

Restitución de ganancias 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 injustificado como fuente general de obligaciones¹

1. *El enriquecimiento injustificado entre 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 Gayo, las obligaciones que nacen como de un contrato (*quasi 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 las figuras cuasicontractuales típicas desarrolladas en los códigos civiles y que han conservado una 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 accesión, la reivindicación exitosa con efectos obligatorios en materias de frutos, deterioros y mejoras, y muchas otras que tienen su filiación en las *condictiones* romanas, o que pueden ser explicadas por analogía².

En los principales sistemas jurídicos, bajo distintas formas, estas *condictiones* y cuasicontratos han pasado a ser interpretados a la luz del principio unificador de enriquecimiento injustificado o sin causa,

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

² Parte importante de estas *condictiones* han sido incorporadas en el derecho civil de influencia francesa en la doctrina del contrato gracias a la doctrina de la causa; lo contrario ocurre en el derecho alemán y el *common law*, donde han mantenido su tipificación como *condictiones*.

que es concebido como razón justificadora común para todos ellos. Una importante generalización del derecho civil moderno en la materia, atribuible a la escolástica española y a *H. Grocio*³, ha sido reunir las diversas hipótesis de obligaciones restitutorias bajo ese concepto normativo e indeterminado⁴.

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 reconocidos 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 injustificado⁵.

Así, con razón se propone 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 de esta ordenación a efectos de este estudio es intentar hacer claridad acerca de la concurrencia de hipótesis cubiertas por el derecho de contratos o de la responsabilidad extracontractual, por un lado, con acciones restitutorias que tengan por antecedente el enriquecimiento injustificado, por el otro.

2. *Dificultad de reconocer el enriquecimiento injustificado como una fuente de obligaciones de generalidad equivalente al contrato y a la responsabilidad por ilícitos extracontractuales.* El derecho civil reconoce pretensiones de reparación en naturaleza, indemnizatorias y de restitución de ganancias. La reparación en naturaleza se puede obtener mediante acciones personales derivadas del incumplimiento contractual o del ilícito extracontractual, en su caso, además de la acción real orientada a recuperar la posesión perdida. Las acciones indemnizatorias también pueden tener por antecedente el incumplimiento del contrato o los demás hechos que causan daño y pueden ser acumulables a la reparación en naturaleza.

En otras palabras, en nuestra tradición jurídica el sistema de acciones tiende a relativizar la distinción del análisis económico del derecho entre protección de derechos de propiedad, en que el titular puede hacer valer su derecho respecto de cualquier tercero que lo discuta, y reglas de responsabilidad, en que

³ *H. Grocio*, de *De iure belli ac pacis*, 1625, libro II del título XVII, bajo el denominación *De damno per iniuriam dato*.

⁴ Sobre los orígenes de la doctrina del enriquecimiento sin causa en la *escolástica española* y en *Grocio* y sus antecedentes en el derecho romano y común, *R. Zimmermann*, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta, 1990, 885.

⁵ *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.

el titular se debe conformar con una reparación en dinero⁶. Por otro lado, nada impide que el derecho sólo conceda una acción indemnizatoria, aunque se vea afectado un derecho de propiedad⁷.

Conviene tener presente, sin embargo, que del mismo modo como en la doctrina moral es mayor la relevancia del daño causado a un tercero que de los beneficios que concedemos a otros, también en el derecho las acciones que persiguen la reparación del daño están sujetas a requisitos más generales que las restitutorias de beneficios⁸.

Por eso, aunque el principio restitutorio del 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, de esas otras fuentes de obligaciones. Ocurre que el enriquecimiento injustificado es un principio normativo mucho más impreciso que el contrato o el ilícito dañoso, de modo que las obligaciones restitutorias no responden a un criterio de la misma generalidad que las obligaciones indemnizatorias por incumplimiento contractual o por daños provocados por nuestra culpa. Lo cierto es que mientras se puede decir con claridad que los contratos y los ilícitos que causan daño dan lugar a obligaciones, la respuesta es más oscura tratándose del enriquecimiento injustificado.

- 3: *¿Por qué no se puede asumir una regla general de restitución de toda ganancia 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: (a) la sociedad en que vivimos supone vínculos básicos e inmanentes de cooperación, que se expresan en principios de justicia política a un nivel más general que el derecho privado; (b) llevar esa cuenta corriente de beneficios recíprocos se enfrenta con dificultades insuperables de inconmensurabilidad, pues los beneficios que nos proveemos son de índoles muy diversas; y, aunque se estableciere un método de medición, los costos de transacción que envolvería esa medición serían inabordables; (c) en la gran mayoría de los casos, el interés 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 terceros⁹; y (d) a la

⁶ 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 acciones 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.

⁷ Un análisis inverso al de A. Calabresi y A. D. Melamed [nota anterior], que intenta comprender los derechos a la luz de las acciones, en R. Epstein, Principles of a Free Society: Reconciling Individual Liberty and the Common Good, Reading (Mass.): Perseus, 1998, 215.

⁸ P. Cane, The Anatomy of Tort Law, Oxford: Hart, 1997, 113.

⁹ J. E. Penner, Basic Obligations, en P. Birks editor, Classification of Obligations [nota 5], 91 (107).

inversa, la mayoría de los beneficios que se siguen de nuestra interacción espontánea son obtenidos sin que el beneficiado siquiera tenga conocimiento, de modo que no se puede imponer una carga que no tiene por supuesto un consentimiento (por eso, los efectos de la agencia oficiosa se diferencian de los del contrato de mandato).

En suma, hay muchas buenas razones para que no resulte aceptable una regla general que nos obligue a restituir las ganancias o beneficios que obtenemos de los demás sin justificación legal o contractual¹⁰. No es imaginable un ordenamiento que establezca una regla general que obligue a restituir todos los beneficios obtenidos de un tercero que carezcan de fundamento en la ley o en el contrato. Tal vez por eso esta ha sido denominada la más romántica de las acciones¹¹.

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 diferentes¹².

Una mirada comparada evidencia que las hipótesis concretas de enriquecimiento injustificado difícilmente son subsumibles en un solo 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 muestra la dificultad de elaborar en la materia una doctrina razonable, por refinada que sea, a partir de un concepto de excesiva generalidad¹³.

¹⁰ Una reseña en L. Díez-Picazo, *La doctrina del enriquecimiento injustificado* [nota 1], 35.

¹¹ J. Carbonnier, *Droit civil II*, Paris: Quadrige Puf, 2004, § 1226, citando a Ricca-Barberis.

¹² D. Medicus, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, München: Beck, 11ª edición, 2003, 302.

¹³ Es sintomático que la doctrina francesa del enriquecimiento injustificado, que luego influyó en los sistemas jurídicos español e iberoamericano, haya sido construida bajo temprana influencia de la doctrina alemana, en una época cuando aún se perseguía construir una teoría unitaria en la materia, pretensión que luego fue 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 Wrongs'*, en A. Burrows y of Earlsferry editores, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford: Oxford University Press, 2006, 379 (382).

El trabajo dogmático y jurisprudencial está mejor orientado desde el análisis de tipos de casos que presentan analogías básicas y a cuyo respecto existen razones comunes para dar lugar a restituciones, que a partir de un principio filosófico-jurídico que resulta muy disputado¹⁴.

Por eso, la tradición que ordena la materia bajo ciertos supuestos acotados, como en las antiguas *condictiones* romanas, es más virtuosa que una doctrina construida sobre la base de un supuesto demasiado general. Y aunque a falta de una ordenación legal extensiva, la jurisprudencia deba recurrir a un principio general, por el camino de una *analogia iuris*, ocurre que un principio abstracto que dé lugar a la restitución de beneficios injustificados, cualquiera sea la manera en que es formulado, no puede precisar de manera suficientemente diferenciada sus propias condiciones de aplicación. Por eso, todo indica que es necesario darle forma dogmática más diferenciada para evitar que la excesiva generalidad derive en un vulgarismo desatado¹⁵.

5. *El enriquecimiento por intromisión como relevante a efectos de este trabajo.* Si se acepta de manera simplificada la clasificación de enriquecimiento por prestación y por intromisión¹⁶, se muestra que las

¹⁴ En la filosofía del derecho privado hay dudas acerca de las razones de justicia para restituir lo recibido injustificadamente. *J. Coleman* piensa que sólo en el caso de la responsabilidad reparadora que tiene por antecedente 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, porque aumenta la probabilidad de que sean víctimas de un accidente; el deber de entregar las ganancias que se siguen injustificadamente de una actividad sigue, en su opinión, 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 (*E. Weinrib, Juridical Classifications of Obligations*, en *Peter Birks* ed., *The Classification of Obligations* [nota 5], 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 36).

¹⁵ La doctrina alemana es la que mejor ha encarado esta tarea dogmática; incluso ordenamientos de gran complejidad, como el inglés, tienden a mirar hacia ese desarrollo doctrinal como el más fértil en esta materia (*T. Krebs, The Fallacy of 'Restitution for Wrongs'* [nota 13] 379); 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* (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).

¹⁶ Se asume aquí una simplificación, que se explica por el propósito de la ponencia, que excluye las hipótesis de enriquecimiento sin prestación distintas a la intromisión en derecho ajeno, que corresponden a la *restitución de mejoras* que ha efectuado quien debe restituir la cosa (*Aufwendungskondition*) y a la *extinción onerosa de una*

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 relevantes¹⁷. Asimismo se muestra que los grupos de acciones de restitución tienen su origen tanto en relaciones obligatorias como de propiedad (u otras de titularidad exclusiva análoga a la propiedad, como el derecho a la imagen y otros derechos de la personalidad).

Entre las primeras, figuran especialmente las restituciones que tienen su antecedente en relaciones obligatorias que erróneamente se asume que existen y se pretenden extinguir, como, por ejemplo, el pago de lo no debido; pero también restituciones que tienen por antecedente prestaciones que han perdido su justificación en razón de nulidad, condición resolutoria, terminación o retracto contractual.

En las segundas, la restitución de beneficios se sigue de intromisión en derechos ajenos que garantizan al titular un derecho de exclusividad, de modo que la obligación restitutoria se asocia a derechos de propiedad, con la consecuencia de que hay lugar a la restitución de beneficios obtenidos sin fundamento jurídico, aunque no haya sufrido daño el titular¹⁸. En atención a que la materia central de este trabajo es la concurrencia de acciones de enriquecimiento (por un lado) con acciones indemnizatorias y de ejecución en naturaleza (por el otro), aquí sólo resulta relevante este enriquecimiento por intromisión.

La pregunta se refiere a cuándo un hecho que genera responsabilidad por el incumplimiento de un contrato o por un ilícito extracontractual puede *también* dar lugar a una acción de restitución de las ganancias que se sigan de ese hecho.

El enriquecimiento por intromisión es típico de derechos absolutos que pueden ser oponibles a cualquiera que pretenda intervenir en ellos, como ocurre con la propiedad sobre cosas corporales y con los derechos de exclusividad que se rigen por las reglas del dominio (propiedad intelectual e industrial) o que tienen una estructura análoga a la propiedad (contenido patrimonial de los derechos de la

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 12], 341.

¹⁷ 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 el acreedor al deudor de la obligación de restitución) y demasiado expansivos (porque carece de instrumentos analíticos para distinguir las razones para acceder a la acción restitutoria en ciertos grupos de casos y no en otros); es sintomático que en uno de los manuales franceses más renombrados le sean dedicadas unas pocas páginas al principio de enriquecimiento injustificado, 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. Simler e Y. Lequette, Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz, 8ª edición, 2002, 998).

¹⁸ *J. Coleman, Risks and Wrongs* [nota 14], 183.

personalidad). Pero también puede favorecer a quienes gocen de esos bienes a título de derecho personal (arrendatario, comodatario, titular de un derecho de licencia). La pregunta que se analiza en la sección III se refiere a si la acción por enriquecimiento también puede ser planteada por el acreedor contra el deudor incumplidor que se ha beneficiado de su incumplimiento.

En circunstancias que el alcance típico de la *condictio* por intromisión tiene una extensión que se cubre con la que el derecho civil reconoce a los derechos de propiedad (entendidos en sentido amplio)¹⁹, su procedencia es independiente de las razones por las cuales se lleva a cabo la intromisión. En efecto, la propiedad otorga el derecho de excluir a los terceros de su goce, de modo que el solo hecho de la intromisión puede ser tenido por supuesto de hecho suficiente para la obligación de restituir las ganancias o beneficios consecuentes.

A diferencia de la reivindicación, que como acción real se dirige contra la cosa, la acción restitutoria de las ganancias obtenidas por intromisión es personal y se dirige contra quien haya hecho uso, goce o disposición sin autorización del bien que es objeto de un derecho de exclusividad. Pero una y otra presentan la analogía de que tienen por antecedente la acción de un tercero sobre un bien ajeno, afectando la exclusividad de su titular²⁰. La acción de enriquecimiento por intromisión es muy principalmente una forma de proteger derechos de propiedad, entendidos en sentido analógico, mediante obligaciones restitutorias²¹.

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.

¹⁹ R. Epstein, *Principles of a Free Society. Reconciling Individual Liberty and the Common Good* [nota 7], 108, 222.

²⁰ La acción restitutoria de ganancias puede técnicamente cumplir una función sustitutiva de la reivindicación, especialmente en casos en que esta acción 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 haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil la persecución (artículo 898) y por el *valor* de la cosa contra el poseedor de mala fe que haya dejado de poseer (artículo 900).

²¹ P. Birks, *Definition and Division: A Meditation on Institutes 3.13* [nota 5], 10.

Ante todo, lo comúnmente determinante en las acciones de enriquecimiento ha pasado a ser la ganancia del deudor y no el desplazamiento patrimonial, esto es, el empobrecimiento correlativo del acreedor (como suele ocurrir en las *condictiones* 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. Por eso, 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* restitutorio²⁴.

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

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 20], 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 tradicionalmente un requisito para limitar la aplicación del principio general (*F. Terré, Ph. Simler e Y. Lequette*, Droit civil. Les obligations [nota 17], 1002).

²³ *J. Coleman*, Risks and Wrongs [nota 14], 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 doctrina francesa de la acción de enriquecimiento, porque la medida de restitución es el valor menor entre el beneficio y el empobrecimiento (*Dalloz*, *Mégacode Civil*, 2003, artículo 1371, 123).

primaria, esto es, no deriva del incumplimiento de una obligación, ni de un deber general de conducta²⁵. Por eso, aun 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 y más 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 (lo que supone un contrato implícito). 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 de otro una ganancia sin contrato hay enriquecimiento relevante²⁷.

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 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.

Sin embargo, nada obsta para que un mismo hecho dé lugar a acciones restitutorias e indemnizatorias. Así ocurre cuando un mismo hecho causa daño patrimonial a una persona (reparación indemnizatoria) y

²⁵ *P. Birks*, Definition and Division: A Meditation on *Institutes* 3.13 [nota 5], 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, de modo que la acción está determinada por el resultado ganancioso y no pasa por la calificación de la conducta (*Münchener Kommentar* [nota 22], (*M. Lieb*) § 812, 207; *D. Medicus*, *Schuldrecht II* [nota 12], 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 15], 303).

²⁶ Sobre la intencionalidad como fuente de obligaciones restitutorias, infra párrafo 21.

²⁷ *J. E. Penner*, *Basic Obligations* [nota 9], 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 inmaterial; la cuestión es discutible en el derecho inglés; positivamente afirmando la indiferencia, *A. Burrows*, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, London i.a: Butterworths, 1994, 287; el enfoque opuesto había sido sostenido por *P. Atiyah*, *Contracts, Promises, and the Law of Obligations*, en *Essays on Contracts*, Oxford: Clarendon, 1986, 10, (21); la calificación de estas relaciones como de enriquecimiento es parte de su crítica a la doctrina del contrato como promesa.

enriquecimiento correlativo de otra (restitución de beneficios); es el caso de la nulidad de un contrato que se produce a consecuencias de la conducta dolosa de una de las partes, que da lugar, por un lado, a obligaciones restitutorias entre las partes y a reivindicación si la cosa ha pasado a un tercero (Código chileno, artículos 1687, 1689 y 904 ss.) y, por otro, a la responsabilidad por daños que tiene por antecedente una declaración contractual falsa.

En consecuencia, el enriquecimiento injustificado *puede* concurrir con hipótesis de responsabilidad por daños que se siguen de un incumplimiento contractual o de un ilícito extracontractual (y, como se verá, puede resultar ventajoso el remedio restitutorio respecto del indemnizatorio). Sin embargo, de ello no necesariamente se sigue que exista un cúmulo alternativo de pretensiones.

En las próximas secciones se tratarán sucesivamente las 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 ganancias injustificadas.* El contrato y el enriquecimiento injustificado son fuentes de obligaciones que responden a criterios normativos muy diferentes. El contrato justifica el enriquecimiento, porque es causa suficiente para que el acreedor lo obtenga. La doctrina moderna entiende al contrato como un instrumento de distribución de riesgos jurídicos²⁸, creando de este modo los incentivos económicos conexos a hacerse cargo de los resultados²⁹, de modo que 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 empobrecida carece de fundamento para demandar invocando el enriquecimiento de la contraparte, aunque éste supere lo que se podía esperar al momento de contratar³⁰. Todo ello es sin perjuicio de que la lógica económica del contrato sea que ambas partes se enriquezcan en razón de haber obtenido lo que recíprocamente se prometen.

A lo anterior se agrega la dificultad de aplicar en materia contractual la lógica de la propiedad. El incumplimiento contractual no afecta derechos de propiedad sobre el crédito según la particular lógica de los derechos personales: el incumplimiento del contrato no significa, en principio, irrupción alguna en el ámbito de exclusividad del acreedor en el goce de su derecho contractual. Sólo excepcionalmente hay

²⁸ El sistema de acciones contractuales como un sistema de distribución de riesgos recorre la obra de A. M. Morales, La modernización del derecho de obligaciones [nota 6], 337.

²⁹ Una reseña en H. Unberath, Die Vertragsverletzung, Tübingen: Mohr Siebeck, 130.

³⁰ Corte Casación francesa (Comercial), 18.1.1994 (Dalloz, Megacode Civil [nota 24] artículo 1371, 4).

contratos que garantizan al acreedor un espacio de exclusividad respecto del deudor, que puede entenderse cubierto por una pretensión restitutoria por efecto de intromisión (infra § 14).

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

Las pretensiones restitutorias en todos estos casos son independientes de las indemnizatorias, tanto en lo referente a las condiciones de procedencia, como al objetivo protector de la acción. En el primer sentido, los requisitos de la acción indemnizatoria suelen ser más exigentes que las de las acciones 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 que haya sufrido. La única superposición está dada por la circunstancia de que la restitución puede ser tenida por el piso de la indemnización, 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 incentivo natural a cumplir con su obligación)³². A su vez, reclamar a título de resolución la restitución de lo dado, entregado o hecho, o su valor, suele ser una opción razonable para el acreedor que no desea 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 incumplimiento imputable al deudor es necesario como requisito de la pretensión restitutoria³³.

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 monto 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, propiamente a una restitución de lo dado por el acreedor, sino al valor que la cosa tenga al momento de su avalúo, de modo que mantiene su naturaleza indemnizatoria, con la ventaja de que el acreedor no debe probar perjuicios.

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

³³ M. A. Morales, *La modernización del derecho de obligaciones* [nota 6], 44.

La neutralidad axiológica de las obligaciones restitutorias que surgen de la resolución del contrato se muestra 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 al acreedor para disminuir los perjuicios, en materia restitutoria puede ocurrir 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, si el deudor ha realizado parte importante de su encargo antes de caer en incumplimientos que den lugar a la resolución del contrato de servicios, tiene derecho a que el acreedor le restituya el valor de lo que hasta entonces haya prestado útilmente en su beneficio (que, a su vez, no puede ser objeto de restitución).

10. *Relevancia indemnizatoria de los beneficios del acreedor a consecuencia del incumplimiento.* A su vez, los beneficios obtenidos por el acreedor a causa del incumplimiento también 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 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 consecuencia del incumplimiento. Por eso, su consideración responde a una lógica estrictamente indemnizatoria.
11. *Interés del acreedor de accionar contra los beneficios del deudor a consecuencia de su propio incumplimiento.* Una pregunta distinta es si al acreedor contractual se le deben reconocer acciones para que el deudor le desembolse las ganancias que éste ha obtenido en razón de su incumplimiento. Este caso presenta diferencias con las restituciones que analógicamente responden a la idea de obligaciones *quasi ex contractu*, porque la acción del 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 propio incumplimiento contractual, con prescindencia de si el acreedor ha sufrido perjuicios.

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 deudor; la situación es especialmente seria si del incumplimiento no se sigue daño o los perjuicios son puramente nominales y, por el contrario, el deudor ha obtenido un importante beneficio a la siga del incumplimiento de su obligación.

³⁴ La jurisprudencia norteamericana parece haber cambiado de giro, en este mismo sentido (A. E. Farnsworth, *Contracts* [nota 32], 556). 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 6], 901); un desarrollo dogmático muy completo de la compensación de beneficios del acreedor en materia contractual en *Münchener Kommentar*, Tomo 2, 5ª edición, 2007, (H. Oetcker) § 249, 222.

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 se haya efectivamente producido. De hecho, el cálculo del lucro cesante podría hacerse reflejamente, a partir del enriquecimiento que significa para el deudor no haber negociado *ex post* con el acreedor una liberación de su obligación³⁵. Pero este fin se logra con más facilidad si el acreedor tiene disponible una acción directa 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 acreedor puede preferir la restitución de los beneficios obtenidos por el deudor a consecuencias de su incumplimiento contractual. La intuición, dirigida por la idea de enriquecimiento injustificado, lleva a preguntarse por las razones para que el acreedor pueda verse privado de esa acción, en circunstancias que las acciones restitutorias ni siquiera requieren un juicio de ilicitud y en esta hipótesis, por el contrario, incluso ese juicio de desvalor resulta posible.

Las limitaciones del razonamiento excesivamente abstracto en materia de enriquecimiento injustificado se muestran cuando se pone a prueba interna y externa esta inferencia aparentemente irrefutable. La cuestión ha adquirido cierta importancia en la discusión acerca de los remedios para el incumplimiento contractual en el derecho del *common law*; 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 frente a los incumplimientos contractuales, en razón del criterio restrictivo de subsidiaridad, pues ante el incumplimiento contractual el acreedor ya está protegido por las pretensiones de ejecución en naturaleza y de reparación de los daños. Enseguida se reseñará el estado de cosas doctrinario y comprado.

12. *Escepticismo doctrinario acerca de 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

³⁵ Es la manera de razonar de la ley chilena de propiedad industrial, que concede alternativamente al titular de un derecho que ha sido objeto de intrusión por tercero el derecho de indemnización de perjuicios, según las reglas generales de evaluación del daño, o bien, el derecho a demandar las utilidades obtenidas por el infractor como consecuencia de la intrusión o el precio que el infractor hubiere debido pagar al titular, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido (Ley N° 19.039, artículo 108).

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 interés³⁶, 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 deudor, las vicisitudes patrimoniales del acreedor a consecuencias de su conducta se ubican fuera del ámbito contractual. Por eso, la restitución de ganancias que el deudor haya obtenido a consecuencias de su incumplimiento carecerá normalmente de relevancia en el ámbito contractual³⁷. Al carecer de fundamento de justicia contractual, el remedio deviene en un instrumento punitivo, que tiene la función de prevenir el incumplimiento, adoleciendo así del mismo defecto instrumentalista, ajeno a la lógica del derecho privado, que afecta a la doctrina del incumplimiento eficiente.

Por otra parte, si se asume el argumento económico que procura que el sistema de remedios contractuales haga posible el incumplimiento eficiente, conviene atender a que la acción restitutoria de beneficios opera como incentivo en la dirección precisamente inversa a la doctrina del incumplimiento eficiente. De acuerdo con esta doctrina, el derecho debiere negar la acción de cumplimiento forzado de la obligación contractual, porque ello permitiría una mejor asignación de valor entre el deudor y el acreedor: el acreedor vería satisfecho el beneficio que el contrato le protege mediante una indemnización comprensiva tanto de su daño emergente (interés negativo), por los gastos y demás desembolsos que haya debido realizar, como de su lucro cesante (interés positivo), representado por la ganancia esperada; el deudor incumple, por su parte, precisamente porque obtiene un beneficio mayor que el costo de indemnizar al 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, que supone que el deudor pueda apropiarse de los beneficios marginales que se siguen de su incumplimiento, una vez pagados los perjuicios que logre probar el acreedor³⁸.

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

³⁶ E. Weinrib, *Juridical Classifications of Obligations*, en *Peter Birks ed., The Classification of Obligations* [nota 5] 37 (50).

³⁷ Un desarrollo de esta idea en *H. Unberath, Die Vertragsverletzung* [nota 29] 290, con referencia a *E. Weinrib, Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, en *Chicago-Kent Law Review*, 2003, 55 (73).

³⁸ La hipótesis de incumplimiento eficiente sirve para explicar y justificar el derecho vigente 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. En verdad, el remedio es un instrumento preventivo esencial del incumplimiento si la ejecución en naturaleza resulta imposible o carece de utilidad práctica para el acreedor.

beneficio sólo puede dar lugar a una obligación restitutoria en la medida que tenga por condición necesaria al incumplimiento y, además, pueda ser normativamente atribuido a este último (esto es, que pueda ser tenido por efecto *directo* de ese incumplimiento). Lo cierto, sin embargo, es que el beneficio está usualmente dado por circunstancias muy diversas, incluyendo la 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 acreedor³⁹.

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 acreedor⁴⁰. Sólo resultaría relevante 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 acreedor⁴¹. Pero en este caso, de ser aceptada la acción de enriquecimiento, la función de la obligación del deudor no es restitutoria ni indemnizatoria, sino simplemente punitiva.

En consecuencia, existen buenas razones dogmáticas, económicas y de justicia contractual para mirar con escepticismo una acción que tenga por objeto obligar al deudor a desembolsar las ganancias que se siguen de su ilícito contractual. Sin embargo, tanto en el *common law* como en el derecho alemán, esto es, en los dos sistemas jurídicos que se han tomado como principal referencia comparada en esta ponencia, ese derecho es reconocido excepcionalmente en ciertas situaciones.

13. *Restituciones de beneficios derivados del incumplimiento contractual en el derecho anglosajón.* En el derecho inglés, las obras sobre restituciones suelen tener un capítulo referido a las acciones restitutorias que provienen de ilícitos (*wrongs*), entre los que se encuentra el incumplimiento contractual. El inobjetable principio vigente es que no hay acción restitutoria dirigida a las ganancias del deudor⁴². El

³⁹ A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract [nota 27], 288.

⁴⁰ J. Edelman, Gain-Based Damages and Compensation, en A. Burrows y Lord R. of Earslferry editores, Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks [nota 13], 153.

⁴¹ T. Krebs, The Fallacy of 'Restitution for Wrongs' [nota 13], 398.

⁴² A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract [nota 27], 308, con referencia a un antiguo caso escosés, *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 perjuicios, en juicio seguido contra un financista que infringió una obligación contractual de invertir £ 15.000 en el negocio forestal del acreedor y lo hizo, en cambio, en un negocio más rentable de destilerías ([1899] 1 F 39); de igual 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, que en el caso eran puramente nominales (*Tito v. Waddell*, [1977] Ch 106, 332, citado por A. Burrows, *op. cit.*, 309).

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 caótico). 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 remedio⁴³, 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 inglesa⁴⁴. Suelen distinguirse tres grupos de 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 vez 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 deudor ha obtenido de su incumplimiento⁴⁵.

(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 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

⁴³ D. Harris, D. Campbell y R. Halson, *Remedies in Contract & Tort*, 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2005,

⁴⁴ 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 restitutorio hacia su fundamento en el enriquecimiento sin causa (*The Classification of Obligations* [nota 5] y *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford: Clarendon, 1ª edición, 1985, 334; *Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press, 2ª edición, 2005). La mayoría de la doctrina ha sostenido el principio de que el incumplimiento contractual no da lugar a acciones restitutorias de beneficios, de modo que la tarea es más bien descubrir las razones por las que excepcionalmente procedería (*A. Burrows* (*Remedies for Torts and Breach of Contract*, [nota 27], 307). 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 restitutorias provenientes de ilícitos (*wrongs*) extracontractuales o del incumplimiento contractual (trabajos de R. Stevens, G. Virgo, J. Edelman, G. McMeel y T. Krebs en *A. Burrows y Lord R. of Earlsferry* editores, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks* [nota 13]). Una posición radicalmente adversa a la acción restitutoria de beneficios en materia contractual en D. Harris, D. Campbell y R. Halson, *Remedies in Contract & Tort* [nota 43], capítulo 17 (por D. Campbell).

⁴⁵ D. Harris, D. Campbell y R. Halson, *Remedies in Contract & Tort* [nota 43], 255. A estos casos suelen agregarse los incumplimientos a obligaciones fiduciarias (*J. Edelman*, *Gain Damages and Compensation* [nota 40], 149).

perjuicios, en caso que éstos llegaran a producirse, pero que carecía de acción para que le fuera restituído el valor de los costos ahorrados⁴⁶.

(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 una cierta manera; la Corte no dio lugar a la ejecución en naturaleza que suponía destruir lo construido (bajo el derecho de la *equity* reconocer esa acción es facultativo para el tribunal), y, 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 pagar el deudor para ser relevado de la restricción contractual⁴⁷. 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 de restitución de beneficios, pues no supone un desembolso de lo ganado por el deudor, sino una suma que se tiene por equivalente al daño sufrido por el acreedor, que se tiene por equivalente al valor de cambio del derecho contractual del acreedor.

Es interesante en este caso 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. Con todo, la pregunta es más general, porque se refiere a la procedencia de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en el derecho personal del acreedor. 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 que

⁴⁶ 9 So. 486 (1891), citado por *P. Birks, An Introduction to the Law of Restitution* [nota 44], 334; *A. Burrows* 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 27], 309 y referido por *J. Edelman, Gain-Based Damages and Compensation* [nota 40], 153, como ejemplo de que el valor del derecho infringido suele ser en estos casos la correcta medida de reparación).

⁴⁷ 1 WLR 798 (1974), citado por *D. Harris, D. Campbell y R. Halson, Remedies in Contract & Tort* [nota 43], 255.

el derecho del acreedor cuyo goce es intervenido por el incumplimiento es personal, su contenido atributivo se tiene por colindante con la propiedad⁴⁸.

(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 1989 convino en 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 en razón del valor de la libertad de expresión), sino intentó exitosamente prevenir que el señor Blake recibiera el saldo aún impago del anticipo⁴⁹.

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 en este caso el dolo manifiesto del deudor y una particular justificación en concreto del remedio restitutorio, lo que le confiere un carácter intimidante y excepcional⁵⁰. Se volverá sobre el dolo como fundamento y agravante de obligaciones restitutorias al tratar de las acciones restitutorias de beneficios obtenidos por ilícitos extracontractuales.

En verdad, las alternativas en la discusión doctrinaria son dos: que nunca sea reconocido un derecho del acreedor a una acción de enriquecimiento por los beneficios capturados por el deudor en razón de su propio incumplimiento, o bien, que por razones especiales y en ciertos grupos de casos, se reconozca

⁴⁸ A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* [nota 27], 313. En el derecho chileno existe un régimen de acciones 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). La disposición establece 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 pueda ser 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.

⁴⁹ 1 AC 268 [2001], citado por D. Harris, D. Campbell y R. Halson, *Remedies in Contract & Tort* [nota 43], 256.

⁵⁰ J. Edelman, *Gain-Based Damages and Compensation* [nota 40], 141 (149).

ese remedio⁵¹. 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 en el contenido atributivo del derecho del acreedor mediante el incumplimiento contractual?*

En los casos de intromisión en un derecho contractual ajeno usualmente 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 dé 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 deudor⁵².

Los casos más claros son aquellos en que el derecho contractual tiene un contenido atributivo que sólo se satisface si el deudor no interviene mediante intrusión, como ocurre con las obligaciones de no hacer. En las prohibiciones convencionales de competencia, por ejemplo, el sentido preciso de la prohibición es garantizar al acreedor un ámbito de actividad empresarial que excluya la participación del deudor; aunque de naturaleza personal, la relación no se materializa en una conducta positiva sino en una obligación de no hacer, lo que muestra su carácter análogo con los deberes de abstención que impone 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 [13] 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 por incumplimiento de contrato 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

⁵¹ En el derecho norteamericano, por regla general, no se observa 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. E. Farnsworth, Contracts* [nota 32], 824).

⁵² Conviene aclarar que las situaciones aquí referidas son diferentes a las que plantean intromisiones de un tercero en el derecho de goce de un arrendatario; en este caso se plantea la pregunta de si el contrato es suficiente antecedente para la acción de enriquecimiento por intromisión contra un tercero. Nada debiere obstar para que se reconociera esta acción personal de enriquecimiento por irrupción en tales casos, porque se trata una intromisión en un derecho de goce que frente a terceros se ejerce con la misma exclusividad de que goza el propietario; 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).

ser confundida con su satisfacción por el deudor, como se muestra en la diversidad de remedios contractuales. Por lo mismo, en la relación entre acreedor y deudor, ninguna explicación resulta convincente respecto del “contenido atributivo” de un derecho de crédito. De ello se sigue que también son grandes las dificultades para determinar si el incumplimiento del derecho es la infracción de un contrato o el acto de intromisión. En circunstancias que 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 de 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 pensar 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 propiamente contractuales de protección del crédito y los provenientes del enriquecimiento sin causa, que responden a otros órdenes de intereses⁵³.

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 un 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 crédito⁵⁴. 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), también 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 deshonesto o cínica.

Pero aun dentro de estos límites, el remedio de enriquecimiento injustificado para incumplimientos contractuales dolosos debe ser mirado con cautela. Como se ha señalado, en estos casos la pretensión del acreedor es meramente punitiva, porque no se relaciona con su derecho contractual, sino lo transforma en receptor de un desembolso de beneficios injustificados obtenidos por el deudor en razón

⁵³ *G. McMeel*, Unjust Enrichment, Discharge for Breach and the Primacy of Contract, en *A. Burrows y Lord R. of Earslferry* editores, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks* [nota 13], 223 (244).

⁵⁴ *F. Pantaleón*, El sistema de responsabilidad contractual, en *Anuario de Derecho Civil* 48 (1991), 1019 (1022).

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 redistribuyéndoles al acreedor⁵⁵.

16. *Resumen y evaluación.* Se han revisado en esta sección las razones para no confundir la acción de enriquecimiento por intrusión en derecho ajeno con las acciones y demás remedios que surgen del incumplimiento contractual. Sólo excepcionalmente el incumplimiento de un contrato puede configurar intromisión en derecho ajeno⁵⁶. El caso más cercano es el de las obligaciones de no hacer, para cuya insatisfacción el derecho suele abrir soluciones alternativas que no supongan la pérdida de valor que supone deshacer lo hecho. A ello se agrega la agravación de responsabilidad por dolo, en que la restitución de beneficios puede ser concebida, desde un punto de vista estrictamente contractual, como una sanción punitiva que tiene por límite el enriquecimiento obtenido por quien lo ha cometido.

Con todas las reservas de los párrafos anteriores, debe aceptarse que estos discutibles caminos 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 forma, como es el reconocimiento de indemnizaciones por daño moral por valores inconmensurables 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.

IV. Enriquecimiento como consecuencia de un ilícito extracontractual

17. *El daño de la víctima y no el beneficio del autor es determinante 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 un interés ajeno y tiene que indemnizar el daño resultante o repararlo en naturaleza. El enriquecimiento del deudor es irrelevante, porque el objeto de la acción 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

⁵⁵ D. Harris, D. Campbell y R. Halson, Remedies in Contract & Tort [nota 43], 266.

⁵⁶ G. Calabresi y A. D. Melamed, Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral [nota 6], 351.

produce efectos civiles desde el momento del daño. Antes puede haber un ilícito infraccional, incluso penal, pero no es civilmente relevante, porque la ganancia 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 accidentes⁵⁷. A lo sumo reconoce el derecho en tales casos acciones públicas preventivas⁵⁸.

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. Pero también puede ocurrir, como en materia contractual, que el beneficio sea superior al daño, caso en el cual 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 condición suficiente para que haya lugar a una acción de restitución de beneficios.

18. *Independencia de las hipótesis que dan lugar a responsabilidad y a enriquecimiento injustificado.* En el derecho inglés se suele distinguir entre restituciones autónomas y por efecto de ilícito, que puede ser un incumplimiento contractual o un ilícito extracontractual⁵⁹. Influida por esta apreciación autorizada, 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 civil⁶⁰. Lo cierto es que esta ponencia me ha dado la oportunidad de cambiar de opinión.

La lógica de la restitución de beneficios siempre es la del enriquecimiento injustificado, que frecuentemente tiene estrecha relación con las acciones de propiedad (o con derechos que le son análogos), y no con 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 tercero⁶¹.

⁵⁷ J. Coleman, *Risks and Wrongs* [nota 14], 370.

⁵⁸ 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 específica pero análoga se ofrece si alguna cosa amenaza caída desde la parte superior de un edificio (artículo 2328).

⁵⁹ P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* [nota 44], 314.

⁶⁰ E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* [nota 6], 929.

⁶¹ Así lo reconoció ese distinguido jurista que fue P. Birks hacia el final de su vida (*Unjust Enrichment* [nota 44], xii).

Por cierto que las hipótesis 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. En tales casos, sin embargo, la obligación restitutoria no es desencadenada por el ilícito, sino porque el hecho, con prescindencia del juicio de ilicitud, también da lugar un enriquecimiento injustificado, según las reglas que rigen las restituciones en aplicación de este principio⁶².

En el enriquecimiento injusto por irrupción se asume que el enriquecido actúa de buena fe, con error excusable. Las reglas que obligan a la restitución cuasicontractual y posesoria están construidas 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 titular⁶³.

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 por sí misma del enriquecimiento injustificado.

De lo señalado se sigue que puede haber concurrencia alternativa de pretensiones indemnizatorias y restitutorias, pero 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 deudor⁶⁴.

⁶² Sobre las diferentes razones de justicia que subyacen a la reparación indemnizatoria y al enriquecimiento injustificado, *E. Weinrib*, *Juridical Classifications of Obligations* [nota 5], 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*, *op. cit.*, 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 que, como tal, no requiere de juicio de reproche 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 necesariamente existe una identidad entre ilícito y daño y entre enriquecimiento y beneficio.

⁶³ *G. Calabresi y A. D. Melamed*, *Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral* [nota 6]; y *J. Coleman*, *Risks and Wrongs* [nota 14], 77, 336

⁶⁴ *A. Burrows*, *Remedies for Torts and Breach of Contract* [nota 27], 293.

Por el contrario, como se ha referido, hay experiencias comparadas en que el ilícito extracontractual es antecedente de la obligación restitutoria⁶⁵; esta idea aquí se rechaza, 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 razón se encuentra en que la víctima carece de un interés personal en el enriquecimiento, que fundamente su actuar sobre los beneficios obtenidos del ilícito, en vez de procurar la indemnización de sus propios perjuicios.

En principio, el concurso de acciones indemnizatoria y restitutoria es alternativo, esto es, se puede ejercer una u 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 (infra § 19).

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 extracontractual, de acuerdo con las reglas generales de esta acción restitutoria.

19. *Protección de los derechos de la personalidad 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 es que estén garantizados de una manera equivalente a la propiedad sobre cosas. Atendido su común atributo de exclusividad, son las diferencias específicas las que deben ser mostradas, en vez de partir de discusiones que exceden el horizonte del derecho civil respecto de 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 extracontractual y la fundada en el enriquecimiento injustificado. La acción indemnizatoria se dirigirá,

⁶⁵ Es el caso del llamado *waiver of tort* del derecho inglés, en que el ilícito, esto es, la infracción de un deber de conducta, es condición de la obligación restitutoria; con todo, la acción restitutoria en ese sistema no es general, sino está circunscrita a cierto tipo de eventos y otras cuestiones que determinan en concreto su procedencia (una reseña en *P. Birks, An Introduction to the Law of Restitution* [nota 44], 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 de 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 27], 290).

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; o, si no ha sido comercializado, a una reparación que 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 intromisión⁶⁶. En atención a que la acción es personal y protege los derechos de uso y goce, debe entenderse que favorece no sólo a los titulares originarios de estos derechos, sino también a quienes tienen derechos contractuales de goce⁶⁷.

La pretensión que se dirige contra los beneficios tiene 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 su patrimonialidad 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 en atención a 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 si la intrusión recae en bienes esencialmente intransferibles, 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 para determinar si ha habido enriquecimiento⁶⁸. Por consiguiente, procede la acción de enriquecimiento incluso respecto de estos bienes intransferibles, a condición de que el deudor haya obtenido beneficio patrimonial.

En el caso de bienes que son transferibles (como la imagen o la historia de la vida privada), el problema radica en la determinación del valor del bien del que se ha apropiado el demandado (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 de cambio que habría

⁶⁶ 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, [nota 34] (H. Oetcker), § 252, 56.

⁶⁷ A. Böhler, *Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zur Dialektik von Ich und Mein* [nota 22], 335; véase también nota 52.

⁶⁸ A. Böhler, *op. cit.* nota anterior, 335; en contra X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* [nota 1], 172.

tenido ese bien si hubiese sido cedido. Aunque existe el riesgo de que la *condictio* devenga en punitiva, más vale manejar conscientemente ese riesgo 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 en estos casos parece exigible el requisito de culpa que caracteriza a la responsabilidad civil. Así, el remedio restitutorio es en estos casos un sustituto funcional de la reparación indemnizatoria.

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, 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 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 daño patrimonial⁶⁹.

20. *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 con fundamento legal. 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 anterior⁷⁰. Este cúmulo alternativo de acciones propiamente indemnizatorias y restitutoria está expresamente

⁶⁹ 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 22], 335. Queda planteada la pregunta si la acumulación de acciones 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 puramente patrimonial).

⁷⁰ *Münchener Kommentar*, Tomo 2 [nota 34], (H. Oetcker) § 252, 56.

reconocido por la ley chilena sobre propiedad industrial⁷¹. En virtud de lo expresado, puede asumirse que lo mismo vale para los demás derechos que garantizan a su titular un goce exclusivo⁷². Mal que mal las acciones restitutorias por intromisión tienen la función de prevenir y compensar interferencias con la propiedad.

21. *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 injustificado, de que nadie puede aprovecharse de su propio ilícito.

Desde antiguo se reconocen en materia posesoria obligaciones restitutorias diferentes respecto delo 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. En general, se puede hablar de una obligación restitutoria leve, que se basa en la presunción de buena fe y que alcanza idealmente a una retribución sólo por el valor de goce efectivo de la cosa, y una responsabilidad agravada que tiene por antecedente la mala fe y 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 constitutivo del ilícito (abuso de información privilegiada, interferencia en contrato ajeno, por ejemplo)⁷³.

En estos casos, sin embargo, es difícil encontrar afectados derechos que tengan un contenido atributivo de goce exclusivo, en circunstancias que estos ilícitos extracontractuales generalmente se relacionan con los supuestos y límites de la libertad de contratación. En la medida que no existe un ámbito garantizado de exclusividad, como exige la acción de enriquecimiento por irrupción en derecho ajeno, es muy 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. En el derecho alemán no existe una regla en materia de enriquecimiento sin

⁷¹ Supra nota 35.

⁷² K. Larenz, Lehrbuch del Schuldrechts. T. I, Parte General [nota 66], 514; el derecho inglés es muy diferenciado en la materia: si ha habido intromisión de buena fe sólo se reconoce acción para obtener una retribución equitativa (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 27], 302).

⁷³ E. Barros, Tratado de responsabilidad extracontractual [nota 6], 284, y §§ 65 ss.

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 lucro⁷⁴. En el derecho inglés la conciencia del ilícito, que hace a la conducta cínica o deshonesta, 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 valor⁷⁵.

Pareciera que la lógica estricta de las *condictiones*, que sólo en ciertas circunstancias da lugar a pretensiones restitutorias por enriquecimiento, con total independencia de un juicio de licitud acerca de la conducta, cede en este caso extremo. Detrás parece residir la idea más general de que el dolo no puede ser fuente de enriquecimiento justificado (Código chileno, artículos 1458 II y 2316 II). Si el ilícito extracontractual exige alguna forma de intencionalidad, es natural entonces que concurra la pretensión indemnizatoria con la de restitución de beneficios.

22. *Resumen*. De manera análoga a lo que ocurre en materia contractual (§ 16), la concurrencia de acciones indemnizatorias por el ilícito civil y restitutorias por enriquecimiento injustificado debido a intromisión en derecho ajeno depende de que el mismo hecho satisfaga los requisitos exigidos respecto de una y otra acción. Una situación especial está dada por el dolo, porque da lugar a restitución del beneficio que de él se sigue aunque técnicamente no exista una intromisión en derecho de exclusividad ajeno.

Como también se mostró respecto del incumplimiento contractual, el análisis de la concurrencia de acciones de enriquecimiento con acciones de responsabilidad extracontractual deja en evidencia una cuestión metódica más general, como es que la apertura de caminos bien definidos y consistentes con el ordenamiento general del derecho de obligaciones resulta preferible a los extremos de una doctrina excesivamente rígida o de una práctica laxa⁷⁶.

⁷⁴ Actas del 66º Encuentro de Juristas (2006), T. I, 94 (citado en *Münchener Kommentar*, Tomo 2, [nota 34]. [*H. Oetcker*] § 249, 507); en ese sentido ya *K. Larenz y C. W. Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, T. II [nota 20], 173.

⁷⁵ *P. Birks*, *An Introduction to the Law of Restitution* [nota 44], 326; *A. Burrows*, *Remedies for Torts and Breach of Contract* [nota 27], 301; *P. Cane*, *The Anatomy of Tort Law* [nota 8], 114; y *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 13], 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 conscientemente el ilícito (*consciously tortious*) al adquirir el beneficio, será también privado de cualquier beneficio subsecuente que obtenga por su medio. Véase Capítulo 8, Nota Introductoria, citado por *J. Edelman* *Gain Damages and Compensation* [nota 40], 147).

⁷⁶ El autor agradece en particular los comentarios de María Paz García Rubio, catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela, y que le llevaron a revisar muchos de los juicios de la ponencia original leída en Madrid en marzo de 2008; asimismo, reconoce los finos comentarios de Francisco González Hoch, Profesor de la Universidad de Chile, a una versión posterior del manuscrito.

Enrique Barros Bourie
Universidad de Chile