

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

José Manuel Busto Lago
Fernando Peña López

I. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL TEMA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Enriquecimiento sin causa y responsabilidad civil extracontractual acaso sean las dos instituciones tuitivas de derechos e intereses jurídicamente protegidos más versátiles y operativas del Derecho civil patrimonial. Su actual configuración, tras la progresiva interpretación jurisprudencial de sus presupuestos y de su trascendencia jurídica, los convierte en elementos vertebradores de todo el sistema jurídico-privado y en factores que conforman los límites de gran parte de las instituciones que lo integran.

Pero la común relevancia de las figuras objeto de nuestro trabajo no justifica por sí sola, como es obvio, la realización del presente estudio. En efecto, el punto de partida de nuestra investigación se encuentra en la todavía difusa línea de separación entre ambos institutos. La inexistencia de una nítida delimitación entre los respectivos ámbitos de aplicación de la acción de enriquecimiento y de responsabilidad civil extracontractual se pone de manifiesto, tanto en los infructuosos intentos unificadores protagonizados por un sector de la doctrina francesa, como en la necesidad, que parecen sentir los autores, de dedicar un apartado, en el marco de sus estudios acerca de estas instituciones, a las diferencias existentes entre ambas.

A nuestro juicio, han contribuido a esta situación la cercanía del origen de ambas acciones, los caracteres estructurales y finalidades comunes que las mismas poseen, así como el evidente paralelismo que se constata en su evolución dogmática y, sobre todo, jurisprudencial a lo largo del presente siglo.

El nacimiento del concepto actual de enriquecimiento sin causa se ha situado en la doctrina de la Escuela Moderna del Derecho Natural. Así, afirma Díez-Picazo que *«es en este momento cuando adquiere carta de naturaleza la idea de que el fundamento de las condiciones se encuentra en la ilegitimidad del enriquecimiento»*¹. Además, en el período histórico-cultural señalado se realiza, en la obra de Grocio, la primera formulación de un principio general de responsabilidad por culpa. Es significativo que

¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Ed. Cívitas, S.A., Madrid, 1.988, pág. 84. Sobre esta base se contruyó la teoría pandectista del enriquecimiento sin causa por obra fundamentalmente de SAVIGNY y WINDSCHEID que terminó cristalizando en el vigente Código Civil alemán.

ya en los trabajos de este mismo autor nos encontremos con las primeras relaciones entre responsabilidad y enriquecimiento. En este sentido, distingue Grocio entre dos fuentes de las obligaciones: el contrato y la desigualdad; ésta última puede producirse con la anuencia del beneficiado o sin ella. En el primero de los supuestos se incardina la problemática del enriquecimiento injusto, mientras que al segundo pertenecen las obligaciones derivadas de acto ilícito. Sin embargo, el jurista holandés destaca que algunas de estas causas de las obligaciones pueden concurrir en un mismo hecho, y propone como ejemplo el del ladrón que debe compensar por el aprovechamiento de la cosa y por la desigualdad producida².

Esta expresa relación inicial se encontraba, a su vez, favorecida por una corriente anterior que, desde las *regulae iuris* del Derecho justiniano, estimaba que sólo el enriquecimiento «*tortizero*» a costa de un patrimonio ajeno daba lugar a la restitución del mismo³. Una manifestación meridiana de esta doctrina tradicional la hallamos en la jurisprudencia española del siglo pasado que, entre los requisitos de la *condictio* y de la *actio in rem verso*, solía incluir, precisamente, el carácter torticero del enriquecimiento. Esta interpretación, siguiendo a Díez-Picazo, colocaba a las susodichas acciones en una situación «*próxima a la regla que obliga a indemnizar los daños causados culposamente*»⁴. Por otra parte, no se puede olvidar que en los supuestos de enriquecimiento ha sido también tradicionalmente exigida la producción de un correlativo empobrecimiento, lo que, en definitiva, supone la necesidad de constatar la presencia de un daño en el enjuiciamiento de los casos reales⁵.

Será en la evolución posterior de la problemática del enriquecimiento sin causa cuando se suprima el requisito subjetivo de que el enriquecimiento sea torticero, y se comience a cuestionar si es, efectivamente, necesario un empobrecimiento actual. Sin embargo, incluso durante este proceso se llegaron a realizar intentos de unificar el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad por daños. Así, Planiol veía el fundamento del *enrichissement sans cause* en la existencia de un hecho lesivo y atribuía al instituto un carácter indemnizatorio. El enriquecimiento injusto era un estado de hecho contrario al Derecho, calificable como hecho ilícito debido a su carácter «injusto» y cuya presencia, por consiguiente, determinaba la prohibición de que se conservase⁶.

En la misma línea se hay que situar el intento de Ripert y de Teisseire⁷ de fundamentar la acción de enriquecimiento injusto en la idea de la responsabilidad basada en el riesgo. Se trataba, según señaló Ripert, de otorgar al enriquecimiento la

² Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., págs. 49 y 50.

³ La máxima jurídica contenida entre las denominadas *regulae iuris* del Digesto afirmaba que «*ex iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*» (D. 50,17,206). El término *iniuria* utilizado en Derecho romano para referirse a todo comportamiento contrario a Derecho, esto es, ilícito, pasó, posiblemente debido a una interpretación subjetiva del vocablo común en la Edad Media, a las Partidas convertido en «*torticero*». Así, en el Código alfonso se encuentra, entre las «*reglas derechureras*» un principio de conformidad con el cual «*ninguno non debe enriquecer tortizeraamente con daño de otro*» (P. 7,34,17).

⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., pág. 56.

⁵ El requisito del empobrecimiento y su relación con el concepto de daño patrimonial se pone de manifiesto ya en las dos expresiones referidas del principio del enriquecimiento en forma de «*regula iuris*». Así, en el Digesto se hace referencia a un enriquecimiento «*fieri locupletioem*» que se genere «*cum alterius detrimento*»; y en las Partidas se exige que el enriquecimiento lo sea «con daño de otro».

⁶ Vid. RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, Ed. L.G.D.J., París, 1.949 (4ª edic.), págs. 256 y 257.

⁷ Vid. TEISSEIRE: *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité* (thèse), Aix, 1.901.

amplitud de aplicación que posea la responsabilidad civil y de justificar adecuadamente la teoría mediante un «aparato técnico protector»⁸. El razonamiento era el siguiente: al igual que el que crea un riesgo debe cargar con los perjuicios que de él se deriven, el que crea un beneficio debe poder aprovecharse de él.

El propio Ripert en una obra posterior descubrió las debilidades de la tesis de Planiol, al poner de manifiesto que no todos los enriquecimientos injustos cumplían los presupuestos exigidos por el sistema de responsabilidad extracontractual. El requisito de la culpa, en concreto, no se encontraba presente en aquellos casos en los que el beneficiado nada había realizado para atraer a su patrimonio el enriquecimiento. De la misma forma, la limitación de la reparación a la cuantía del enriquecimiento efectivo no garantizaba el cumplimiento satisfactorio del principio de reparación integral del daño⁹.

De la misma forma, Ripert realizó una revisión de su anterior teoría, achacándole el defecto fundamental de haber olvidado el principio moral en el que se funda, a su juicio, toda la teoría del enriquecimiento injusto¹⁰. Al margen de ello, como sostiene Caperochipi, la tesis de que el beneficio de los provechos deben ser para aquél que los crea, contradice la base del sistema económico que subyace en el Derecho codificado. En efecto, los provechos en el sistema económico vigente no son para quien los crea sino para quien toma la iniciativa de su obtención. Así, afirma este autor que *«quien emplea capital ajeno no viene obligado a restituir los provechos obtenidos con este capital sino únicamente a restituir el capital; en idéntico sentido quien emplea trabajo ajeno no viene obligado a restituir al trabajador el provecho que ha producido, sino únicamente el salario pactado o, en su defecto, el ahorro de gastos[...]las plusvalías que produce el uso, consumo, enajenación o empleo de cosa ajena, pertenecen al que efectivamente la ha empleado»*¹¹, sólo en el caso excepcional de que se le considere enriquecido sin causa -y en la medida de ello- deberá restituir los beneficios el sujeto que los ha obtenido.

Pero no sólo la proximidad inicial de ambos institutos y las tentativas doctrinales de unificar su fundamentación han determinado la conexión entre el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad extracontractual, sino que, además, esta relación se ha visto coadyuvada por el hecho de que la estructura dogmática de las dos figuras se compone de un conjunto de requisitos de difícil aprehensibilidad, en parte debido a una configuración jurídica aún hoy en fase de elaboración en sede doctrinal. En concreto, elementos como el nexo de causalidad y la antijuridicidad en el Derecho de daños son largamente debatidos en la doctrina que se ocupa de la responsabilidad civil. De la misma forma, el problema de la causa jurídica y del pretendido nexo de conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento todavía no han recibido una respuesta

⁸ RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., págs. 258 a 261.

⁹ RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., págs. 257 y 258.

¹⁰ Afirma RIPERT que *«On peut, je crois, d'adresser une plus décisive critique à la construction doctrinale que nous avons tentée, c'est qu'elle dépouille la théorie de l'enrichissement sans cause de son caractère moral sans lequel elle ne peut vivre. Elle repose sur l'idée de profit créé et suppose que, dans le choix nécessaire entre la personne appauvrie, l'enrichissement doit fatalement revenir à celui qui l'a créé. Mais cela, c'est tout simplement l'expression de la loi physique de la causalité qui ne peut devenir par sa seule force une règle juridique»* (cfr. RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., pág. 259). Díez-Picazo critica de forma contundente una concepción del enriquecimiento injusto que, como la de Ripert, se funda en la idea de moralidad o la de justicia calificándola de *«simplista»* y de *«escasa utilidad práctica»* (cfr. Díez-Picazo, L.: *«La doctrina del enriquecimiento injustificado»*, op. cit., págs 35 a 42).

¹¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, Ed. Comares, Granada, 1.993 (3ª edic.), pág. 69.

definitiva en los estudios sobre el enriquecimiento injusto. Habida cuenta de ello y de las originarias interrelaciones entre las instituciones objeto de nuestro estudio era inevitable que algunos de sus elementos se entremezclaran.

Así, como ya se ha dicho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el enriquecimiento sin causa consideraba, en sus inicios, que sólo obligaban a restituir los enriquecimientos torticeros que produjesen daños¹². La conexión entre el hecho que habilita para el ejercicio de una acción de enriquecimiento así entendido y el acto culposo generador de perjuicios que constituye el supuesto de hecho del art. 1.902 C.C, ofrece pocas dudas.

Otra muestra de esta interrelación nos la ofrece el hecho de que, ordinariamente, se enumere entre los requisitos del enriquecimiento sin causa la relación de causalidad entre empobrecimiento y enriquecimiento. Álvarez Caperochipi ha señalado, precisamente, que tal requerimiento puede deberse a la cercanía que la institución tuvo en sus orígenes con la responsabilidad civil extracontractual¹³. A nuestro juicio, sólo desde la permanente confusión entre una y otra figura puede explicarse esta reiterada exigencia. Esto es así porque, en realidad, es imposible que exista tal relación de causalidad material. En efecto, lo que produce el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento es el desplazamiento de un determinado valor o ventaja desde un patrimonio que se empobrece hasta otro que se enriquece. Por consiguiente, enriquecimiento y empobrecimiento no constituyen más que el anverso y el reverso de la situación que se deriva del señalado desplazamiento patrimonial. En consecuencia, si queremos buscar la causa material del enriquecimiento nunca la encontraremos en el consiguiente empobrecimiento, sino siempre en un hecho, humano o no, que ha provocado el susodicho desplazamiento de una ventaja de un patrimonio a otro, y en virtud del cual esos patrimonios se han empobrecido y enriquecido respectivamente.

A la compleja estructura de las instituciones objeto de nuestro estudio debemos unir la identidad, al menos parcial, de las finalidades tuitivas perseguidas por las mismas. Tanto el Derecho de la responsabilidad extracontractual, como el enriquecimiento sin causa se dirigen, de una forma más o menos directa, a lograr una distribución equilibrada de los derechos e intereses que se ponen en juego en las múltiples relaciones de interdependencia que se entablan en tráfico jurídico ordinario¹⁴. Procuran conseguir, en definitiva, una asignación de recursos conforme a lo que el ordenamiento jurídico en su conjunto considera adecuado.

Para completar esta sucinta exposición de las relaciones entre ambas figuras, es preciso aludir a la trascendental importancia que ha tenido la jurisprudencia, tanto en la conformación, como en la evolución posterior de las mismas. En efecto, los tribunales de justicia han realizado una ingente tarea de adaptación de la clásica responsabilidad por culpa a la «nueva realidad» tecnológica y económica mediante una interpretación correctora de la regulación del Código, como consecuencia de la cual se ha llegado a

¹² Vid., entre otras, SS.T.S. de 11 de marzo de 1.892 (C.L., T. 71, 1.892-I, núm. 80); 4 de abril de 1.894 (C.L., T. 75, 1.894-II, núm. 6); 21 de diciembre de 1.895 (C.L., T. 78, 1.895-II, núm. 86); 31 de mayo de 1.910 (C.L., T. 118, 1.910, núm. 37); «*el principio de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro, sólo tiene actualidad cuando el enriquecimiento es ilícito o torticero, como decía el Código de las Partidas*»; y 24 de junio de 1.920 (C.L., T. 150, núm. 111); «*el principio jurídico de que nadie puede enriquecerse torticeramente con daño de otro, requiere para su aplicación la realidad del enriquecimiento, la del daño y la del empleo de medios reprobados para conseguir aquel y producir éste, y exige, además, ser apreciado en relación con aquel otro principio según el cual quien usa de su derecho no perjudica a nadie*».

¹³ Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., pág. 93.

¹⁴ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, Ed. CEURA, Madrid, 1.983, pág. 263.

suprimir, en ocasiones, el requisito de la culpa o negligencia mediante un nutrido conjunto de instrumentos, tanto de Derecho material como procesal. Entre ellos cabe destacar la utilización de la conocida tesis del «agotamiento de la diligencia» que ha aproximado de manera evidente el sistema común de responsabilidad civil subjetiva ex art. 1.902 del C.C. a un régimen de responsabilidad por riesgo¹⁵.

De forma parecida, ante los insatisfactorios resultados a que daba lugar la aplicación del viejo sistema de raíz romanista de las *condictiones*, incapaz de abarcar todos los supuestos de enriquecimiento sin causa que se generaban en el sistema económico capitalista, la jurisprudencia ha construido, en un ambiente de crisis del voluntarismo contractualista propio de la era liberal decimonónica, un nuevo Derecho del enriquecimiento injusto que atiende a «*los modelos sociales significativos de relación patrimonial*» en expresión utilizada por Álvarez Caperochipi¹⁶.

Un evidente paralelismo se percibe también entre la progresiva extensión del daño resarcible en la responsabilidad extracontractual y la ampliación del concepto de enriquecimiento en materia de enriquecimiento sin causa. Así, los perjuicios que daban lugar a reparación en el Derecho de daños se limitaban, en un primer momento, a aquéllos que estuvieran conectados con la vulneración de un derecho subjetivo de los llamados «absolutos». Posteriormente y de forma paralela a la admisión doctrinal de la obligación pasiva universal de respetar todos los derechos, se admite jurisprudencial y doctrinalmente que la lesión de los derechos de crédito provocada por un tercero es suficiente para satisfacer el elemento «daño» requerido por la *fattispecie* del art. 1.902 del C.C. De acuerdo con esta línea expansiva del ámbito de los daños resarcibles por la vía de la responsabilidad civil extracontractual que evoca, en gráfica expresión de Galgano, «*un universo en expansión*», últimamente se admite la tutela aquiliana no sólo de los derechos subjetivos, sino también de los llamados intereses legítimos o intereses jurídicamente protegidos¹⁷.

El concepto de enriquecimiento también ha sido objeto de una interpretación cada vez más amplia por parte de la jurisprudencia. La importancia del proceso de extensión del enriquecimiento a nuevos supuestos no abarcados por la tesis clásica ha merecido que se le califique como «*la clave dogmática más importante para explicar la teoría de la acción*»¹⁸. La utilización del baremo restitutorio del «ahorro de gastos» y los efectos correctores que produce en las relaciones enriquecimiento-empobrecimiento postuladas por la tesis tradicional, junto al abandono, realizado por un sector de la doctrina jurisprudencial, de la vieja teoría de que los actos realizados en nombre y beneficio propio nunca podían generar un reclamo por enriquecimiento injusto, son una muestra de la trascendencia de la labor de los tribunales en relación con esta figura¹⁹.

¹⁵ Un análisis pormenorizado de la labor jurisprudencial en relación con la responsabilidad civil se contiene en CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1.987, págs. 21 a 120.

¹⁶ Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., pág. 181.

¹⁷ Entre otros muchos, en especial en la doctrina italiana, pueden verse: CIAN, G.: «La virata della Cassazione sulla tutela del credito (Dal caso di Superga al caso Meroni)», *Riv. Dir. Civ.*, 1.971-II, págs. 199 y ss.; GUARNERI, A.: Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione, CEDAM, Padova, 1.979, págs. 135 y ss.; GALGANO, F.: «Le mobili frontiere del danno ingiusto», *Contratto e Impresa*, 1.985-I, págs. 1 y ss.; BUSTO LAGO, J.M.: «La tutela aquiliana de la situación posesoria», A.C., núm. 17, 1.997, especialmente las págs. 381 y 382.

¹⁸ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., pág. 84.

¹⁹ Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., págs. 87-93.

El proceso de ampliación de los supuestos materiales abarcados por las acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento sin causa conduce a que las posibilidades de solapamiento o de intersección de sus respectivos ámbitos objetivos de aplicación aumente de forma correlativa y a que, en consecuencia, la doctrina continúe ocupándose reiteradamente de señalar los caracteres distintivos de ambas figuras. Las diferencias que han sido destacadas en este empeño afectan a todos y cada uno de los presupuestos de las dos instituciones. Suele señalarse en este sentido que:

1.- En el Derecho de daños la reparación se extiende a la cuantía total del perjuicio sufrido, mientras que en el enriquecimiento sin causa la restitución nunca puede exceder del efectivo enriquecimiento. En el enriquecimiento injusto la obligación de restituir no puede sobrepasar el límite cuantitativo constituido por el beneficio obtenido por el que se ha enriquecido, pues no se trata, a diferencia de lo que ocurre en la acción de daños, de reparar el empobrecimiento²⁰.

2.- La responsabilidad civil siempre surge de la comisión de una acción u omisión ilícita o antijurídica²¹. Ninguno de estos elementos es preciso para que se pueda apreciar un enriquecimiento sin causa. Por una parte, en este ámbito el «hecho» que origina el enriquecimiento puede ser realizado por el propio empobrecido, por un tercero e incluso puede ser consecuencia de un fenómeno natural y, por otro lado, la pretensión de enriquecimiento no nace necesariamente de un hecho jurídico ilícito²².

3.- En el régimen común de responsabilidad extracontractual (ex art. 1.902 del C.C.) se exige la concurrencia de culpa o negligencia para que nazca la obligación de reparar. Este requisito es completamente innecesario en el régimen de la acción de enriquecimiento, la culpa es siempre valoración de una conducta y si ni siquiera se requiere un comportamiento del enriquecido difícil resulta entrar a valorar si se ha conducido de forma diligente²³.

²⁰ En este sentido, entre otros, vid. ROCA SASTRE, R. M. (con la colaboración de J. PUIG BRUTAU): «El enriquecimiento sin causa», en *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y contratos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.948, vol. I, pág. 515; RAMS ALBESA, J.: «El supuesto genérico de enriquecimiento sin causa», en la obra de J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, vol. 2º, 1.995 (3ª edic.), pág. 437.

²¹ Si bien no puede negarse que el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad civil ha sido cuestionado doctrinalmente, vid., por todos, PANTALEÓN PRIETO, A.F.: «Comentario del artículo 1.902 del C.C.», en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1.991, t. II, especialmente las págs. 1.993 a 1.995.

Sin embargo, últimamente la virtualidad de tal requisito ha sido reconocida expresamente por el T.S., en sentencia de 28 de junio de 1.996 (Sala 1ª; Ar. 4.905). Vid. el comentario de la misma realizado por BUSTO LAGO en el núm. 42 (sept./dic. de 1.996) de *C.C.J.C.*

²² En este sentido, NÚÑEZ LAGOS afirmaba que «la pretensión de enriquecimiento nace normalmente de un hecho jurídico lícito, pero puede nacer también de un acto ilícito» (cfr. NÚÑEZ LAGOS, R.: «Enriquecimiento sin causa», en *Comentarios al C.C. de Quintus Mucius Scaevola*, t. XXX-II, pág. 388). Por su parte, RAMS al señalar que «la calificación del enriquecimiento como 'injusto' no arguye necesariamente la comisión de un acto ilícito por el enriquecido» (op. cit., pág. 437), indirectamente admite que la acción de enriquecimiento injusto puede nacer también de actos ilícitos. En el mismo sentido se manifiesta también PENA LÓPEZ (vid. PENA LÓPEZ, A.I.: «Criterios de sistematización de las fuentes de las obligaciones», A.C., 1.993, pág. 734).

Por su parte, HERNÁNDEZ GIL (*Derecho de obligaciones*, Ed. CEURA, Madrid, 1.983, pág. 263), A. TRABUCCHI (voz «Arricchimento. Diritto civile», *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, pág. 66) y DE CUPIS (*Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1.966, t. I, págs. 29 y 30) consideran que, en el caso del enriquecimiento injusto no se está en presencia de un daño antijurídico, siendo, precisamente, la ausencia de esta característica en el hecho dañoso y en el enriquecimiento la que permite deslindar los daños reparables de acuerdo con las normas de la responsabilidad civil extracontractual y los que dan lugar a una restitución en virtud del ejercicio de una acción de enriquecimiento injusto.

²³ Vid., entre otros, NÚÑEZ LAGOS, R.: *Enriquecimiento sin causa*, op. cit., pág. 388; BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, P.: *La obligación (concepto, estructura y fuentes)*, EDERSA, Madrid, 1.989, pág. 113; PENA LÓPEZ, A.I.: «Criterios de sistematización de las fuentes de las obligaciones», op. cit., pág. 734.

4.- La responsabilidad por daños puede fundarse en la idea de riesgo²⁴. Desde comienzos de siglo se han promulgado leyes reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual que afectan a diversos ámbitos materiales o sectores de actividad potencialmente generadores de daños en las que el criterio de imputación es el riesgo y no la culpa como ocurre en el régimen común instaurado por el C.C. Por el contrario, una pretensión restitutoria de enriquecimiento sin causa no podría fundarse en el mero riesgo²⁵.

5.- En cuanto a los aspectos adjetivos, la acción aquiliana prescribe, conforme al núm. 2 del art. 1.968 del C.C., al año contado a partir del día en que pudo ejercitarse (art. 1.969 C.C). La pretensión de enriquecimiento sin causa puede ejercitarse por vía de acción o por vía de reconvencción. En el primer caso constituye una acción de carácter personal, sometida, por tanto, al plazo de prescripción de quince años que contempla el art. 1.964 del C.C.

En definitiva, ninguno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual -acción, daño, relación de causalidad entre ambos, antijuridicidad y culpabilidad- es requerido para que pueda estimarse una acción derivada de un enriquecimiento sin causa. Se trata de dos figuras radicalmente distintas, cuyos elementos constitutivos difieren entre sí de tal manera que Díez-Picazo ha afirmado al respecto que *«el cúmulo de diferencias es tal y todas ellas tan contundentes que se llega a dudar de la necesidad de plantear la distinción porque lo que es completamente distinto no tiene porqué distinguirse»*²⁶.

Sin embargo, si esto es así desde el plano teórico, la continua expansión de ambos institutos y las innegables interrelaciones que han sufrido desde sus iniciales construcciones dogmáticas determinan, a nuestro juicio, que la tarea de examinar sus posibles solapamientos y de ofrecer una solución jurídica a los supuestos de concurrencia sobre un mismo entramado fáctico de las acciones de responsabilidad civil extracontractual y de enriquecimiento sin causa, tenga una notable trascendencia. La importancia que se atribuye a esta labor no es derivación de un mero afán conceptualista falto de verdaderos resultados prácticos, sino que esencialmente se debe a que las consecuencias jurídicas que se anudan a la utilización de uno u otro expediente son distintas, fundamentalmente en lo que se refiere a la cuantía de las condenas.

El punto de vista adecuado para realizar esta labor consiste, a nuestro modo de ver, en tomar como referencia los elementos de una de las dos instituciones y examinar cuales de los supuestos comunmente admitidos como constitutivos de la otra podrían satisfacerlos. Desde esta perspectiva, nos parece más apropiado partir del conjunto de de presupuestos que integran el régimen de responsabilidad civil. Nuestra elección se justifica en el mayor consenso doctrinal y jurisprudencial en torno a los requisitos de la

²⁴ Como norma general, el T.S. sólo estima pretensiones resarcitorias de responsabilidad civil fundada exclusivamente en el riesgo cuando existe una norma expresa que así lo determina (vid. CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, op. cit., págs. 120 a 123); sin embargo, esta regla correcta desde el punto de vista normativo, ha encontrado excepciones en sentencias aisladas, v.gr., en la S.T.S. de 10 de diciembre de 1.984 (Ar. 1.147 de 1.986). Vid., sobre esta cuestión, Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Ed. Cívitas, S.A., Madrid, 1.993, vol. I, pág. 98.

²⁵ Al respecto resulta ilustrativo el ejemplo propuesto por Díez-PICAZO, si alguien instala una empresa en determinado lugar, podría, si así está establecido para el sector de que se trate, tener que asumir la responsabilidad por los eventos dañosos que el riesgo propio de la explotación cree; pero por el mero hecho de proporcionar un beneficio a terceros -v.gr. a los comerciantes de la zona que ven incrementadas sus ventas-, éstos no tendrían derecho a pedir la restitución del mismo (Vid. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, op. cit., vol.I, pág. 98).

²⁶ Díez-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., pág. 56.

responsabilidad por daños. En efecto, en materia de enriquecimiento sin causa todavía no está suficientemente consolidada la afirmación de la existencia de una acción única para exigirlo, ni el fundamento jurídico de la misma²⁷. Por otra parte, tampoco existe unanimidad a la hora de exponer los requisitos abstractos necesarios para la restitución²⁸, ni la medida en la que se debe restituir.

Por lo tanto, procederemos a comprobar cuáles de aquellos supuestos constitutivos de un enriquecimiento sin causa que hayan sido unánimemente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia, podrían satisfacer los requisitos para la estimación de la concurrencia de responsabilidad extracontractual.

II. LA CONCURRENCIA FÁCTICA DE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Siguiendo el método propuesto, la primera tarea que es necesario emprender consiste en determinar qué supuestos de enriquecimiento sin causa se producen a través de la realización de una acción u omisión humana antijurídica que causa un daño a otro. En este sentido, ya se ha puesto de manifiesto que el desplazamiento patrimonial que genera el enriquecimiento puede ser debido a tanto a la conducta del empobrecido, como a la del enriquecido o, incluso, a la de un tercero o a un hecho de la naturaleza²⁹. La acción de responsabilidad civil solamente puede concurrir con la de enriquecimiento cuando éste haya sido producto de una acción u omisión del propio enriquecido. En los otros casos, o bien la reclamación tendría que dirigirse contra el tercero cuya actuación haya originado el desplazamiento patrimonial, o bien no podría ejercitarse, pues de los fenómenos naturales y de los hechos realizados por el propio perjudicado nunca puede derivarse responsabilidad extracontractual.

El segundo requisito que debería reunir el supuesto de enriquecimiento sin causa sería que del hecho del enriquecido se hubiese derivado un daño. Esta segunda

²⁷ Vid. una sucinta exposición de las disitintas posturas en torno al fundamento de la acción de enriquecimiento en ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., págs. 20-46.

²⁸ En este sentido, resultan ilustrativas las siguientes palabras de Díez-PICAZO que, haciendo suyas unas de CAEMMERER, manifiesta que «*los intentos de buscar una fórmula unitaria, a través de la cual se pueda dar forma a la pretensión de restitución por enriquecimiento y señalar sus límites, han sido incesantes, pero no se han visto desgraciadamente acompañados por el éxito*» y, posteriormente, señala que «*la imposibilidad de construir explicaciones unitarias impone la conclusión de que todo sea moverse en el plano de la abstracción no permite nunca salir de la abstracción. Tanto el razonamiento, como los intentos de configurar la pretensión de enriquecimiento y de señalar sus límites, necesitan una dosis de concreción. No se trata aquí de la concreción a que da lugar el casuismo, sino de un terreno intermedio entre casuística y abstracción que pueda calificarse como tipología o formación de tipos*» (DÍEZ-PICAZO. L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., págs. 96 y 97).

²⁹ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, R.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, op. cit., pág. 179. Entre los supuestos comunmente admitidos de enriquecimiento sin causa se deben, por ejemplo, a un hecho del empobrecido los pagos sin causa repetibles mediante el art. 1901 C.C.; a un hecho de la naturaleza se le pueden imputar los enriquecimientos derivados de la incorporación de ventajas a un inmueble debido a un aluvión y, por último, al hecho de un tercero se deben algunos de los enriquecimientos de los denominados «indirectos»: Así, el caso del factor mercantil que, actuando en nombre propio, compra un solar con precio aplazado para su empresario actuando en nombre propio, solar sobre el que se construyen viviendas que posteriormente se venden de forma irrevindicable. Si el factor fuese insolvente, el vendedor podrá ejercitar, según NÚÑEZ LAGOS, una actio in rem verso contra el empresario, en tal caso el hecho que provoca el desplazamiento es de un tercero -el factor- que no será parte en el proceso en que se ventile la acción de enriquecimiento (NÚÑEZ LAGOS, R., op. cit., pág. 177).

condición es menos problemática que la anterior, debido a que una gran parte de las exposiciones doctrinales sobre los presupuestos de la acción de enriquecimiento sin causa exigen un empobrecimiento patrimonial, correlato del enriquecimiento³⁰ que fundamente la reclamación. La disminución patrimonial que supone el empobrecimiento podría constituir un daño, en el sentido que se exige por el sistema de responsabilidad civil extracontractual, siempre que entre conducta y empobrecimiento existiese la relación de causalidad «adecuada» requerida por la jurisprudencia. Uniendo ambos requisitos, tenemos que aquellos enriquecimientos que se hayan producido por una conducta del enriquecido y que hayan provocado un empobrecimiento en el patrimonio de un individuo podrían, en principio, ser susceptibles de generar, a favor de éste, una acción de responsabilidad extracontractual para reclamar la cuantía del empobrecimiento sufrido, que haría las veces del daño requerido por el art. 1902 del C.C.

Desde la perspectiva enunciada en los párrafos precedentes, puede afirmarse que dentro de los supuestos de ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina, podrían satisfacer los elementos del régimen de responsabilidad extracontractual aquellos que se han englobado por un sector doctrinal bajo la denominación de *condictio* por intromisión (*Eingriffskondiktio*)³¹. Se incluyen aquí, en palabras de Greeb, todos aquellos casos en los que «a una persona le afluyen valores patrimoniales que no le corresponden porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida, aunque no sea culposa de bienes ajenos»³². En estos supuestos, el enriquecimiento y el posible y correlativo empobrecimiento son producidos por la acción del sujeto enriquecido invadiendo, usando, disfrutando o consumiendo una cosa o derecho ajeno.

Por el contrario, quedarían excluidos los enriquecimientos pertenecientes al grupo tutelado por la *condictio* de prestación (*Leistungskondiktio*)³³, así como los denominados por Díez-Picazo supuestos de *condictio* por inversión o desembolso³⁴. En estos casos el enriquecimiento se genera como consecuencia de la conducta del propio empobrecido, ya sea realizando una actividad de prestación sin causa en el primero, ya ejecutando una actuación no calificable como tal en el segundo. Igualmente hay que descartar los debatidos supuestos de enriquecimiento debido a un desplazamiento patrimonial indirecto. Prescindiendo del debate planteado en torno a los mismos³⁵, en todos ellos las acciones que podrían considerarse causalmente adecuadas en relación con el empobrecimiento son realizadas, bien por el propio empobrecido, bien por un

³⁰ Exigen un empobrecimiento correlativo al enriquecimiento, entre otros, NÚÑEZ LAGOS, R.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, R.C.D.I., mayo/junio, 1969 (núm. 472), págs. 123 a 127; y LACRUZ BERDEJO, J.L.: «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», op. cit., págs. 585 y 586. Igualmente se exige este requisito en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, v.gr., en la conocida S.T.S de 28 de enero de 1.956 (Ar. 669) cuyas consideraciones terminaron por convertirse en una «cláusula de estilo», y posteriormente, por citar sólo algunas, las SS.T.S de 27 de marzo de 1.958 (Ar. 1.456), 23 de marzo de 1.966 (Ar. 1.296), 19 de mayo de 1.993 (A.C. 1.066) y de 20 de mayo de 1.993 (A.C. 1.013).

³¹ La sistematización de las pretensiones de enriquecimiento adoptada es la propuesta por DÍEZ-PICAZO («La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., págs. 100 a 133).

³² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., pág. 116.

³³ Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., págs. 100 a 116.

³⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., págs. 127 a 132.

³⁵ Estos supuestos fueron englobados tradicionalmente bajo el régimen jurídico de la *actio in rem verso*, junto con algún otro, como el pago de deuda ajena de forma consciente, que en la sistemática adoptada en nuestro trabajo queda incluido dentro de la *condictio* por inversión o desembolso (vid. NÚÑEZ LAGOS, R.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, op. cit., págs. 172 a 184). Hoy en día se plantea la doctrina si es posible la existencia de tales enriquecimientos indirectos, o si son reconducibles a supuestos

tercero a través de cuyo patrimonio se desplaza el valor al del enriquecido, lo que excluye toda posibilidad de satisfacción del requisito de la acción u omisión dañosa que exige el régimen de responsabilidad extracontractual.

Hechas estas consideraciones, nos limitaremos a partir de aquí a los enriquecimientos producidos como consecuencia de la intromisión en bienes ajenos.

Antes de entrar en el análisis de los supuestos de concurrencia que se producen en este ámbito es preciso efectuar algunas observaciones relativas a la extensión de la acción de enriquecimiento sin causa en los supuestos de *condictio* por intromisión. En este sentido, baste decir que el uso de una cosa o derecho ajeno sin título que produce un enriquecimiento en el patrimonio del sujeto que lo realiza, ha sido considerado tradicionalmente un supuesto de enriquecimiento sin causa, se trate de una actuación de mala fe o no. La tesis tradicional exige, además, la presencia de un correlativo empobrecimiento en el titular del bien o derecho. En torno a este punto se ha producido una importante evolución: así, frente a la posición más clásica, un sector de la doctrina y una línea jurisprudencial en expansión consideran que basta con el mero enriquecimiento derivado de la intromisión para que, entablada la acción de enriquecimiento sin causa, el que se ha beneficiado de la utilización de la cosa o el derecho ajeno quede obligado a restituir los gastos que hubiera tenido que soportar en su patrimonio de haberse visto obligado a pagar por la autorización del titular. Es el llamado «módulo restitutorio del ahorro de gastos», que ha ampliado notablemente tanto el concepto clásico de enriquecimiento como el de empobrecimiento³⁶.

Teniendo en cuenta esta doctrina y siguiendo un criterio sistemático de exposición, distinguiremos varios supuestos de enriquecimiento sin causa que serán objeto de un análisis individualizado en relación con la posibilidad de que satisfagan los requisitos de la responsabilidad extracontractual.

II.1. En la lesión de derechos reales

El primer gran grupo de intromisiones en bienes o derechos ajenos que analizaremos está constituido por todas aquellas que inciden en los denominados derechos sobre bienes materiales y, entre ellas, fundamentalmente las que afectan a los derechos reales. Dentro de éste conjunto de supuestos consideraremos en primer lugar aquéllas intromisiones que constituyen supuestos de posesión sin título, de buena o de mala fe.

De entre ellas, sólo podrían dar lugar a una acción de responsabilidad civil aquéllas en las que del hecho de la intromisión resultase un daño para la cosa objeto de

de directo enriquecimiento. El mayor problema surge en relación con los casos en los que exista un relación jurídica entre el intermediario y el enriquecido, en relación con ellos, TRIMARCHI ha señalado que sólo podrá el empobrecido recuperar el valor desplazado cuando sea posible un subrogación en los derechos exceptantes del intermediario. De otra forma la acción haría peligrar la seguridad del tráfico al poder ser ejercitada contra una serie indefinida de sujetos, incluso, en opinión de CAPEROCHIPI, podrían conculcarse en Derecho español «*las normas especialmente previstas para la tutela del acreedor*» (cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., págs. 166 y 167).

³⁶ Así, en la tesis tradicional el enriquecimiento tenía que persistir en el patrimonio del demandado en el momento de la demanda, porque si el enriquecimiento no persistiese la acción produciría un nuevo desplazamiento patrimonial y, en consecuencia, un nuevo enriquecimiento injusto. De la misma forma, el empobrecimiento debía consistir en una efectiva disminución de patrimonio o en la no percepción de unos ingresos que habrían accedido al patrimonio del demandado. Así en el caso de que la cosa o el derecho no hubiesen sido menoscabados o deteriorados o no se hubiese dejado de percibir renta alguno por ellos la acción no podría prosperar. Con el nuevo módulo restitutorio basta con acreditar que un tercero se ha beneficiado de un derecho o de la realización de una actividad ajeno, y que no ha soportado gasto alguno por ello.

la posesión sin título, esto es, una disminución efectiva de su valor patrimonial (*damnum emergens*), o la pérdida de una ganancia (*lucrum cessans*) que hubiese afluído al patrimonio del titular de la cosa poseída. Con ello, todas aquellas posesiones en las que la utilización del bien ajeno no ha tenido un efecto dañoso -en el sentido en el que este término es tomado en consideración en el seno del Derecho de daños- no serían susceptibles de satisfacer el elemento objetivo del perjuicio, requisito *sine qua non* de cualquier acción de responsabilidad civil. De esta forma, los supuestos de posesión sin título de un bien o derecho ajeno contra los que es posible ejercitar una *condictio* por intromisión exceden con mucho, si se utiliza el criterio restitutorio del ahorro de gastos, de los que pudieran ser susceptibles de generar, a la vez, una *condictio* y una acción ex art. 1.902 del C.C. Este exceso estaría directamente determinado por el nuevo entendimiento de la relación enriquecimiento-empobrecimiento, mucho más elástico que el tradicional requisito del daño en el marco de la responsabilidad civil extracontractual.

A partir de lo dicho, sería posible, *a contrario*, concluir que cabría actuar, tanto por la vía de la responsabilidad civil, como a través del ejercicio de una acción de enriquecimiento sin causa, contra el que posee sin título un derecho o cosa ajena cuando de su utilización se hayan derivado daños o perjuicios. Sin embargo, esta deducción se encuentra obstaculizada por un problema ulterior, cual es el de la existencia de preceptos dictados específicamente para regular los efectos de la situación posesoria del no propietario frente al titular dominical de la cosa o derecho poseído. En este sentido, entre otros, Pothier, Barcellona y Delgado Echeverría³⁷ han puesto de manifiesto la función indemnizatoria de las acciones derivadas de los preceptos contenidos en los Códigos civiles -tanto del francés, como de sus descendientes, el italiano de 1.942 y el español- en los que se regula la restitución de los frutos y el abono de gastos al tratar de los efectos de la posesión. En consecuencia, la vía procedente para reclamar la indemnización de los daños derivados de posesiones sin título es la constituida por las acciones que contra el poseedor, tanto de buena como de mala fe, surgen de los arts. 451 a 458 del C.C. En estos preceptos, además de la mera indemnización de los perjuicios inferidos, se toman en consideración por el legislador otro tipo de cuestiones como la protección del poseedor de buena fe³⁸, conformando una serie de soluciones especiales para el problema de la posesión a cuya aplicación se debe otorgar preferencia con respecto al régimen general de la responsabilidad por daños³⁹.

Descartada la concurrencia de las acciones objeto de nuestro estudio en los supuestos en que la intromisión en el bien o derecho material ajeno se realice mediante

³⁷ Cfr. POTHIER, J.: "Traité du droit de domaine de propriété", en *Oeuvres complètes*, Langlois y Durand, París, 1.844, T.X, pág. 188; BARCELONA, P.: Voz "Frutti (dir. civ.) en *Enciclopedia del Diritto*, T.XVIII, 1.969, pág. 231; DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Adquisición y restitución de frutos por el poseedor", *A.D.C.*, 1975-III, págs. 622, 623 y 625.

³⁸ MORALES MORENO considera que «en materia de frutos la atribución concedida al poseedor de buena fe es un premio a su laboriosidad[...] y en cuanto al deber de devolverlos que pesa sobre el poseedor de mala fe, el fundamento se halla en la antijuridicidad de su comportamiento y el deber de indemnizar los perjuicios causados con mala fe al propietario, pero no en un supuesto deber social de producirlos» (MORALES MORENO, A.M.: *Poseción y usucapión*, C.S.I.C, Madrid. 1.972, pág. 32, nota num. 80)

³⁹ Es una cuestión debatida si el régimen establecido en los artículos que comentamos supone también la imposibilidad de ejercitar una acción de enriquecimiento injusto. Sin entrar en mayores profundidades, existe en la actualidad una corriente jurisprudencial ensalzada por un sector de la doctrina que deja inaplicados los criterios restitutorios del régimen codificado de la posesión y concede restituciones derivadas de enriquecimientos injustos en supuestos de posesión sin título de cosa ajena que exceden con mucho de las que se deducirían de los arts 375 a 383 C.C. Así, ya la S.T.S. de 1 de febrero de 1.928 condenaba al inquilino a pagar la renta mientras no se consumase el deshaucio, más adelante la S.T.S. de 6 junio de 1.951 (Ar. 1.877) condena a pagar las rentas del antiguo arrendamiento a quien recuperó la posesión de la casa en virtud de un interdicto de recobrar, pero la perdió posteriormente a consecuencia de la sentencia de

la posesión del mismo, es preciso considerar, ahora, si es posible tal concurrencia en los casos en los que la intromisión no constituya una situación posesoria.

El primero de estos supuestos, analizado en este lugar precisamente por mor de su paralelismo con la intromisión constitutiva de posesión, es el del uso sin título de cosa ajena que haya dado lugar a una accesión. En relación con la concurrencia de los presupuestos de enriquecimiento en tales casos, parece evidente, en una primera aproximación, que quien adquiere la titularidad dominical de una cosa perteneciente a otro sujeto a través de accesión y como consecuencia de una actuación propia, ha producido, por lo menos, un *damnum emergens* a un patrimonio ajeno, y, además, se enriquecido a costa de este mismo patrimonio. Más discutible es que se pueda afirmar la existencia de un desplazamiento patrimonial «sin causa», debido fundamentalmente a que la adquisición de la propiedad de la cosa objeto de la accesión es una consecuencia legalmente prevista. Siendo así, podría sostenerse que en estos supuestos la «causa» es, precisamente, la atribución *ex lege* de la ventaja patrimonial⁴⁰.

En todo caso, la discusión acerca de la concurrencia o no de causa pierde interés habida cuenta que, al igual que sucedía con la posesión sin título, el Código contiene una regulación específica para estos supuestos -arts. 358 a 383 del C.C.-. En el régimen legal de la accesión se tienen en cuenta, en orden al establecimiento de las concretas consecuencias jurídicas que se prevén, tanto la buena o mala fe del adquirente por accesión, como la medida del enriquecimiento⁴¹ y los «daños» sufridos por el eventual anterior propietario de la cosa adquirida. Será, por lo tanto, el conjunto de respuestas dirigidas por el legislador a la solución de los conflictos planteados en torno a la accesión el que se deba utilizar por los posibles perjudicados como consecuencia de la misma⁴².

Fuera de los casos constitutivos de accesión, no existe una solución positivada en el Código para los enriquecimientos y daños derivados del consumo, disposición o uso

aplelación. Actualmente, por ejemplo, la S.T.S. de 7 de diciembre de 1.990 (Ar. 9.900) ordena restituir por enriquecimiento injusto a quien ocupó una finca indebidamente con posterioridad a la resolución del contrato de compraventa de la misma; y la S.T.S. de 27 de febrero de 1.989 (Ar. 1.402) condena a indemnizar a la actora por el enriquecimiento derivado del retardo en la restitución de unos inmuebles de su propiedad a consecuencia de la resolución de un contrato de exclusiva.

⁴⁰ El supuesto planteado lo ha contemplado el T.S. en sentencia de 4 de junio de 1.993 (Ar. 5.261). Vid., con citas de jurisprudencia, GARCÍA DE MARINA, M.: *El derecho de accesión*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1.995, págs. 169 a 176.

Se trataría de un supuesto que añadir a los propuestos en el Cap. IV de la monografía de NÚÑEZ LAGOS sobre El enriquecimiento sin causa en el Derecho español (op. cit., págs. 63 y ss.): aplicación del art. 34 de la L.H. respecto de los inmuebles inscritos en el Registro, adquisición de cosas muebles en general ex art. 464 del C.C. y adquisiciones por el tercero de buena fe de títulos valores por endoso.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO realiza una sucinta exposición de las manifestaciones de la doctrina del enriquecimiento en el régimen de la accesión, exponiendo que «en los arts. 353 y siguientes luce con claridad la regla de la restitución del enriquecimiento, con la importante característica de que en ellos la buena fe no exime de restitución del valor como en el art. 451, tal vez en razón de que aquí la utilización es del valor entero de la cosa principal y no simplemente de sus frutos. La buena fe exime de la obligación de pagar los daños y perjuicios, pero no exceptúa la regla general del derecho, y de la correlativa obligación del abono del valor. Así, por ejemplo, el art. 360, en la hipótesis de utilización de materiales ajenos en una obra, obliga siempre al abono del valor y, además impone el deber de resarcimiento de los daños y perjuicios cuando se hubiera obrado de mala fe. Lo mismo ocurre en el supuesto de especificación (cfr. art. 383): cuando se emplea una materia ajena para formar una nueva especie, el especificante hace suya la obra, pero debe el valor de la materia al dueño de ésta» (cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., págs. 122 y 123).

⁴² Sin embargo, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI muestra una corriente jurisprudencial que, atendiendo a la apariencia y las relaciones de hecho y a lo que este autor denomina «modelo social de relaciones significativas», ha llegado, en la resolución de los supuestos litigiosos, más allá de las soluciones

no constitutivo de posesión de un bien o derecho material ajeno. Cada uno de estos supuestos presenta ciertas peculiaridades, susceptibles, por tanto, de un análisis individualizado.

A.- La primera particularidad relativa al consumo de cosa mueble ajena sin título radica en que éste puede deberse tanto a un mero acto de consumo en beneficio propio de la cosa, como al hecho de que el bien sea de los que el Código Civil denomina fungibles, esto es, de aquéllos a los que no se puede dar el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman (art. 337 C.C.). Tanto si el bien es fungible como si no, parece indudable que su consumo genera un provecho para quien los usa, con independencia de que tenga título para ello o carezca de él. Este enriquecimiento, en todo caso, podría cuantificarse, aplicando el baremo del «ahorro de gastos», de acuerdo con el canon que el sujeto beneficiado hubiera tenido que pagar al titular de los mismos por su adquisición. Por otra parte, existiría un empobrecimiento correlativo, en igual medida, en el patrimonio del originario titular. Si, además, el acto de consumo se ha efectuado sin causa jurídica que lo justifique nacerá a favor del empobrecido una acción de enriquecimiento sin causa.

A nuestro juicio, el acto de consumo también puede satisfacer los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. En efecto, se ha realizado una acción antijurídica: la extinción del derecho por pérdida de la cosa es un resultado que infringe el deber *alterum non laedere*; que ha producido un daño: representado, en este caso, por la pérdida de valor de la cosa; y que, de ser atribuible a su autor a título de culpa o dolo, si no concurre ninguna causa de justificación, determinará la posibilidad de exigir la reparación por la vía de la responsabilidad extracontractual. Por consiguiente, nos hallamos ante una primera situación de concurrencia de las dos acciones estudiadas.

B.- Con arreglo al orden propuesto, el segundo supuesto que es susceptible de ser analizado individualmente es el constituido por el ejercicio del *ius disponendi* por parte de un sujeto distinto del titular del bien o derecho material ajeno. En relación con este problema, los autores suelen destacar la posibilidad de que el acto de disposición dé lugar a una adquisición irreivindicable como consecuencia, bien de la protección otorgada al tercero hipotecario por el art. 34 de la L.H. en el caso de que se trate de un derecho real sobre un inmueble inscribible en el Registro de la Propiedad, bien de la regla contenida en el art. 464 C.C., para el caso de que se trate de un bien mueble. Si esto se produce, el antiguo titular, de conformidad con la tesis defendida por la doctrina mayoritaria, podrá ejercitar la *condictio* para recuperar el valor del bien enajenado del patrimonio del enriquecido⁴³. Además, a nuestro juicio, el acto de disposición de un bien o derecho ajeno sin título constituye una acción antijurídica que produce un daño -al menos, la pérdida del valor del bien- al titular del mismo. Por consiguiente, si la conducta es, además, imputable culpabilísticamente al sujeto que ha realizado la acción, nacería a favor del perjudicado una acción de responsabilidad civil extracontractual para demandar la reparación de los perjuicios sufridos. Si, por el contrario, la enajenación no fuese irreivindicable, además de las acciones mencionadas, podría

codificadas. En este sentido afirma que «el enriquecimiento sin causa se muestra entonces como modulación de los criterios restitutorios codificados, frente a los inadecuados modelos de accesión y posesión y se muestra preferente un nuevo régimen que valora preferentemente el marco social en el cual se realizó la actividad económica o la prestación de trabajo» (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., págs. 155 a 159).

⁴³ Vid., a título de significativos ejemplos, NÚÑEZ LAGOS, R.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, op. cit., págs. 64 y 65; DIEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., págs. 126 y 127; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., págs. 98 y 99.

reclamar la declaración de ineficacia de la disposición y ejercitar la reivindicatoria con la dificultad añadida, en este caso, de acreditar la titularidad del bien o derecho necesaria para que prospere la acción. En ambos casos, nos encontramos ante un nuevo ejemplo de concurrencia de la *condictio* con la acción ex art 1.902 C.C.

C.- El último supuesto que resta por examinar es el del uso no constitutivo de posesión de los derechos, inmuebles, o cosas muebles ajenas no fungibles sin título. La doctrina entiende mayoritariamente, con las diferencias derivadas de la distinta inteligencia del requisito del empobrecimiento, que tales usos sin título pueden dar lugar a una restitución a través de una acción de enriquecimiento sin causa⁴⁴. Aceptando como válido el modelo restitutorio del «ahorro de gastos», la medida de la indemnización, en el caso de que no hubiese deterioros en la cosa ni lucros cesantes, estaría determinada por el gasto que hubiese supuesto al que usa de la cosa ajena, adquirir el título para utilizarla. Así, un ejemplo de uso de cosa ajena sin título constitutivo de posesión se encuentra contenido en la S.T.S de 5 de octubre de 1.985 (Ar. 4.840) que obliga a restituir el provecho que el uso, en nombre y beneficio propio, de los bienes de una sociedad produjo al director de la misma.

Por otra parte, si se admite que el poseedor no propietario puede entablar la acción de daños y perjuicios en orden a ser indemnizado tanto por los «daños accesorios» consecuencia lógica y necesaria de la privación del uso del bien por el despojante (art. 1.658, pf. 2º, de la L.E.C.⁴⁵) e, incluso, de la inquietación en su pacífica posesión por el perturbador de la misma -a los que la *Corte Suprema di Cassazione*, en sentencia de 12 de mayo de 1.987 (núm. 4.367) se ha referido como «daños puramente económicos»-, como por aquellos otros daños de naturaleza material causados a la cosa objeto de la posesión -menoscabos sufridos por la misma o su destrucción⁴⁶, aunque el ejercicio de la acción, en este último caso, tenga que hacerse en un juicio plenario⁴⁷. Pero, admitir la posibilidad de la llamada por la doctrina italiana «tutela aquiliana de la situación posesoria»⁴⁸ no implica que no quepa plantearse en estos casos la posible existencia de enriquecimientos injustos -v.gr., caso planteado en el párrafo inmediatamente anterior *in fine*- representados, cuando menos, por el «ahorro de gastos», que no encuentren acomodo en aquélla y que, en consecuencia, habiliten para el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto en aras del restablecimiento del equilibrio patrimonial roto tras la lesión posesoria.

⁴⁴ Vid., entre otros, DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., págs. 123 y 124; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., págs. 145 a 148.

⁴⁵ Art. 1.658, pf. 2º de la L.E.C.: «*En la sentencia que declare haber lugar al interdicto por haber sido despojado el demandante de la posesión o de la tenencia, se acordará que inmediatamente se le reponga en ella, y se le condenará al despojante al pago de las costas, daños y perjuicios y devolución de los frutos que hubiere percibidos.*»

⁴⁶ Caso contemplado por la S.A.P. de Zamora de 5 de octubre de 1.995 (Ar. Civ. 1.827).

La solución se resuelve con meridiana claridad en el ordenamiento jurídico portugués. En efecto, el art. 1.284, pf. 1º, del vigente C.C. posibilita que, cualquiera que sea la vía utilizada para recuperar la posesión o impedir la continuación de las perturbaciones posesorias, se pueda pedir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan irrogado al poseedor.

⁴⁷ Sobre esta cuestión vid., nuestro trabajo, «La tutela aquiliana de la situación posesoria», op. cit., especialmente las págs. 385 a 406.

⁴⁸ Entre otros, GALGANO, F.: «Le mobili frontiere del danno ingiusto», op. cit., págs. 7 a 9; SACCO, R.: *Il possesso*, en el *Trattato di Diritto civile e commerciale* dirigido por A. Cicu y F. Messineo, Giuffrè Editore, Milano, 1.988, pág. 311; TENELLA SILANI: *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Giuffrè Editore, Milano, 1.989, págs. 30 y ss.; PONZANELLI, G.: *La responsabilità civile. Profili di Diritto comparato*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1.992, pág. 287; NATOLI, U.: *Il possesso*, Giuffrè Editore, Milano, 1.992, pág. 340; GAMBARO, A.: «Azioni possessorie», en la obra dirigida por M. Bessone, *Casi e questioni*

Cuestión distinta es que, concedida al poseedor perturbado o despojado una indemnización de daños y perjuicios que tenga su fundamento en los daños ocasionados a la cosa objeto de la posesión, si éste la ingresa en su patrimonio sin proceder a restaurar la cosa al estado anterior a la actuación dañosa, de forma que, recuperada la posesión de la misma por el propietario, a través, v.gr., de una acción reivindicatoria, éste la recibe con el menoscabo que se le ha producido, el poseedor se habría enriquecido injustamente en la cuantía de la indemnización, de manera que, en este caso también cabría, a nuestro juicio, ejercitar una acción de enriquecimiento injusto.

II.2. En los derechos de la personalidad y otros derechos inmateriales

El segundo gran conjunto de intromisiones que nos hemos propuesto analizar es el constituido por las que se producen en los denominados derechos de la personalidad y en los derechos sobre bienes inmateriales. La importancia que se le ha atribuido, incluso a nivel legislativo, a la doctrina del enriquecimiento en este ámbito, junto a la especial protección que otorga el ordenamiento a tales derechos justifica, a nuestro juicio, el tratamiento individualizado que les dispensaremos en este estudio.

Dentro de los derechos o bienes de la personalidad destacan, por su repercusión en materia de daños y de enriquecimiento sin causa, los que De Castro ha enmarcado bajo la rúbrica genérica de «*bienes sociales e individuales*»⁴⁹. En efecto, la intromisión en alguno de estos derechos puede dar lugar tanto a gravísimos perjuicios para su titular, como a pingües beneficios en favor de la persona física o jurídica que la realiza. En nuestro análisis, sin ánimo de exhaustividad, trataremos de los problemas de concurrencia que pueden producirse en relación, por una parte, con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y, por otra, con el derecho al nombre. Debido al régimen común que poseen, nos ocuparemos de la problemática relativa al llamado «derecho moral de autor» conjuntamente con el resto de derechos relativos a la propiedad intelectual.

II.2.A. En los derechos de la personalidad

La especial trascendencia que posee hoy en día la tutela civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen, al margen de su consideración como derechos fundamentales de la persona por el art. 18.1 de la C.E. -lo que implica que se trate de derechos hiperprotegidos a través de los mecanismos a que se refiere el art. 53 del mismo texto constitucional-, se pone de manifiesto en la serie numerosísima de resoluciones del T.C. y del T.S. en relación con la protección otorgada a estos derechos en el ordenamiento jurídico español. El régimen de acciones que los tutelan se deriva, fundamentalmente, de la regulación de los mismos en la L.O. 1/1.982 de 5 de mayo, de *protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. Este conjunto de preceptos incluye acciones para pedir el cese inmediato de la intromisión ilegítima, el restablecimiento del titular en el pleno disfrute de los derechos y para solicitar la adopción de medidas en orden a prevenir vulneraciones ulteriores (art. 9.2 de la L.O. 1/1982). En lo que interesa a nuestro estudio, es preciso tener en cuenta

di *Diritto privato*. IV.- *Proprietà e diritti reali*, Giuffrè Editore, Milano, 1.993 (7ª edic.), pág. 309; PROTETTI, E.: *Le azioni possessorie. La responsabilità e il procedimento in materia possessoria*, Giuffrè Editore, Milano, 1.995 (8ª edic.), págs. 638 y ss.; VISINTINI, G.: *Trattato breve della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1.996, pág. 447.

⁴⁹ DE CASTRO y BRAVO, F.: «Los bienes de la personalidad», en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1.972, págs. 17 y ss. Por su parte, LETE DEL RÍO se refiere a los mismos derechos con la denominación de «derechos de la personalidad en la esfera espiritual o moral» (LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de la persona*, Ed. Tecnos, Madrid, 1.996 (3ª edic.), pág. 227).

la regulación de la responsabilidad civil por los daños inferidos al titular de los derechos. Entre las peculiaridades de este régimen de responsabilidad destaca el hecho de que, acreditada la intromisión ilegítima (arts. 2, 7 y 8 de la L.O. 1/1.982), se presume la existencia del daño. Así pues, no será necesario, en principio, acreditar la realidad del perjuicio, sino que bastará con la prueba de la acción u omisión que vulnera el derecho para que se entienda que aquél existe.

Por otra parte, en el texto de la ley ningún precepto hace referencia expresa a la posibilidad de ejercitar una acción de enriquecimiento injusto. Sin embargo, esto no es, *per se*, razón suficiente para excluir la posibilidad de ejercitar una *condictio* para reclamar la restitución del enriquecimiento obtenido «sin causa». Por el contrario, utilizando el criterio del «ahorro de gastos», el autor de la vulneración siempre se habría enriquecido sin causa en la medida, al menos, del importe de lo que le hubiese costado obtener el permiso del titular para utilizar su imagen o difundir noticias pertenecientes a la intimidad del titular.

Pero, pese a que, teóricamente, sea sostenible la utilización de la *condictio* por intromisión, la propia regulación de la L.O. de 1.982 parece deshechar tal posibilidad. En efecto, el art. 9.3 de la L.O. 1/1.982, que regula la extensión de la indemnización por daños al derecho al honor, intimidad y propia imagen, establece que «*también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*». Así pues, además de los perjuicios patrimoniales y morales efectivamente sufridos por el sujeto pasivo de la intromisión ilegítima, se tendrá en cuenta el enriquecimiento del responsable en orden a determinar el *quantum respondeatur*.

De entre las diversas explicaciones doctrinalmente ofrecidas para justificar esta forma de cuantificar la indemnización debida, interesa aquí especialmente aquélla que encuentra su fundamento en el enriquecimiento injusto⁵⁰. En este sentido, Martín Casals afirma que el art. 9.3 de la L.O. de 1.982 considera que el ilícito civil puede haber producido un enriquecimiento sin causa que debe ser desplazado al patrimonio del empobrecido. De esta forma, paralelamente a la acción de responsabilidad civil, la L.O. 1/1.982 habría establecido, en el art. 9.3, una pretensión de enriquecimiento injusto⁵¹. El problema de esta tesis se encuentra, a nuestro juicio, en que si se aplicasen los criterios doctrinal y jurisprudencialmente establecidos para determinar el *quantum* de la indemnización en el enriquecimiento sin causa podría frustrarse la finalidad del precepto. Así, incluso aplicando el moderno y progresivo baremo restitutorio del ahorro de gastos el autor del ilícito que se hubiese enriquecido sólo tendría que reembolsar el coste de la obtención de la autorización, cuando la Ley únicamente ordena tener en cuenta la cuantía del enriquecimiento.

En nuestra opinión, el art. 9.3 de la L.O. 1/1.982 no regula en puridad una acción de enriquecimiento injusto. La finalidad de éste precepto, como afirma el propio Martín Casals, es demostrar que la comisión de ilícitos en ningún caso puede suponer una

⁵⁰ MARTÍN CASALS expone que los criterios que se utilizan para absorber el plus indemnizatorio establecido en el art. 9.3 de la L.O. de 1.982 son, fundamentalmente dos: a.- atribuir una función punitiva a la responsabilidad y añadirla a la compensatoria: «*se dice en este caso que el causante del daño tenía un ánimo reprochable y que debe ser castigado para que en el futuro se abstenga de repetir actos parecidos*» y, poniendo de manifiesto los defectos de esta posición, afirma que «*aquí el castigo no está en función del beneficio obtenido. Un ánimo de lucro muy reprochable puede conducir, en la práctica, a un beneficio ínfimo o nulo*» y b.- «*considerar que el ilícito civil[...] ha producido un enriquecimiento injusto que debe ser reembolsado*» (MARTÍN CASALS, M.: «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones de difamación de la L.O. 1/1.982», en *Centenario del Código Civil*, T. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces - A.P.D.C., Madrid, 1.990, págs. 1.272 y 1.273).

⁵¹ Cfr. MARTÍN CASALS, M.: «Notas sobre la indemnización...», op. cit., pág. 1.273.

ventaja patrimonial para el responsable⁵². En este sentido, la atribución de una finalidad de prevención al Derecho de daños es opinión sustentada por un nutrido sector doctrinal español y comparado⁵³ y, precisamente, preceptos como el art. 9.3 confirman que tal fin puede, en ocasiones, elevar la indemnización más allá de lo que se derivaría de un derecho de la responsabilidad civil meramente reparador⁵⁴. Si esto es así, el juzgador no tendría que limitarse, al determinar la indemnización, al empobrecimiento sufrido por el perjudicado y, ni siquiera, a lo que hubiera supuesto el pago por el uso de la imagen o la difusión de datos íntimos. Por el contrario, el importe de la indemnización se cuantificaría teniendo presente únicamente la posibilidad de que el infractor se pudiese lucrar con la diferencia existente entre los beneficios obtenidos por la lesión y la valoración del daño o perjuicio sufrido. Sólo de esta manera, a nuestro modo de ver, se conseguiría una plena satisfacción de la finalidad preventiva atribuida al precepto.

Por consiguiente, dado que el resultado de la acción de responsabilidad civil por daños al derecho al honor, intimidad y propia imagen es el nacimiento de una obligación indemnizatoria en la que se va a tomar en consideración el beneficio obtenido por el infractor, no cabría entablar, además, una acción de enriquecimiento sin causa, pues si se concediese la restitución se produciría un nuevo enriquecimiento sin causa, esta vez a favor del dañado. A mayor abundamiento, parece lógico pensar que a nadie se le ocurriría exigir una sólo indemnización por la vía de la *condictio* por intromisión, pues, por una parte, la extensión de la reparación regulada por el art. 9 de la L.O. siempre abarca tanto el daño en sentido estricto, como el enriquecimiento y, por otra parte, el propio art. 9.1 de la L.O. 1/1.982 establece la posibilidad de acudir al procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad previsto en el art. 53.2 de la C.E., preferible, en todo caso, al proceso ordinario por el que se ventilaría la *condictio*.

En cuanto al derecho al nombre, como es sabido, éste se halla regulado, fundamentalmente, en la *Ley del Registro Civil*. El art. 53 de este texto legal declara que «la ley ampara el nombre y apellidos frente a todos», sin embargo, la L.R.C. no contiene en su articulado acciones específicas que lo protejan. Por consiguiente, es preciso acudir al régimen general de acciones civiles para determinar su tutela. En tal sentido, nos enseña De Castro que el derecho al nombre se encuentra protegido, básicamente, por dos acciones civiles: la acción de impugnación, para solicitar el cese

⁵² «No compensa», es la expresión elegida por el autor, trasladando, así, al derecho español el viejo aforismo anglosajón del «*Tort does not pay*» (MARTÍN CASALS, M.: «Notas sobre la indemnización...», op. cit., pág. 1.273).

⁵³ Vid., entre otros, en Francia, VINEY, G.: *Les obligations. La responsabilité: Conditions*, en *Traité de Droit civil* dirigido por J. Ghestin, Ed. L.G.D.J., París, 1.988, págs. 50 y ss.; TUNC, A.: *La responsabilité civile*, Ed. Economica, París, 1.989 (2ª edic.), pág. 133; JOURDAIN, P.: *Les principes de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz-Sirey, París, 1.992, págs. 15 y ss. En Italia, DE CUPIS, A.: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (trad. de A. Martínez Sarrión), Ed. Bosch, Barcelona, 1.975, págs. 114 y 120; PONZANELLI, G.: *La responsabilità civile. Profili di Diritto comparato*, op. cit., págs. 30 y 55; ALPA, G.: «Le frontiere attuali della responsabilità da illecito nel Diritto comparato», en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (a cura di L. Vacca), Ed. Giappichelli, Torino, 1.995, pág. 314. En el Reino Unido, HEPPLÉ & MATTHEWS: *Tort. Cases & Materials*, Ed. Butterworths, London Dublin, Edinburgh, 1.991 (4ª edic.), págs. 37 y 38; BRAZIER, M.: *Street on torts*, Ed. Butterworths; London, Dublin, Edinburgh; 1.993 (9ª edic.), págs. 11 y 12. En España, hacen referencia a esta finalidad, a pesar que se decantan decididamente por la lógica de la reparación, DIEZ-PICAZO, L.: «La responsabilidad civil hoy», en *A.D.C.*, 1979-II, pág. 734; LÉTE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1.995 (2ª edic.), pág. 168.

⁵⁴ Esto explica que el Prof. PANTALEÓN, fervoroso defensor de la tesis de la responsabilidad civil como mecanismo del Derecho patrimonial exclusivamente reparador, critique la extensión de la indemnización al extremo del art. 9.3 de la L.O. 1/1.982 (vid. PANTALEÓN PRIETO, A.F.: «Comentario del artículo 1.902 C.C.», en *Comentario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1.991, T. II, pág. 1.973).

de la usurpación, y la acción declarativa o de reconocimiento contra el que niega o desconoce el derecho. En ambos casos es procedente, además, una indemnización en concepto de reparación si se satisfacen los requisitos de la responsabilidad extracontractual⁵⁵.

Por otro lado, a nivel teórico-dogmático tiene sentido plantear la viabilidad de una acción de enriquecimiento injusto frente al infractor que se hubiese lucrado de la utilización, sin autorización, del nombre ajeno, como ya en su día señalara De Castro⁵⁶. A nuestro juicio, no hay ningún obstáculo para que se admita siempre que se acrediten todos los extremos que se consideran como presupuestos del enriquecimiento injustificado. Sin embargo, el problema ha perdido trascendencia desde el momento en que la L.O. 1/1.982 considera un supuesto de intromisión ilegítima «*la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*», con lo que parece que toda utilización del nombre ajeno sin autorización, susceptible de provocar un lucro en el patrimonio del infractor se encuentra tutelado por la L.O. 1/1.982 a través de los mecanismos ya enunciados.

II.2.B. En los derechos de propiedad intelectual e industrial

Analizada la admisibilidad de las acciones estudiadas cuando se produce una intromisión en determinados derechos de la personalidad, nos ocuparemos ahora de su posible incidencia en la protección de los denominados derechos sobre bienes inmateriales. En este punto, expondremos consecutivamente los problemas que se plantean en torno a la posible concurrencia de las acciones en la tutela de los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial.

a) La protección de los derechos de propiedad intelectual se encuentra regulada en el T.R. de la Ley de Propiedad Intelectual de 1.996, concretamente en el Libro III que lleva por rúbrica, precisamente, «*De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley*». Además de la posibilidad de utilizar las acciones relativas al cese de la actividad ilícita y a la adopción de medidas cautelares (arts. 133, 134 y 136 T.R.L.P.I.), la Ley regula las indemnizaciones derivadas de la vulneración de los derechos que protege en el art. 135. Este precepto establece que, en concepto de daño patrimonial, «*el perjudicado podrá optar entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiese percibido de haber autorizado la explotación*» (art. 135.1 T.R.L.P.I.), y que «*en caso de daño moral procederá su indemnización aun no probada la existencia de perjuicio económico*» (art. 135.2 T.R.L.P.I.), todo ello sin perjuicio de poder utilizar otras acciones que correspondan al perjudicado.

Dejando a un lado la reparación de los daños morales⁵⁷, el art. 135 del T.R. ofrece al titular del derecho vulnerado la posibilidad de optar, para el cálculo de la

⁵⁵ DE CASTRO y BRAVO, F.: «Los bienes de la personalidad», op. cit., págs. 31 a 33. En el mismo sentido, LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de la persona*, op. cit., pág. 245.

⁵⁶ DE CASTRO señala que, al igual que ocurre con todos los otros bienes de la personalidad, «*en los supuestos de uso inconstituido e ilegítimo del nombre, habrá lugar, en su caso, a las acciones para exigir indemnización por daños morales y materiales y las que correspondan por enriquecimiento sin causa*» (cfr. DE CASTRO y BRAVO, F.: «Los bienes de la personalidad», op. cit., pág. 33).

⁵⁷ En relación con estos daños, sostiene DÍEZ-PICAZO que «*daño moral es equivalente a lesión del derecho moral de autor*» (DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario del artículo 125 de la L.P.I.» en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1.989, pág. 1.698). Es posible que el legislador haya pensado que el daño emergente inferido al los derechos de propiedad intelectual se limita al daño moral, y por ello no haya explicitado, como sí lo ha hecho en las *Leyes de Patentes* y de *Marcas*, que los dos modelos opcionales de indemnización se limitan a cuantificar el lucro cesante.

indemnización, entre el lucro cesante derivado de la actuación ilícita y la cuantía de la autorización de la explotación. Se ha discutido si en este precepto se regulan dos acciones distintas de responsabilidad o si simplemente se trata de una acción única con dos criterios distintos de valoración a elección de perjudicado. Nos inclinamos con Díez-Picazo por esta segunda opción debido a lo «*inarmónico y contradictorio*»⁵⁸ que resultaría lo contrario. Sin embargo, una de las dos opciones ofrecidas por el legislador al perjudicado coincide exactamente con la medición de una restitución derivada de enriquecimiento injusto utilizando el modelo del «ahorro de gastos». De ello se deduce, a nuestro juicio, que la regulación de las acciones protectoras de estos derechos tiene en cuenta las más modernas doctrinas sobre el enriquecimiento injustificado y que, si bien no podemos hablar de que en la Ley se contenga una *condictio* por intromisión por el mero hecho de que se disponga una cierta consecuencia jurídica coincidente con el resultado que se derivaría de su ejercicio, sí cabe resaltar la doble influencia del Derecho de daños y del enriquecimiento injusto en la regulación de las indemnizaciones previstas en el art. 135 del T.R.L.P.I.

En el caso de que la indemnización de acuerdo con lo establecido por la L.P.I no satisfaga, a juicio del perjudicado, las desventajas derivadas de la infracción de su derecho, el art. 133.2 le permite utilizar cualesquiera otras acciones que le correspondan de acuerdo con el ordenamiento jurídico, entre ellas la de enriquecimiento sin causa⁵⁹ y la de responsabilidad civil del art. 1.902 del C.C., en la que se utiliza como criterio de evaluación de los perjuicios el expresado en el art. 1.106 del C.C.

b) Los llamados derechos de propiedad industrial tienen un régimen parcialmente diferente al establecido para los de propiedad intelectual. Así, en la Ley de Patentes de 1.986 junto a las dos posibilidades para el cálculo de la indemnización que ofrece el *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, esto es, los beneficios que se hubiesen obtenido si no mediare la competencia del infractor y el coste del pago de la licencia para explotar la invención conforme a derecho (art. 66.2, letras a) y c)), se dispone de un tercer baremo indemnizatorio opcional: el de los beneficios que el infractor haya obtenido del invento patentado (art. 66.2 b)). Esta triple posibilidad afecta únicamente, a diferencia de lo que se desprendía del tenor literal de la L.P.I., a la cuantía del lucro cesante, a la que hay que añadir para completar la indemnización, el daño emergente al que se alude con la expresión legal «*pérdida que haya sufrido*» el titular (art. 66.1).

Con el tercer modelo opcional para calcular la cuantía del *lucrum cessans*, a nuestro juicio, se ha introducido en la L.P., junto a la inspiración de la moderna doctrina del enriquecimiento⁶⁰, un nuevo influjo de la vertiente preventiva de la responsabilidad civil, semejante al que inspira la protección de los derechos regulados en la L.O. 1/1.982. En efecto, con el criterio b) se previene el hecho de que la consecución de beneficios superiores a las indemnizaciones resultantes de la comisión de ilícitos pudiera dar lugar a una proliferación de actuaciones antijurídicas. Se trata de otro

⁵⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: "Comentario del art. 125 L.P.I.", op. cit., pág. 1697.

⁵⁹ DÍEZ-PICAZO afirma, en este sentido, que «*quienes pensamos que la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento no es una regla necesaria nos sentimos inclinados a admitir la posibilidad de un concurso de acciones*» (DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario del art. 125 L.P.I», op. cit., pág. 1.696).

⁶⁰ DÍEZ-PICAZO afirma sostiene que en la protección otorgada por la L.P. «*la acción central es la de daños y perjuicios en la que se comprenden (cfr. art. 66) los clásicos daños emergentes o valor de la pérdida sufrida y lucro cesante o ganancia dejada de obtener. Sin embargo, al enunciar los criterios para fijar la ganancia dejada de obtener o lucro cesante, se involucran factores que son propiamente de lucro cesante con otros que son indiscutiblemente de enriquecimiento injustificado*» (cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., pág. 126).

supuesto que podríamos calificar de *punitive damages* en terminología anglosajona. Díez-Picazo sostiene, por el contrario, que el comentado apartado b) del art. 66 también contiene una «*forma de medir un enriquecimiento injustificado*». En nuestra opinión, sin embargo, es preferible fundamentar en el cumplimiento de la finalidad preventiva de la responsabilidad civil el hecho de que la cuantía del lucro cesante alcance a los beneficios obtenidos por la infracción. De otra forma, y de acuerdo con los criterios generales sobre enriquecimiento, la indemnización que se concediese no podría sobrepasar cuantitativamente el límite determinado por el empobrecimiento efectivo del perjudicado o, en todo caso, por el ahorro de gastos, lo que haría coincidir el criterio del apartado b) con el contenido en el apartado c)⁶¹. Avala nuestra tesis el hecho de que el propio legislador manifieste expresamente su preocupación acerca de que, precisamente, mediante esta regla «*podieran llegar a conseguirse indemnizaciones desorbitadas y que, por tanto, significaran un enriquecimiento injusto*»⁶².

Para terminar con el análisis de los supuestos de intromisión en el Derecho de la propiedad industrial señalaremos que la *Ley 32/1.988, de 10 de noviembre, de Marcas* regula una acción idéntica a la que se establece en la L.P. para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la lesión de los derechos de exclusiva que tutela. Por lo tanto a ella serán de aplicación todas las consideraciones efectuadas respecto a la protección de las patentes⁶³.

Aunque no se pueda incluir en puridad en el ámbito de los derechos que estamos analizando, un último caso de *condictio* por intromisión⁶⁴ que no podemos dejar de tratar en este trabajo por su trascendencia práctica y por su relación con los supuestos vistos con anterioridad, es de los daños y los enriquecimientos derivados de la vulneración del Derecho de la leal competencia.

El artículo 18 de la *Ley de Competencia Desleal* de 1.991 regula las acciones que se derivan de los actos constitutivos de competencia desleal. Entre ellas se enumeran una acción de resarcimiento de daños y perjuicios cuando en el acto intervenga dolo o culpa (art. 18.5ª), y una acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá si «*el acto lesiona una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico*» (art. 18.6ª). Por lo tanto, la extensión del ámbito de legitimados para ejercitar una u otra acción es distinta en cada caso. Así, podrán ejercitar la acción de responsabilidad civil todos los titulares de un derecho o un interés jurídicamente protegido que se hayan visto afectados por el acto, según los criterios

⁶¹ En el Derecho alemán ya se había llegado, con anterioridad, al nivel de protección de los llamados derechos inmateriales semejante a la que ofrece la Ley de Patentes. A la triple opción ofrecida por el legislador alemán se la fundaba de forma similar a lo que se defiende en este trabajo. Así ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, siguiendo a VON CAEMMERER, señala que «*la defensa de los llamados derechos inmateriales (propiedad literaria, artística e intelectual) tiene tres vías en el Derecho alemán: en primer lugar, la indemnización del daño de acuerdo con los principios generales de la responsabilidad; en segundo lugar, por enriquecimiento sin causa; y, en tercer lugar, siempre que la utilización del derecho de otro se haya lesionado intencionadamente o como consecuencia de una falta grave, el lesionado puede pedir, no sólo la indemnización de los daños e intereses, sino también el beneficio que ha producido a su autor*» (cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., pág. 87).

⁶² Cfr. FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. y GÓMEZ SEGAGE, J.A.: *La modernización del Derecho español de patentes*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1.984, pág. 216.

⁶³ Por otra parte, las críticas realizadas por PANTALEÓN en relación con la Ley 1/1.982 son extensibles al régimen indemnizatorio establecido por las *Leyes de Patentes* y de *Marcas* (cfr. PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario del art. 1.902 C.C.», op. cit., pág. 1.973).

⁶⁴ Vid. el análisis de DÍEZ-PICAZO en relación con las teorías vertidas para fundamentar la inclusión de supuestos dentro de la *condictio* por intromisión (DÍEZ-PICAZO, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., págs. 118 y 119).

generales acerca de la antijuridicidad en el Derecho de daños⁶⁵. Sin embargo, la acción de enriquecimiento injusto sólo se prevé en favor del titular de un derecho de exclusiva u otro de contenido análogo. Limitación ésta que es contraria al carácter general de la legitimación activa de la acción de enriquecimiento injusto y que, por ello, ha motivado críticas doctrinales⁶⁶.

La restricción, calificada de «equivoca» por Sánchez Calero⁶⁷, de la acción de enriquecimiento a los supuestos de titularidad de un derecho de exclusiva u otro análogo parece encontrar su fundamento en la aplicación de la llamada «teoría de la atribución» desarrollada por Wilburg en su formulación originaria⁶⁸. Según esta teoría sólo han de considerarse enriquecimientos sin causa las contravenciones del contenido atributivo de los derechos lesionados. Este «contenido atributivo» se estimaba inicialmente que sólo existía en los llamados «derechos absolutos», quedando al margen cualquier otro tipo de situaciones jurídicas protegidas. A nuestro juicio, esta limitación resulta excesiva, en primer lugar porque, como afirma Díez-Picazo, la existencia de un verdadero «contenido atributivo» solo está claro en los derechos reales⁶⁹, y en segundo lugar, porque la finalidad del enriquecimiento sin causa en los supuestos de intromisión en una posición jurídica ajena es la de restituir todas aquellas ventajas derivadas de la misma que, debiendo haberse visto integradas en el patrimonio del titular, han resultado desplazadas a un patrimonio ajeno⁷⁰, lo cual puede suceder tanto si se trata de una intromisión en un derecho absoluto, como si la misma incide sobre cualquier otra situación jurídica protegida.

Por otra parte, la acción de enriquecimiento a favor de los titulares de derechos de exclusiva pierde en buena medida su interés si tenemos en cuenta que las Leyes que protegen los distintos derechos de este tipo contienen en su articulado un régimen de acciones específico para su protección. En este sentido, las ya analizadas Leyes de patentes y de marcas garantizan un nivel de tutela de tales derechos superior al que se deriva de una acción de enriquecimiento común como la prevista en la L.C.D.

En todo caso, en lo que interesa al objeto de este trabajo, la *Ley de Competencia Desleal* constituye un ejemplo de que el ordenamiento jurídico español, al menos en este punto, no considera a la acción de enriquecimiento un remedio de carácter subsidiario

⁶⁵ Afirma SÁNCHEZ CALERO que está legitimada para ejercitar esta acción «*cualquier persona cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto*» (SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, EDERSA, Madrid, 1.995 (18ª edic.), T. I, pág. 144). A nuestro juicio, para ejercitar la acción de responsabilidad civil no basta con la existencia de una amenaza a un interés protegido, sino que es precisa la existencia real de un daño que lesione el interés, puesto que en la responsabilidad civil extracontractual se resarcen daños, no se protege a los particulares contra meras amenazas o puestas en peligro de los bienes, a diferencia con lo que ocurre en el marco de la responsabilidad penal.

⁶⁶ Entre otros, BACHARACH DE VALERA, S.: «Acciones derivadas de la competencia desleal (En torno al artículo 18 de la Ley 3/1.991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)», *R.G.D.*, núms. 562-563, 1.991, pág. 6.208; GIMENO OLCINA, L.: «Algunos problemas de la Ley de Competencia Desleal», *La Ley*, núm. 3.262, 18 de mayo de 1.991, págs. 6 y ss.; ILLESCAS RUS, Á.-V.: «El ejercicio de las acciones civiles que propicia la L.C.D.», en *Propiedad industrial y competencia desleal*, Ed. C.G.P.J. - ANDEMA, Madrid, 1.995, pág. 246.

⁶⁷ Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., T. I, pág. 144.

⁶⁸ Vid. la exposición de esta teoría en Díez-Picazo, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., pág. 119.

⁶⁹ Díez-Picazo, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., pág. 120.

⁷⁰ Así, afirma Díez-Picazo que «no puede negarse, a mi juicio, que lo que justifica la *condictio* y lo que hace injustificado el enriquecimiento es el otorgamiento en exclusiva de los provechos que pueden extraerse de un determinado bien o de un determinada situación jurídica» (cfr. Díez-Picazo, L.: «La doctrina del enriquecimiento injustificado», op. cit., pág. 120).

que sólo puede ejercitarse cuando no es posible acudir a ningún otro, tesis que, como veremos, es mantenida por un cada vez más reducido sector de la doctrina y que, de igual modo, tiene cada vez un reflejo jurisprudencial menor.

II.3. En la comisión de ilícitos penales

La última cuestión que debemos examinar en relación con el conjunto de problemas analizados en este epígrafe se refiere a la posibilidad de que los actos de intromisión sean constitutivos de un ilícito penal. En general, la comisión de un delito o de una falta lleva aparejada la obligación de reparar los daños y perjuicios por él causados. La denominada responsabilidad derivada de delito no es más que una manifestación en este ámbito del régimen general de responsabilidad civil extracontractual contenido en los arts. 1.902 y ss. del C.C., puesto que en nada difiere de ella ni en su naturaleza, ni en sus requisitos. Por esta razón, numerosas voces de reputados autores se han alzado en contra de la innecesaria doble regulación de la responsabilidad por actos ilícitos⁷¹.

Sin embargo, para lo que nos interesa en este trabajo, hay que resaltar que, a pesar de la identidad de naturaleza y régimen, existen ciertas especialidades en los efectos civiles derivados de la comisión de un delito o falta que no aparecen cuando el ilícito cometido es de carácter civil. Tales especialidades se refieren, en primer lugar, a la obligación del juez penal, salvo reserva expresa de la acción civil por el perjudicado (art. 109.2 del C.P.), de pronunciarse de oficio sobre la llamada responsabilidad *ex delictum* (arts. 142 y 742 de la L.E.Crim.). En este caso, más que de la posibilidad de concurrencia entre acción de responsabilidad y de enriquecimiento sin causa, de lo que se trataría es de discernir si es factible entablar una acción de enriquecimiento con posterioridad a la de responsabilidad.

⁷¹ En la doctrina civil es prácticamente unánime *«la voz que clama»* solicitando la unificación de la normativa relativa a la responsabilidad civil derivada de delito con la regulación general de la responsabilidad extracontractual que se contiene en el Código Civil.

La naturaleza civil de esta normativa se hace patente al examinar las declaraciones de los arts. 1092 C.C. que habla de las *«obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas»* y el art. 117 del T.R.C.P. de 1.973 que declaraba que *«la responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones con sujeción a las reglas del Derecho civil»*.

Las razones de esta doble regulación de la responsabilidad derivada de hecho ilícito, sea este delito o no, radican, como ha expuesto los Profesores DÍAZ ALABART (DÍAZ ALABART, S.: *«La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela»*, A.D.C., 1.987, págs. 798 y ss.) y PANTALEÓN PRIETO (PANTALEÓN PRIETO, F.: *«Comentario del artículo 1.902 del C.C.»*, op. cit., pág. 1.973) en circunstancias históricas, concretamente en el hecho de que, en España, la Codificación penal precedió a la civil.

Los solapamientos y las confusiones a que puede dar lugar la pervivencia de una situación como la comentada, que sólo se explica por motivos históricos, hacen muy deseable su eliminación y la consiguiente promulgación, como sucede en los países de nuestro entorno, de una sola regulación general de la responsabilidad civil extracontractual, se derive o no de delito.

En este mismo sentido D. LUIS SILVELA afirmaba que *«si, como decían los romanos las obligaciones nacen del contrato y del cuasicontrato del delito y del cuasidelito, la responsabilidad civil será una obligación, como otra cualquiera regulada por el mismo Derecho Civil, por más que tenga un origen diverso que el de la mayoría de las que son objeto de sus disposiciones»* y que *«el Código (Penal), sin embargo, se ocupa de la responsabilidad civil, teniendo, sin duda, en cuenta la imperfección de la legislación antigua, la dificultad de decidir por ésta las cuestiones sobre la materia, y la conveniencia, por tanto, de establecer preceptos claros y precisos, brindándose fácilmente la ocasión cuando se promulgaba un Código Penal. Por esto, nosotros, siguiendo la práctica constante, trataremos de este punto, si bien con la propuesta de que es ajeno al Derecho Penal»* (cita de SILVELA tomada de LATOUR BROTONS, J.: *«La responsabilidad civil de los incapaces»*, Libro Homenaje a Ramón M^o Roca Sastre, Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1.976, VOL. II, pág. 123).

Una segunda especialidad que tiene trascendencia en relación con el tema que nos ocupa es el hecho de que todos los efectos del delito y las ganancias provenientes del mismo son decomisados por el juez penal como consecuencia accesoria de la acción punible (art. 127 C.P.). A consecuencia de ello, aunque se admitiese la posibilidad teórica de entablar una acción de enriquecimiento sin causa, no encontraríamos con que el requisito fundamental de que exista un enriquecimiento derivado de la intromisión no se satisfaría, puesto que todo él no se encontraría ya en el patrimonio del autor del delito o falta, sino en manos del juez que, en caso de que los objetos decomisados sean de lícito comercio, debe aplicarlos a satisfacer completamente las responsabilidades civiles (art.127 C.P.)⁷². La potestativa no imposición total o parcial del comiso sobre los «efectos del delito» del art. 128 no debe modificar las anteriores conclusiones. Ello porque tal posibilidad, por una parte, no alcanza a los beneficios obtenidos como consecuencia del delito, y, por otra parte «*existe un acuerdo casi unánime en la doctrina para no considerar como efectos del delito a las cosas que constituyen el objeto de la infracción*», aun en los casos en que tales efectos pertenezcan efectivamente al autor del hecho⁷³.

III.SOLUCIÓN PROPUESTA PARA LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA. EL PROBLEMA DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Enunciados los supuestos más representativos de la posible concurrencia de la acción de enriquecimiento injusto con la de responsabilidad civil extracontractual, es necesario precisar la solución que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, ha de darse al problema, a falta de una regulación expresa⁷⁴. Dicho de otro modo, puesto de relieve que existen supuestos en los que la acción de enriquecimiento injusto puede concurrir con otras acciones, es necesario precisar si la relación entre ellas es de subsidiariedad, si el perjudicado puede optar libremente por el ejercicio de cualquiera de ellas o, por último, si pueden entablarse ambas de forma conjunta. La doctrina española

Asimismo, vid. GÓMEZ ORBANEJA, E.: «La acción civil de delito», *R.D.P.* 1.949, págs. 186 a 189; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentario de los artículos 1.092 y 1.093 del C.C.» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. Albaladejo), T. XV, Vol I, EDESA, Madrid, 1.989, págs. 217 y ss; PANTALEÓN PRIETO, F.: «Comentario a la S.T.S. de 13 de julio de 1.984» *C.C.J.C.*, núm. 6, 1.984, págs. 1.961 y ss.; y, del mismo autor, «Comentario a la S.T.S. de 1 de marzo de 1.985», *C.C.J.C.*, núm. 8, 1.985, págs. 2.621 y 2.622.

⁷² GUINARTE CABADA comentando el art. 127 del C.P. afirma, en relación con la aplicación de los efectos del comiso, que «*el precepto es, en este extremo, más taxativo y preciso que su antecedente legislativo. El derogado art. 48 se refería a «cubrir las responsabilidades del penado», entendiendo la doctrina y la jurisprudencia que con ello se abarcaban todos los supuestos del entonces vigente art. 11 del Código. En la actualidad el destino será únicamente la satisfacción de la responsabilidad civil, pero no las demás responsabilidades pecuniarias a que se alude en el art. 126. Si las responsabilidades civiles ya estuviesen satisfechas, y no se optase por no decretar el comiso (conforme al art. 128), entendemos que el producto de la venta se destinará al Tesoro Público*» (cfr. GUINARTE CABADA, G.: «Comentario del artículo 127 C.P.», en *Comentarios al Código Penal de 1995* (coord. T.S. Vives Antón), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.996, pág. 127).

⁷³ Cfr. GUINARTE CABADA, G.: «Comentario del artículo 127 C.P.», op. cit., pág. 658.

⁷⁴ A diferencia de lo que ocurre, v.gr., en el ordenamiento jurídico italiano -el art. 2.042 del *Codice civile* establece que «*la acción de enriquecimiento no puede proponerse cuando el dañado pueda ejercitar alguna otra acción a través de la que pueda ser resarcido del perjuicio sufrido*»- o en el portugués -el art. 474 del C.C. prescribe que «*no ha lugar la restitución por enriquecimiento, cuando la ley conceda al empobrecido otro medio a través del cual pueda ser indemnizado o restituido, niegue el derecho a la restitución o atribuya otros efectos al enriquecimiento*». Sobre esta cuestión en el Derecho portugués, vid. LEITE DE CAMPOS, D.J.: *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, 1.983.

que se ha manifestado a propósito de esta cuestión no ha llegado a una solución pacífica.

En efecto, las respuestas ofrecidas al problema suscitado han sido radicalmente diversas, encontrando la raíz que sirve de fundamento o explica tal divergencia en la fuente que se atribuya a la obligación restitutoria derivada del enriquecimiento injusto.

Así, en un primer grupo pueden situarse aquellos autores que, como Núñez Lagos o Hernández Gil, partiendo de que la acción de enriquecimiento injusto se deriva de un principio general del Derecho, consideran que la misma sólo procede en defecto de otra acción derivada de un precepto de Derecho positivo aplicable al caso (como ocurre, v.gr., con la acción reivindicatoria ex art. 348 del C.C. o con la acción de responsabilidad civil extracontractual ex art. 1.902 del C.C.)⁷⁵. Esto es, la subsidiariedad de la fuente normativa determina la subsidiariedad de la acción de ella derivada.

A su vez, autores tan prestigiosos como Starck, Roland y Boyer⁷⁶ entienden que la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento encuentra su razón de ser en el hecho de que si se pudiese entablar, cuando exista, otra acción para el mismo supuesto, se crearían desórdenes de técnica jurídica, puesto que se proporcionaría al demandante un medio cómodo para eludir otras normas de Derecho encaminadas, de una forma más específica, a la tutela de esa concreta situación de hecho, ignorando, de esta forma, buena parte de las instituciones jurídicas de Derecho patrimonial y, especialmente, la finalidad de la figura de la prescripción, como ocurre en el caso de la S.T.S. de 24 de enero de 1.975 (Ar. 93) en la que se permitió el ejercicio de la acción de enriquecimiento cuando ya había prescrito la acción de responsabilidad civil extracontractual⁷⁷.

Sin embargo, a nuestro juicio, la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento no puede predicarse con carácter general, de forma que, si concurren los presupuestos que habilitantes del ejercicio de otras acciones concurrentes, éstas y aquélla podrán ser ejercitadas bien de forma alternativa, a elección del titular de las mismas, bien de forma sucesiva, respetando en todo caso, lógicamente, el régimen jurídico propio de cada una de ellas y en particular los distintos plazos de prescripción a los que estén sometidas dichas acciones. Esta es la tesis defendida, en la doctrina española, entre otros, por

⁷⁵ En palabras de NÚÑEZ LAGOS, «la acción de enriquecimiento, por responder a un principio general del Derecho, únicamente procede en defecto de otra acción derivada de un precepto legal aplicable» (cfr. NÚÑEZ LAGOS, R.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, op. cit., págs. 391 y ss.). Por su parte, HERNÁNDEZ GIL, después de señalar que la noción de enriquecimiento injusto actúa en el ordenamiento jurídico español de dos modos diversos: a través de las concretas normas legales que han acogido el régimen de las condiciones del Derecho romano (v.gr., el art. 1.895 del C.C.) y como principio general del Derecho, señala que, en este último caso, la acción dirigida a corregir la situación de enriquecimiento tiene que ser subsidiaria porque subsidiaria es la fuente del Derecho de la que procede (HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 266).

La tesis de la subsidiariedad ha tenido acogida en numerosas sentencias del T.S., entre otras, las de 12 de enero de 1.943 (Ar. 17), 5 y 28 de enero de 1.956 (Ar. 653 y 669) y 22 de diciembre de 1.962 (Ar. 4.966), en la que se proclama expresamente el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto, partiendo del hecho de que la interdicción del enriquecimiento injusto «*tiene en nuestro ordenamiento jurídico la significación de un principio general del Derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario*».

⁷⁶ STARCK, B.; ROLAND, H. y BOYER, L.: *Obligations 2.- Contrat*, Ed. Litec, París, 1.993 (4ª edic.), pág. 810, núm. 1.904.

⁷⁷ Por el contrario, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI pone de manifiesto que esta solución responde a un criterio de justicia evidente, puesto que no es lógico otorgar una mayor protección jurídica a quien se enriqueció de forma dolosa o culposa frente a quien lo hizo de buena fe, cuando en ambos casos no existe una causa para retener lo obtenido (vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., pág. 119).

Lacruz, Díez-Picazo, Álvarez Caperochipi y Lete del Río⁷⁸, siendo acogida, también, por la jurisprudencia más reciente del T.S., si bien ya había encontrado algún reflejo en la misma en alguna sentencia de mediados del presente siglo -v.gr., S.T.S. de 12 de abril de 1.955 (Ar. 1.126)-.

Entre las sentencias más recientes del T.S. que sostienen esta tesis, resulta pertinente citar las de 19 de mayo de 1.993 (A.C., 1.066)⁷⁹ y de 20 de mayo de 1.993 (A.C., 1.013), en cuyo Fundamento de Derecho quinto se establece de manera expresa que el ejercicio de la acción de enriquecimiento injusto «*no precisa necesariamente que se lleve a cabo en forma de subsidiariedad, pues puede concurrir con otras acciones confluyentes, pero, en todo caso, se excluye cuando entre las parte media relación negocial de la que proviene el beneficio económico o el derecho a su percepción para la otra, que precisamente relega la situación de enriquecimiento injusto, ya que en estos casos la utilidad dineraria deviene de la causa contractual*».

El argumento utilizado por Núñez Lagos y Hernández Gil para fundamentar la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento es negado por Lacruz, quien si bien sitúa la interdicción del enriquecimiento injusto en una norma de Derecho positivo como es el art. 1.901 del C.C., considera que a pesar de que se entienda que tal prohibición tiene su origen exclusivamente en los principios generales del Derecho, el carácter supletorio de la fuente no permite concluir el carácter subsidiario de la acción⁸⁰.

A nuestro juicio, en el ordenamiento jurídico español la acción de enriquecimiento injusto no tiene carácter subsidiario, en tanto en cuanto no se ha ofrecido ningún argumento lo suficientemente sólido que avale tal interpretación. En consecuencia, en defecto de cualquier norma que establezca lo contrario, en el caso de concurrencia de acciones y ante la identidad objetiva y subjetiva del supuesto de hecho, el perjudicado puede optar libremente por el ejercicio de la que considere oportuno, si bien el ejercicio de una impide el posterior ejercicio de la que originariamente se presentaba como alternativa y que fue repudiada mediante el ejercicio de la otra. Esto último encuentra su razón de ser en el hecho, fácilmente aprehensible de que apreciada bien la acción de responsabilidad civil, bien la de enriquecimiento -de acuerdo con la opción del perjudicado- la no ejercitada inicialmente quedaría sin objeto en tanto que el daño -o el empobrecimiento- ha sido ya reparado -o satisfecho el empobrecimiento-.

Si esta última es la razón que veda el ejercicio sucesivo de ambas acciones cuando se ha apreciado una de ellas. Debemos concluir que en el caso de que la primera ejercitada haya sido desestimada y como quiera que el daño -o el empobrecimiento- no ha sido reparado -o satisfecho- el todavía perjudicado podría entablar la repudiada inicialmente. De esta forma, tanto la responsabilidad civil como el enriquecimiento injusto cumplen su prístina función restitutoria y no se produce en ningún caso una duplicidad de «condenas» indemnizatorias que recayendo sobre el mismo sujeto pudiesen infringir principios básicos del Derecho patrimonial y del Derecho privado en general.

⁷⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L.: «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», op. cit., págs. 595 a 601; DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, op. cit., Vol. I, págs. 104 y 105; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.: *El enriquecimiento sin causa*, op. cit., págs. 116 a 120; LETE DEL RÍO, J.M.: *Derecho de obligaciones*, op. cit., Vol. II, pág. 143.

⁷⁹ Vid. el comentario de la misma realizado por L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO en C.C.J.C., abril/agosto de 1.993, núm. 32, págs. 617 a 627. En el Fdto. de Derecho tercero de la misma, el T.S. manifiesta que «*el requisito de la subsidiariedad, propio del Derecho italiano, no es unánimemente exigido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia española, y es posible negar la existencia de dicho requisito como regla general*».

⁸⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L.: «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *R.C.D.I.*, op. cit., págs. 595 y ss.; *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, op. cit., vol. 2º (3ª edic.), pág. 442.

Solución similar a la aquí propuesta es la ofrecida en el marco del *Common Law*. En efecto, en el ámbito del Derecho de restituciones (*Law of Restitution*) el instituto denominado *Waiver of tort*⁸¹ permite al perjudicado por una acción dañosa constitutiva de un *tort* elegir entre ejercitar una demanda de responsabilidad civil (*sue in tort*) o de enriquecimiento (*sue in quasi-contract*)⁸². La facultad de elección juega como principio o regla general y, en consecuencia, sólo decae en el caso de que no se haya producido enriquecimiento. Por otra parte, si la reclamación prospera por la vía elegida, el perjudicado no estará legitimado para, posteriormente, demandar ejercitando la acción que inicialmente se presentaba como alternativa⁸³. En último lugar debemos señalar que, de acuerdo con la doctrina anglosajona, los supuestos en los que más comúnmente se produce la alternatividad de dichas acciones coinciden, substancialmente, con los que nosotros hemos denominado, siguiendo a Díez-Picazo, «condiciones por intromisión».

⁸¹ Denominación *-Waiver of tort-* criticada en la doctrina inglesa por confusa, en tanto en cuanto podía dar a entender que la elección por la vía llamada «cuasicontractual» provoca una suspensión *-waive-* del *tort*, en tanto que lo que realmente sucede es que el titular del derecho o interés lesionado es libre de elegir una u otra vía, uno u otro remedio.

⁸² La solución propuesta presenta la ventaja para el dañado de que, al poder elegir la acción que va a ejercitar, ésta, lógicamente -siempre y cuando se haga abstracción de las dificultades probatorias de los requisitos requeridos para que prospere una u otra- estará en función de la cuantía indemnizatoria que pueda obtenerse. En el ilustrativo ejemplo que nos ofrece BRAZIER, si alguien se apropia indebidamente de un bien sobre el que recae nuestro derecho a poseer (*Tort of Conversion*) valorado en «10», si se ejercita la acción de responsabilidad civil se obtendría una indemnización equivalente a «10», pero en el caso de que quien se haya apropiado del mismo proceda a su venta obteniendo «15», este sujeto se ha enriquecido injustamente, por tanto, la acción derivada del *quasi-contract* nos permitiría obtener una indemnización de «15» (vid. BRAZIER, M.: *Street on torts*, op. cit., pág. 516).

⁸³ Vid., entre otros, BRAZIER, M.: *Street on torts*, op. cit., págs. 515 y 516; WINFIELD & JOLOWICZ: *On tort*, op. cit., págs. 756 a 759.