pág. 263. KAISER, «Die Nutzungsherausgabe...», cit., págs. 94 y 129. 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. MÜNCHKOMM/LIEB, § 812, Rn. 204 y ss. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 234 y ss. RGRK/HEIMANN-TROSIEN, § 812, Rn. 42. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht...*, cit., págs. 302 y ss.; «Güterschutz...», cit., págs. 57 y ss. SOERGEL/MÜHL, § 812, Rn. 134. STAUDINGER/LÖRENZ, § 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. FICKENTSCHEER, *Schuldrecht...*, cit., pág. 684. HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, 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. MÜNCHKOMM/LIEB, § 812, Rn. 15. REUTER/MARTINEK, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 323 y ss. SCHEYHING, «Leistungskondiktion...», cit., págs. 371 y ss. SCHULZ, «System...», cit., pág. 442. SOERGEL/MÜHL, Vor § 812, Rn. 37. STAUDINGER/LÖRENZ, § 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 *Eingriffskondiktion* 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 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 jurídico y materialmente ya perpetrado. La objetividad común reside en que ni en uno ni en otro supuesto se altera el mecanismo reparatorio 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, presta-

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 *Eingriffskondiktion* 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 aquélla 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 *trascendencia 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 reparatorio que hemos denominado «cuasicontractual» (de carácter objetivo). Con estas coordenadas de función y fundamento, la *condictio* por intromisión queda configurada como aquella pretensión reparatoria 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. ERMAN/WESTERMANN, Vor § 812, Rn. 3.

¹²⁷ BÜSCHING, *Der Anwendungsbereich...*, cit., pág. 59. ESSER/WEYERS, *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 *vindicatio*); 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. BÜSCHING, *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. FICKENTSCHER, *Schuldrecht...*, cit., pág. 705. GOETZCKE, «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. 126 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. STEINDORFF, «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 inte-

la visión de la restitución por intromisión como fenómeno de protección de derechos a través de módulos reparatorios 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 reparatoria 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

tromisor) o la multiplicación (determinada o determinable) del valor de la licencia que hubiera sido exigible (ASSMANN, «Schadensersatz...», cit., pág. 17; PIETZKER, «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 merecedoras de punición. KOPPENSTEINER/KRAMER, *Ungerechtfertigte...*, cit., págs. 110 y ss. LOWENBURG, *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 (surja con función y fundamento propios) sin necesidad de un título de imputación, no excluye la posibilidad de considerar la conveniencia de agravar la obligación reparatoria 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 sabiendas de que la medida reparatoria 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 resti-

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

¹³⁴ De la remisión del § 687 II al § 681 y de la que éste hace al § 667 (e 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 reequilibrio acorde con los postulados del orden jurídico-tributivo, que es consustancial al mecanismo reparatorio. Lo que suponen 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

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 proporciona un sólo argumento, dogmático o normativo, por el que en todos los supuestos de intromisión la ganancia obtenida

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 Stand...*, 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; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades. I. Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, pág. 423; PAZ-ARES, en «Comentario...», 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 supues-

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

¹³⁸ Reconocen el carácter punitivo, BÜSCHING, *Der Anwendungsbe- reich...*, cit., pág. 148. JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 103 y ss. Lo niegan, HAINES, *Bereicherungsansprüche...*, cit., pág. 49. KAISER, «Die Nutzungsherausgabe...», cit., págs. 136 ss. KELLMANN, *Grundsätze...*, cit., pág.

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 reparatorias, 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 reparatorio 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. 1971.

¹⁴⁴ ALBALADEJO, *Derecho civil...*, II/2, cit., págs. 449 y ss. ALVAREZ-CAPEROCHIL, «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.º, 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.º, cit., págs. 373 y ss. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECERUS, *Derecho de obligaciones...*, cit., págs. 948 y ss. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, II-3.º, cit., págs. 59 y ss. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios...*, II-2.º, 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 (bien esta 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 usu-

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. 10. KELLMANN, *Grundsätze...*, 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 a 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 supuesto en los que confluyen ambas pretensiones (pág. 50).

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 dañosa; 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 (*Verletzervorteil*). 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 aquél (la intromisión impide que el titular de la patente/licencia su derecho en el mercado o bien, cuando la explota 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 aquéllos 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 cuestión sobre la compatibilidad entre ambas pretensiones.

brauchmusterverletzung», *GRUR*, 1963, págs. 231 y ss. BÖTTICHER, «Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm», *AcP*, 158 (1959), págs. 385 y ss. BRANDNER, «Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, págs. 359. BÜSCHING, *Der Anwendungsreich...*, cit., págs. 33 y ss. VON CAEMMERER, «Bereicherung...», cit., págs. 231 y ss. COING, «Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden», *S.*, 1950, págs. 866 y ss. DAUBLER, «Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzergewinns - atypische Formen des Schadensersatzes», *JuS*, 1969, págs. 49 y ss. DELAHAYE, «Kernprobleme der Schadensberechnungsarten bei Schutzrechtsverletzungen», *GRUR*, 1986, págs. 217 y ss. «Die Bereicherungshaftung bei Schutzrechtsverletzungen», *GRUR*, 1986, págs. 856 y ss. FRIESER, *Der Bereicherungswegfall in Parallele zur hypothetischen Schadensentwicklung*, Berlin, 1987, págs. 68 y ss. GIESEKE, «Zur Bereicherungshaftung bei Urheberrechtsverletzungen», *GRUR*, 1986, págs. 18 y ss. HEIL y ROOS, «Zur dreifachen Schadensberechnung bei Übernahme sonderrechtlich nicht geschützter Leistungen», *GRUR*, 1986, págs. 26 y ss. JAKOBS, *Eingriffserwerb...*, cit., págs. 82 y ss. KÖNIG, «Zur Bereicherungshaftung...», cit., págs. 190 y ss. KÖRNER, «Die Aufwertung der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte durch die Rechtsprechung zum Verletzervorteil 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 Verletzergewinns bzw. des entgangenen Gewinns», *BB*, 1986, págs. 1682 y ss. LEISSE, «Die Fiktion im Schadensersatzrecht», *GRUR*, 1988, págs. 88 y ss. LEISSE y TRAUB, «Schadensschätzung im unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, págs. 1 y ss. LOEWENHEIM, «Möglichkeit der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *ZHR*, (135) 1971, págs. 97 y ss. MERTENS, *Der Begriff Vermögensschaden im bürgerlichen Recht*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mai 1967. NEUNER, «Interesse und Vermögensschaden», *AcP*, 133 (1933), 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*, 1975, págs. 55 y ss. PINZGER, «Der Bereicherungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und im 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», *Festschrift für Heinrich Hubmann*, 1985, págs. 373 y ss. STEINDORFF, «Abstrakte und konkrete Schadensberechnung», *AcP*, 158 (1959), págs. 43 y ss. ULLMANN, «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.¹⁴⁸

1978, págs. 615 y ss. VOLLRATH, «Zur Berücksichtigung der Entwicklungs- und Schutzrechtskosten bei der Bemessung der Schadensersatz-Lizenzgebühr für Patentverletzung», *GRUR*, 1988, págs. 88 y ss. WILBURG, «Zur Lehre der Vorteilausgleichung», *Jahrb.*, 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», *RGLI*, 1985, págs. 105 y ss. BOTANA AGRA, «Transmisión y defensa de la patente en la nueva ley española de patentes», *Actas de derecho industrial*, 11, año 1985-86, págs. 103 y ss. CARRASCO PERERA, en «Comentarios a la Ley de propiedad intelectual» (dir. por Rodrigo BERCOVITZ-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. Díez-PICAZO, en «Comentarios a la Ley de propiedad intelectual» (dir. por Rodrigo BERCOVITZ-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 SEGADE, *La modernización del derecho español de patentes*, Madrid, 1984, págs. 205 y ss. GÓMEZ SEGADE, «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 DEVESA, «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. PEDEMONTE FEO, *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. PORTELLANO, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1995, págs. 147 y ss.

¹⁴⁸ A favor de la compatibilidad, ALVAREZ-CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 110 y 111. Díez-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.º, cit., pág. 442. MIGUEL GONZÁLEZ, voz «Enriquecimiento injustificado», en *EJB*, II. Ma-

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

La acción de daños se encarga de la indemnización aquellos perjuicios patrimoniales que pueden imputarse a la persona demandada. Sus requisitos son por lo tanto el daño, el nexo de causalidad entre éste acción del demandado, y un criterio de imputación o juicio 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. 1. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones...*, cit., pág. 190. NÚÑEZ LA ENRIQUECIMIENTO..., en «Código...», XXX-2.º, 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 solución de supuestos similares (STS 28-I-56, 10-III-58, 5-V-64, 24-I-7 X-85), aunque no siempre las sentencias que resuelven intromisión mineras hayan acudido a la «conductio» (STS 30-VI-61, 2-III-63, que mitan a la acción de daños), o al menos, no con la misma claridad y tendencia (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 legitimamente 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-CAPEROCHIELI, *El enriquecimiento...*, cit., págs. 110 y 111. LACRUZ-BERDEJO, *Elementos...*, II-2.º, cit., pág. 437. MOISSET DE ESPANES, «Notas...», cit., pág. 277. NÚÑEZ-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 CÁMARA, «Enriquecimiento...», cit., págs. 183 y ss. DÍEZ-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 interdictal 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 cuenta con varias acciones que defienden cumulativamente las diversas facetas de su posición jurídica: la reivindicatoria para recuperar la posesión; la acción indemnizatoria para resarcimiento del daño emergente (que cubre los daños/pérdida, daños/desperfecto y daños/gasto sustitutorio) así como el lucro cesante; y la acción de enriquecimiento para la reducción del valor de goce del objeto usurpado.¹⁵²

Ahora bien, debemos cuestionarnos en qué medida los diversos módulos indemnizatorios son compatibles con la reducción del valor de uso del bien usurpado que provoca la *conductio* por intromisión (el valor del alquiler del coche dura el tiempo que hubiese durado la usurpación). En principio parece despertar ningún recelo la compatibilidad de la reducción de éste junto a la indemnización del daño/pérdida 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 exbles ambas partidas el demandante se enriquece a su costa

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 es 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 se ha deshecho del coche, la acción reivindicatoria no será posible ya que A ha dejado de ser poseedor ilegítimo de la cosa, pero nada impide que A pague 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, absorba que las consecuencias jurídicas de las demás. Sería absurdo conceder la acción reivindicatoria que incluyera la posibilidad de resarcir daños y 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 *Eingriffskondiktion* 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 consustancial 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 previsiblemente 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 acumulada de dos maneras diferentes, una de las cuales facilita restitución del valor (objetivo) de uso del bien usurpado, 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 mismo 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 facultades 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 excluyen entre sí ya que comparten el mismo contenido material aunque tengan fundamentos jurídicos distintos, cada una de los cuales hace referencia a una dimensión distinta del valor desaparecido. La acción indemnizatoria posibilita el rescatamiento del valor que corresponda al daño efectivamente

¹⁵⁴ El demandante puede optar por el ejercicio de estas acciones de recuperación del valor usurpado aun cuando la acción reivindicatoria fuese posible. Cada una de las tres acciones cubre un aspecto determinado de 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.^a 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-III, pág. 953. OTAMENDI, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Pamplona, 1994, págs. 278 y ss. OTERO LASTRES, «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 CHULIA, «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 (*Eingriffskondiktion*) no es posible una correcta interpretación del artículo 18.6.^a 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 o explotación.

