

La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*

CARLES VENDRELL CERVANTES

Doctor en Derecho

RESUMEN

Desde el marco teórico del Derecho del enriquecimiento, resulta oportuno, por su interés práctico, el planteamiento en el Derecho español de una acción restitutoria, de naturaleza no indemnizatoria, dirigida a reintegrar en el patrimonio del titular del derecho de la personalidad la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor ilegítimo (condictio por intromisión). Así, el presente artículo analiza el encaje de esta acción en el Derecho del enriquecimiento español; sus fundamentos dogmáticos y normativos; y, asimismo, presta particular atención al objeto de la pretensión restitutoria, con el fin de dilucidar si las ganancias obtenidas por el intromisor quedan comprendidas en ella. Finalmente, se estudian las relaciones entre esta condictio y la acción indemnizatoria, lo que permite trazar una clara distinción entre ambas acciones, ordenar su concurrencia en la práctica y, en fin, valorar la posible idoneidad de la primera como expediente para superar la irracionalidad e imprevisibilidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral derivado de la intromisión en los derechos de la personalidad.

PALABRAS CLAVE

Derechos de la personalidad; derechos fundamentales: honor, intimidad y propia imagen; enriquecimiento injustificado o sin causa; condictio por intromisión; derecho subjetivo absoluto; contenido de atribución (Zuweisungsgehalt); licencia o regalía hipotética; Derecho de daños y restitución de ganancias; daño moral.

* Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación DER 2009-08200, del Ministerio de Economía y Competitividad (investigador principal: Prof. Dr. Ramón Casas Vallès).

ABSTRACT

Within the framework of Spanish unjustified enrichment law, it is of practical interest to consider a claim for restitution that, beyond tort law, entitles the holder of a personality right to recover from an infringer the economic advantage obtained by unlawful interference (condictio arising from the interference with another's right). This article analyzes how this claim sits in the context of Spanish unjustified enrichment law and its theoretical and statutory grounds. It also focuses on the scope of the claim, specifically on whether the claimant may recover the profits obtained by the infringer. The relationship between the unjustified enrichment claim and the tort claim is also considered, allowing a clear distinction to be drawn between them and an analysis of how they might be coordinated from a procedural perspective and the suitability of the unjustified enrichment claim as a way to overcome the unpredictability and lack of coherence in the awarding of damages for non-economic loss by Spanish courts for the breach of personality rights.

KEYWORDS

Personality rights; fundamental rights: honour, privacy and image; unjustified enrichment; condictio arising from the interference with another's right; absolute rights; allocation-potential of a right (Zuweisungsgehalt); reasonable licence fee; tort law and restitution of profits; non-economic loss.

SUMARIO: I. *Planteamiento.* II. *El Derecho del enriquecimiento en Derecho español: aproximación.* III. *Fundamento dogmático:* 3.1 El fundamento dogmático de la *condictio* por intromisión: el contenido de atribución de los derechos y posiciones jurídicas subjetivos. 3.2 El contenido de atribución de los derechos de la personalidad incorporal: 3.2.1 La protección del honor, la intimidad y la propia imagen por medio de la técnica de los derechos de la personalidad. 3.2.2 Los derechos de la personalidad como derechos subjetivos absolutos. 3.2.3 Los derechos de la personalidad incorporal como derechos con contenido de atribución. 3.3 Conclusión intermedia. IV. *Fundamento normativo.* V. *El objeto y alcance de la pretensión restitutoria:* 5.1 El objeto y alcance de la *condictio* por intromisión. 5.2 La puesta en práctica del mecanismo de reintegración de la ventaja obtenida por el intromisor en el patrimonio del titular de los derechos a la intimidad y a la propia imagen: el precio de la autorización hipotética. VI. *Delimitación respecto de la acción indemnizatoria:* 6.1 La confusión entre remedios de reintegración del derecho lesionado y remedios de resarcimiento del daño causado. 6.2 El valor del precio de la autorización hipotética como daño resarcible. 6.3 La acción de enriquecimiento injustificado como instrumento de superación de la irracionalidad e imprevisibilidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral. VII. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO

El encuadramiento normativo en el ordenamiento español de la protección jurídico-civil del honor, la intimidad y la propia imagen en la lógica del derecho subjetivo y, en particular, en la de los derechos de la personalidad permite identificar, de forma coherente, un conjunto de pretensiones de naturaleza no indemnizatoria dirigidas a reintegrar al titular en la posición jurídica conferida por la norma de atribución del derecho subjetivo y que se ha visto alterada indebidamente por una intromisión en su ámbito objetivo de protección¹. No obstante, el reconocimiento de estas acciones inhibitorias (cesación y prohibición) y de remoción –que, pese a su claro fundamento normativo en la LO 1/1982 y su enorme trascendencia práctica, no cuentan con un desarrollo práctico y teórico significativo en nuestro Derecho– no se ha visto completado con la admisión –ni siquiera de su planteamiento serio– de la posibilidad de que el titular cuyo derecho de la personalidad ha sido infringido reintegre en su patrimonio por medio de la acción de enriquecimiento injustificado la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor.

Y lo cierto es que, con independencia del encaje dogmático y normativo de esta acción en el Derecho español, la posibilidad de conceder una pretensión de enriquecimiento a los titulares de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen reviste un interés práctico de primer orden en nuestro ordenamiento.

Piénsese, p.ej., en los siguientes casos:

STS 22-VII-2008²: *A*, una modelo en el inicio de su carrera profesional, llegó a un acuerdo con *B*, un profesional de la peluquería, por el cual éste le costeaba a aquélla un reportaje fotográfico para la confección de un *book* y, a cambio, la modelo autorizaba al peluquero para la reproducción de las fotografías del reportaje «para hacer publicidad de sus peinados en diversas revistas denominadas del corazón y otras especializadas en productos de peluquería³». Como consecuencia de este acuerdo, una de las fotografías fue reproducida y difundida en un especial de moda de la revista *Lecturas*. Algunos años más tarde, la misma fotografía

¹ En nuestra doctrina, el planteamiento más claro de la proyección de la distinción entre remedios de protección del derecho subjetivo absoluto y remedios indemnizatorios en el ámbito de los derechos de la personalidad se encuentra en PANTALEÓN, F., «Art. 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. / BERCOVITZ R. / SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1.972; y, sobre todo, en «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, 1996, II, D-162, pp. 1.689-1.690; «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Derecho Privado y Constitución*, 1996, p. 210. *Vid.*, sobre ello, *infra* 6.1.

² Caso *Revlon*, RJ 2008/4495.

³ *Apud* SAP Barcelona (Secc. 17.ª) 15-I-2000, caso *Revlon*, AC 2001/132114 (FJ 1).

objeto de esta última publicación fue utilizada, en distintos formatos, en una campaña publicitaria de la línea de productos «*Young Color Shampoo*» de la compañía *C*. Tanto *C* como la agencia de publicidad encargada de la campaña habían contactado, con anterioridad, y con la finalidad de obtener las pertinentes autorizaciones para explotar la fotografía y la imagen de la modelo, con *B*; quien, después de una negociación, autorizó a *C* la reproducción y difusión de la fotografía para la campaña del champú. Si se asume la conclusión alcanzada por los tribunales en este caso, por la cual *A* no dispone de una acción indemnizatoria contra *C* en la medida en que la conducta de *C* al explotar la fotografía litigiosa sin la autorización de *A* no fue negligente, cabe preguntarse: ¿dispone *A*, en Derecho español, de una acción de enriquecimiento injustificado frente a *C*? Y en este caso, ¿cuál es el objeto y alcance de la acción? ¿El valor de mercado del uso de su imagen en la campaña publicitaria del champú o las ganancias obtenidas por *C* con la venta de los productos «*Young Color Shampoo*»?

STS 27-XII-2010⁴ / STS 15-VI-2011⁵: *A*, un conocido futbolista, celebró su boda con una fiesta privada en un castillo en Francia, cuyos invitados no estaban autorizados para captar imágenes del evento. No obstante –y probablemente por la intervención de algún *paparazzo* infiltrado– distintas fotografías del evento y de la celebración fueron publicadas por las revistas *B* y *C*. Aparte de las acciones de cesación y de remoción frente a *B* y *C*, es claro que *A* dispone de una acción indemnizatoria por el daño moral ocasionado por la intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen; mas es igualmente evidente que, en este caso, habida cuenta de que *A* no reside en el lugar de publicación de las revistas de *B* y *C* y de que las fotografías daban cuenta, simplemente, de un acto cuya celebración había sido previamente divulgada por *A*, la cuantía indemnizatoria del daño moral de la que responden *B* y *C* no debería ser, usualmente, muy elevada⁶. Ahora bien, con independencia de estas acciones, ¿dispone *A* de una acción de enrique-

⁴ Caso *boda Ronaldo – Qué me dices*, RJ 2011/20.

⁵ Caso *boda Ronaldo – Hola*, RJ 2011/4630.

⁶ Las cuantías finalmente concedidas por daño moral en estos casos han sido: (i) 30.000 € [STS 27-XII-2010 (caso *boda Ronaldo – Qué me dices*)]; y (ii) 60.000 € [STS 15-VI-2011 (caso *boda Ronaldo – Hola*)]. Adviértase, en relación con la indemnización del daño moral en general, que es muy probable que ésta, en los términos en los que se haya normativamente configurada en la LO 1/1982 y en atención a la condición iusfundamental de los derechos en ella regulados, no se limite a compensar la repercusión psíquico-negativa experimentada por la víctima del daño, sino que, como parece desprenderse de la práctica de los tribunales, también se dirija a satisfacer otras funciones normativas de carácter *satisfactorio* o preventivo-punitivas; lo que resultaba especialmente cierto desde el criterio de cuantificación del daño moral del antiguo art. 9.3 III LO 1/1982. Todo ello, como es sabido, ha situado al resarcimiento del daño moral derivado de la lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en una posición de cierta imprevisibilidad. Sirva de ejemplo ahora, tanto de esta imprevisibilidad como del carácter no estrictamente compensatorio que desempeña dicho resarcimiento, la comparación con la STS 24-IV-2000 (caso *Lydia Bosch*, RJ 2000/2673), en la que, en un contexto fáctico similar al de los casos *boda Ronaldo*, las afectadas merecieron una indemnización de 3.005,06 €. *Vid.*, sobre estas cuestiones, *infra* 5.1., 6.2. y 6.3.

cimiento frente a *B* y *C*? ¿Puede exigir *A* la restitución de las ganancias netas obtenidas con la comercialización de los números de las revistas que incluyen las fotografías litigiosas?

SAP Madrid (Secc. 19.^a) 23-VI-2009⁷: en el marco del lanzamiento en España de la revista *In touch*, *B*, su editora, inició una campaña publicitaria en la que se anunciaba la revista junto con la reproducción no autorizada de la imagen del conocido actor *A*. Como en el caso anterior, resulta oportuno preguntarse (i) si, con independencia de las acciones de cesación y remoción, *A* ostenta una pretensión de enriquecimiento injustificado frente a *B*; o (ii) si esta pretensión se dirige a exigir a *B* el precio de una autorización o licencia hipotética o las ganancias netas obtenidas por *B* con la venta del primer número de la revista. Pero, además, cabe plantearse: ¿cuál sería la relación entre esta acción y la eventual acción indemnizatoria por el daño patrimonial sufrido por *A* por la explotación no autorizada de su imagen por *B*? ¿*Y* es compatible una pretensión –indemnizatoria o restitutoria– dirigida a exigir a *B* el precio de la autorización hipotética para la explotación de la imagen litigiosa con la acción indemnizatoria por el daño moral?

SAP Sevilla (Secc. 5.^a) 2-VI-2011⁸: reproducción, durante la emisión de un reportaje en un programa de televisión, de una conversación telefónica privada e íntima, en la cual, *A* y *B*, dos conocidos personajes públicos, se intercambian expresiones cariñosas y afectivas⁹. Aparte de las acciones de cesación, remoción e indemnizatorias derivadas de la lesión del derecho a la intimidad¹⁰, ¿disponen *A* y *B* de una acción de enriquecimiento injustificado frente a las personas responsables del programa de televisión? ¿Es relevante para la estimación de esta acción que el afectado no hubiese consentido jamás la publicación de este dato íntimo en un programa de televisión y, mucho menos, a cambio de una remuneración?

STS 7-VII-2004¹¹: publicación no autorizada en una revista de unas fotografías de una conocida modelo en *top-less*, y que fueron realizadas, mediante teleobjetivo, mientras aquélla se encontraba en un yate privado. De nuevo, cabe preguntarse si, además de las acciones de cesación y remoción frente a la editora de la revista y de la acción indemnizatoria por el daño moral sufrido –que, aquí, como en los casos *boda Ronaldo* y *Bardem c. In touch*, habría que

⁷ Caso *Javier Bardem c. In touch*, AC 2009/1731.

⁸ Caso *Duquesa de Alba y A. Díez c. Sálvame*, JUR 2011/376865.

⁹ En el caso resuelto por la resolución citada, también fueron objeto de enjuiciamiento, desde la perspectiva de los derechos al honor de *A* y de *B*, los comentarios realizados por las personas que participaron en la tertulia posterior a la emisión del reportaje en dicho programa.

¹⁰ Aquí la cuantía indemnizatoria por el daño moral sufrido por *A* y *B* (tanto por la lesión a la intimidad como al honor) fue cifrada por la AP en 300.000 €.

¹¹ Caso *Naomi Campbell c. Interviú*, RJ 2004/5237.

estimar presumiblemente de poca entidad¹²-, la modelo podría ejercitar válidamente una pretensión de enriquecimiento para exigir a la revista, bien el precio de la autorización o licencia para explotar comercialmente su imagen en dicha publicación, bien las ganancias netas obtenidas por la venta del número litigioso de la revista; o, asimismo, si sería relevante, para estimar esta última acción, el hecho de que la modelo no tuviera predisposición alguna a autorizar para la publicación de dichas imágenes, ni, desde luego, a negociar con la editora de la revista un precio por ello.

La adopción y desarrollo práctico de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en Derecho español exige, no obstante, definir, en primer lugar, los rasgos característicos del Derecho del enriquecimiento en nuestro ordenamiento, con especial consideración a sus bases históricas y dogmáticas (II); así como dotar a esta acción de un fundamento dogmático (III) y normativo (IV) convincentes. Igualmente, resultará oportuno determinar el objeto y alcance de la pretensión restitutoria (V); y, en fin, delimitarla respecto de la acción indemnizatoria derivada de la intromisión en dichos derechos (VI).

II. EL DERECHO DEL ENRIQUECIMIENTO EN DERECHO ESPAÑOL: APROXIMACIÓN

La ausencia en el CC español de 1889 de una regulación unitaria y específica de la obligación de restituir el enriquecimiento indebidamente obtenido no impidió, como es sabido, la introducción en nuestro ordenamiento de la doctrina del enriquecimiento injustificado o sin causa¹³. Sobre la base de una difusa referencia a una regla contenida en Las Partidas¹⁴, la jurisprudencia del TS –también, con anterioridad a la entrada en vigor del CC– recurría, a principios del siglo xx, a una especie de principio general, según el cual *nadie debe enriquecerse torticeramente en perjuicio de*

¹² No obstante, los tribunales concedieron una indemnización a la modelo por dicho concepto de 84.141,69 €.

¹³ *Vid.*, para una imprescindible aproximación histórica, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, 3.ª ed., Comares, Granada, 1993, pp. 11-19 y 123-141; DíEZ-PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, M. / DíEZ-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 15-34; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 21-51.

¹⁴ Inspirada, a su vez, en una rúgula del Digesto, *vid.*, sobre ello, NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Reus, Madrid, 1934, pp. 139-148; DíEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», *cit.*, pp. 15-16; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *El enriquecimiento...*, *cit.*, pp. 18-19.

otro¹⁵. El paulatino incremento de las referencias a este principio ético y –según convenido– jurídico generó la necesidad –algo retrasada históricamente, en el caso español– de buscar una ordenación dogmática y un fundamento normativo al conjunto de ideas que subyacen bajo este vago principio.

La necesidad de construir una exposición dogmática y normativa de la idea de que nadie puede enriquecerse a costa de otro –esto es, la concepción de un Derecho del enriquecimiento– ha sido una inquietud constante en el Derecho privado europeo continental¹⁶. En la cultura jurídica germánica¹⁷, SAVIGNY consiguió unificar las distintas *conditiones* dispersadas en el Derecho romano bajo un principio «común y sencillo¹⁸»; cuyo supuesto de hecho consistía en el «enriquecimiento sin causa de otro a costa de nuestro patrimonio¹⁹»; o más técnicamente, en «el aumento de un patrimonio mediante la minoración de otro sin causa, o cuya causa originaria ha desaparecido²⁰». De esta manera, este autor configuró un único principio –«muy sencillo²¹– que operara como fundamento común de todos los supuestos de enriquecimiento injustificado y del que, así, pudieran desprenderse las distintas acciones restitutorias²² derivadas de este supuesto de hecho²³. La construcción de SAVIGNY fue aceptada

¹⁵ Sobre esta jurisprudencia, *vid.*, desde una aproximación condescendiente, NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 1-16; críticamente, ÁLVAREZ-CAPEROCHE, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 124-127; Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 17-20. Resaltan estos dos últimos autores la conexión, en esta primeriza jurisprudencia, entre la necesidad de restituir un enriquecimiento y la comisión de un tuerto, esto es, de un ilícito civil; de ahí, la insistencia del carácter *torticero* del enriquecimiento.

¹⁶ *Vid.*, desde una luminosa perspectiva comparada, Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 71-100; GALLO, P., *L'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 1990, 121-140; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento sem causa no direito civil. (Estudo dogmático sobre viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 277-383.

¹⁷ *Vid.* una precisa introducción al desarrollo histórico del *Bereicherungsrecht* en REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, pp. 11-38; en la doctrina española, Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 85-89.

¹⁸ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, p. 507.

¹⁹ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 526.

²⁰ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 525.

²¹ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 511.

²² Para «exigir el regreso de aquello que ha salido de nuestro patrimonio», cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 567.

²³ Las aportaciones de SAVIGNY en este campo han sido oportunamente contextualizadas por la doctrina actual en el pensamiento jurídico de este autor, *vid.* REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., pp. 13-14; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2007, p. 5; ELLGER, R., *Bereicherung durch Eingriff*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 55-59. Así, partiendo del principio general de su Derecho privado –el señorío sobre las cosas (propiedad) y sobre la conducta de las otras personas (obligación)–, SAVIGNY considera, lógicamente, que el enriquecimiento de un patrimonio a costa de otro exigirá el ejercicio de ese señorío por medio de la voluntad de una persona; por lo que dicha voluntad constituirá la causa del desplazamiento patrimonial. En la medida en que esta causa no exista o desaparezca, el desplazamiento patrimonial carecerá de fundamento jurídico, por lo que podrá exigirse su restitución mediante una *condictio*. Por otro lado, SAVIGNY, preocupado, en esencia, por los desplazamientos patri-

y desarrollada por los pandectistas²⁴ y por la práctica jurídica en el siglo XIX; y terminó por influenciar, indudablemente, la regulación del enriquecimiento injustificado en el BGB (§§ 812-822)²⁵.

Esta regulación definitiva –superando las posiciones discrepantes en cuanto a su concreto encaje normativo entre el primer y segundo borrador del BGB²⁶– optó, finalmente, por una aproximación claramente unitaria; y se concretó normativamente en un único fundamento para las pretensiones restitutorias derivadas de una situación de enriquecimiento injustificado (§ 812 I 1 BGB). No obstante, para una mayor claridad²⁷, el codificador alemán reconoció explícitamente algunos supuestos concretos, como la *condictio ob causam finitam* (§ 812 I 2, proposición 1.ª BGB); la *condictio causa data causa non secuta* (§ 812 I 2, proposición 2.ª BGB); una *condictio indebiti* (§ 814 BGB); y la *condictio ob turpem causam* (§ 817 BGB). Desde este postulado normativo, y teniendo en cuenta sus antecedentes, no debe sorprender que la interpretación del Derecho del enriquecimiento en el BGB recurriera, a principios del siglo XX, a una aproximación unitaria, por la cual se reconocía una pretensión general de enriquecimiento injustificado, cuyo hecho generador consistía, simplemente, en la verificación de dos presupuestos jurídico-materiales: (i) un desplazamiento patrimonial entre la persona enriquecida y la persona empobrecida, generando los consiguientes enriquecimiento y empobrecimiento; y (ii) la ausencia de una causa o fundamento jurídico en dicho desplazamiento²⁸.

En cambio, el Derecho francés tenía que partir de un planteamiento sustancialmente distinto²⁹. A pesar de que las *condictiones*

moniales ejecutados en atención a un plan jurídico-obligatorio, concibió el enriquecimiento injustificado como un límite necesario del funcionamiento práctico del sistema alemán de transmisiones patrimoniales o adquisiciones derivativas *inter vivos* regido, como es sabido, por el *dogma de la abstracción* (*Abstraktionsgrundsatz*); esto es, que la validez y eficacia del negocio de disposición es, generalmente, independiente de la validez y eficacia del negocio de obligación sobre el que aquél se realiza.

²⁴ Desde un planteamiento claramente alejado del expuesto por la doctrina alemana actual (*vid.* REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., pp. 13-14; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 4-5; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 55-59), BADOSA COLL («Les altres fonts d'obligacions al Llibre Sisè, en especial, l'enriquiment injustificat», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA [Ed.], *Contractes, responsabilitat i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Documentia Universitaria, Girona, 2012, pp. 375 y 381-383) sitúa el nacimiento de la institución del enriquecimiento injustificado en la obra de Bernhard WINDSCHEID (1817-1892), a quien califica como su *verdadero creador*.

²⁵ *Vid.* REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., p. 14; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 5; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 59-66.

²⁶ *Vid.* REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., pp. 15-21; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 5-7.

²⁷ *Cfr.* LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 7.

²⁸ *Vid.*, sobre la teoría tradicional unitaria del Derecho del enriquecimiento alemán (*Einheitslehre*), REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., pp. 22-24; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 8; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 383-390.

²⁹ *Vid.* GORÉ, F., *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Dalloz, Paris, 1949, pp. 22-30; y, desde una imprescindible aproximación comparada, Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 89-94; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit.,

romanas estuvieron vigentes en Francia durante varios siglos³⁰, la decisión del codificador francés de erigir la *causa* en requisito esencial de todo contrato conllevó la prescindencia de aquellas *condiciones*; pues la propia *action en nullité* se ocuparía de controlar los desplazamientos patrimoniales realizados en ejecución de un contrato con causa ilícita, o cuya causa ha desaparecido, y de esta manera, fundar jurídicamente la *restitutio in integrum* de dichos desplazamientos³¹. Así, resulta comprensible que, a diferencia de la codificación alemana, el *Code Civil* de 1804 no contuviera una regulación del Derecho del enriquecimiento, y se limitara a reconocer, de forma más bien residual, y bajo la hoy discutida noción de los cuasicontratos³², la *condictio indebiti* (arts. 1.376-1.381 *Code [paiement de l'indu]*)³³. No obstante –y por razones que todavía hoy resultan difíciles de comprender– la jurisprudencia francesa creó y desarrolló una acción general de enriquecimiento sin causa, bajo la etiqueta de la llamada *action de in rem verso*³⁴.

pp. 22-28; KÖNIG, D., *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittmittelpfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht*, Alfred Metzner, Berlin, 1967, pp. 20-26; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 285-304; GALLO, P., *L'arricchimento senza...*, cit., pp. 121-132.

³⁰ Cfr. GORÉ, F., *L'enrichissement aux...*, cit., p. 23.

³¹ Cfr. GORÉ, F., *L'enrichissement aux...*, cit., pp. 23-24; Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 67 y 90; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 22; GALLO, P., *L'arricchimento senza...*, cit., pp. 275-276.

³² Para una visión crítica de la aparición y desarrollo de la categoría de los cuasicontratos en los ordenamientos privados europeos, *vid.* VON BAR, C., «Die Überwindung der Lehre von den Quasiverträgen in den Privatrechten der Europäischen Union», en HOHLOCH, G. / FRAN, R. / SCHLECHTRIEM, P., *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 93-112. En nuestra doctrina, PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 328-325; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 29-33; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 176-179.

³³ Lógicamente, en el *Code Civil* –como sucederá con el CC español–, se reconocen, a parte de la *condictio indebiti*, pretensiones restitutorias reguladas de forma dispersa en función de su ámbito de aplicación; unas pretensiones derivadas de supuestos que –al menos desde una perspectiva actual– podrían ser configurados como un enriquecimiento injustificado. Detalla estas pretensiones, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 285-286.

³⁴ Según los extensos estudios históricos de las doctrinas germana y portuguesa (*vid.* WILBURG, W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Universitätsbuchhandlung Leuschner & Lubensky, Graz, 1934, pp. 94-96; KUPISCH, B., *Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Carl Winter, Heidelberg, 1965, pp. 116-121; KÖNIG, D., *Der Bereicherungsanspruch...*, cit., pp. 20-22; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 288-292), los curiosos orígenes de esta acción se remontan a 1808. En esta fecha, se publicó el *Handbuch des französischen Zivilrechts* de KARL SOLOMO ZACHARIÄ (1769-1843); y en el que, al parecer, se contenía un intento de concebir, en el Derecho civil francés codificado, una acción general por impensas (*Verwendungsklage*), bajo una interpretación *sui generis* de la *actio de in rem verso realis*. Posteriormente, en 1844, los juristas estrasburgueses CHARLES AUBRY (1803-1883) y CHARLES RAU (1803-1877) publicaron una traducción al francés del manual de ZACHARIÄ. No obstante, una incorrecta traducción de aquéllos, por la que se asimilaba el verbo *verwenden* (aquí: emplear, usar) a *s'enrichir* (enriquecerse), conectó aquella *actio de in rem verso* con el principio ético de que nadie puede enriquecerse a costa de otro. Y, sobre la base de esta conexión, las posteriores versiones de la obra de AUBRY y RAU (que ya no se limitaba a la traducción revisada y ampliada del trabajo de ZACHARIÄ, sino que se trataba de un *Curso de Derecho*

Así, a partir de la decisión de la *Cour de Cassation* en el caso *Boudier* de 1892³⁵, la jurisprudencia empezó a recurrir, con cierta frecuencia, a la *action de in rem verso*; entendida, pues, como una acción general de enriquecimiento sin causa, con fundamento en la equidad³⁶. Esta configuración convertía a dicha acción en un instrumento de equidad con un ámbito objetivo muy amplio, e idóneo, en consecuencia, para erigirse en un cómodo expediente para jueces y tribunales para apartarse de la solución normativa expresamente prevista en el ordenamiento positivo; lo que, lógicamente, comportó considerables críticas³⁷. Consciente de ello, la propia jurisprudencia francesa decidió limitar el alcance de la *action de in rem verso*, para lo que, de nuevo, recurrió a AUBRY y RAU; en esta ocasión, para añadir dos requisitos o presupuestos para la aplicación de aquella acción: (i) la persona enriquecida debe haber obtenido el enriquecimiento sin una causa legítima; y (ii) la persona empobrecida no debe contar para recuperar lo que se le debe con ninguna acción contractual, cuasicontractual, delictual o cuasidelictual³⁸. De esta manera, a los requisitos característicos de la aproximación unitaria germánica (enriquecimiento, empobrecimiento y ausencia de causa), la jurisprudencia francesa añadió el requisito de la subsidiariedad; entendido en el sentido de que la acción general de enriquecimiento sin causa solo resultaría aplicable en ausencia de otras pretensiones primarias de naturaleza contractual o extracontractual.

Civil siguiendo el método de éste) concibieron una auténtica acción general de enriquecimiento sin causa; esto es, una acción restitutoria de naturaleza personal, caracterizada, no obstante, por ser subsidiaria respecto a las acciones contractuales, cuasicontractuales, delictuales y cuasidelictuales.

³⁵ Cass. civ. 15-VI-1892, caso *Boudier*, CAPITANT, H. / TERRÉ, F. / LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10.^a ed., Dalloz, Paris, 1994, pp. 631-634; Patureau, arrendador de un predio rural, resolvió el contrato de arrendamiento debido al incumplimiento de las obligaciones de Garnier-Godard, el arrendatario. Este último, con anterioridad a la resolución del contrato de arrendamiento, había contratado con Boudier el suministro de abonos en el predio. Después de que Boudier ejecutara este suministro, y debido a la insolvencia de su parte contractual (Garnier-Godard), reclamó el pago del valor de los abonos suministrados al propietario (Patureau), en tanto que éste se había enriquecido al recuperar el predio con unos abonos por los que no había pagado su valor. La Corte de Casación confirma la decisión de los tribunales de instancia, que estimaron la acción del suministrador de abonos contra el propietario. Para la Corte —influenciados por la configuración de AUBRY y RAU—, la *action de in rem verso*, a pesar de no estar regulada por el Derecho positivo, deriva del «*principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui*»; y cuyo único presupuesto de aplicación consiste en que el demandante acredite «*l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit*».

³⁶ *Vid.* un resumen de esta jurisprudencia en ROUAST, A., «L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile», *RTDC*, 1922, pp. 39-45; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 294 (nota 787).

³⁷ *Vid.*, sobre estas críticas, ROUAST, A., «L'enrichissement sans...», cit., pp. 43-45; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 295 (nota 788).

³⁸ Cfr. Cass. civ. 2-III-1915, caso *Briauhant*, CAPITANT, H. / TERRÉ, F. / LEQUETTE, Y., *Les grands...*, cit., pp. 638-640. *Vid.*, sobre esta nueva jurisprudencia, ROUAST, A., «L'enrichissement sans...», cit., pp. 44 y ss.; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 295-296.

Desde una extraña –y, en todo caso, contradictoria– síntesis de las reseñadas concepciones germánica y francesa³⁹, las codificaciones italiana y portuguesa recogieron en sus códigos vigentes una regulación del Derecho del enriquecimiento. Así, el *Codice Civile* de 1942 reconoció en el artículo 2.041 una cláusula general de *arricchimento senza causa*; que, desde un planteamiento unitario, constituye el fundamento de una «(a)zione generale di arricchimento». La peculiaridad de la codificación italiana consiste en que, de forma completamente autónoma a esta acción, y con prescindencia de la categoría de los cuasicontratos, sigue conteniendo una detallada regulación de la *condictio indebiti* (arts. 2.033-2.040). No obstante, la regulación italiana carece de originalidad, pues se limitó a reconocer el modelo francés de la *action de in rem verso*⁴⁰. De ahí que, además de establecer los tradicionales requisitos del enriquecimiento, empobrecimiento y ausencia de causa, fijara, en el artículo 2.042, el «(c)arattere sussidiario dell'azione». Con unas influencias germánicas más marcadas⁴¹, la regulación del *Enriquecimiento sem causa* en el *Código Civil Português* de 1966 (arts. 473-482) reconoció un principio general común, erigido en fundamento de una acción genérica inspirada en la construcción germánica de las *condictiones* romanas (art. 473.1); enumerando –como el § 812 I 2 BGB– los supuestos tradicionales cubiertos por dichas *condictiones* (art. 473.2). No obstante, influenciado claramente por las concepciones francesa e italiana, el artículo 476 ofrece una regulación autónoma de la *condictio indebiti* («*Repetição do indevido*»); y, además, se establece –en una posición contradictoria⁴²– la «(n)atureza subsidiária» de la obligación de restitución por enriquecimiento (art. 474).

Desde un planteamiento parecido –aunque algo más coherente–, la Compilación del Derecho civil de Navarra o Fuero Nuevo⁴³ también reguló el «*enriquecimiento sin causa*» (leyes 508-510). Se parte, asimismo, de una concepción unitaria, donde se reconoce un principio común que fundamenta una genérica acción de enriquecimiento (ley 508.1); si bien se especifican –con el modelo de las *condictiones* romanas– los supuestos específicos de aplicación del principio general (ley 508.1 y 2)⁴⁴. Aquí, la *condictio indebiti* («*pago de lo indebido*») no recibe un tratamiento autónomo respecto a la acción de enriquecimiento, y se limita a especificar algunas particularidades en el régimen de la prueba (ley 509).

³⁹ Esta última, como ha quedado dicho, inspirada, a la vez, en la poco afortunada construcción unitaria germánica.

⁴⁰ Que, al parecer, había sido recibida por la jurisprudencia y doctrina italiana anterior al *Codice* de 1942, cfr. GALLO, P. *L'arricchimento senza...*, cit., pp. 137-138. *Vid.*, además, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 355-359.

⁴¹ Cfr. MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 380-382.

⁴² *Vid.*, así, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 383.

⁴³ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

⁴⁴ *Vid.* EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á., «Ley 508», en RUBIO TORRANO, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2002, p. 1.731. Nótese que esta autora atribuye el planteamiento del Fuero Nuevo –claramente inspirado en las reseñadas tesis de SAVIGNY y la pandectística alemana– a «*la doctrina más moderna*».

El primer intento ambicioso de enhebrar una imagen dogmáticamente elaborada del Derecho del enriquecimiento en el ordenamiento privado español no se produce hasta 1934, por medio del trabajo de Rafael Núñez Lagos⁴⁵ (1902-1991). Con independencia de su fundamento dogmático y normativo⁴⁶, la tesis de este autor se encuentra manifiestamente inspirada por el modelo de la pandectística alemana⁴⁷; lo que, por lo pronto, le lleva a centrarse, esencialmente, en las pretensiones restitutorias derivadas de contrato⁴⁸, esto es, y en terminología actual, en la *condictio* de prestación⁴⁹. Pero, además, este planteamiento –unido al desarrollo jurisprudencial de la *action de in rem verso* francesa– lleva a Núñez Lagos a asumir los requisitos tradicionales de la acción general de enriquecimiento sin causa (enriquecimiento; empobrecimiento; relación causal entre enriquecimiento y empobrecimiento; y ausencia de causa)⁵⁰.

El trabajo de Núñez Lagos, como es sabido, ejerció una influencia decisiva en la jurisprudencia de los años posteriores a la Guerra

⁴⁵ Vid. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, cit.

⁴⁶ Para NÚÑEZ LAGOS, el objeto central del Derecho del enriquecimiento viene constituido por un «desplazamiento patrimonial sin causa»; esto es, «una atribución patrimonial» (pp. 17 y ss.) que no representa «el cumplimiento de un fin predeterminado» (p. 102); de manera que, «(u)na atribución sin causa es una atribución que no cumple su finalidad» (p. 103). En cuanto a su fundamento normativo, el autor, apoyándose en la admisión de la categoría del negocio jurídico abstracto en Derecho español (pp. 37 y ss.), termina por atribuir al artículo 1.901 CC el reconocimiento de una *condictio sine causa generalis*; que, tal como hizo el § 812 BGB, «suple y encierra en su contenido todas las condiciones del sistema clásico» (p. 150). La idea de fundar una acción general de enriquecimiento sin causa en Derecho español, a modo de *condictio sine causa generalis*, en el art. 1.901 se encuentra también en LACRUZ BERDEJO, J. L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RCDI*, 1969, pp. 569-603, esp., pp. 569-571. Vid. una certera crítica a ambas tesis en DíEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 33-34, 60-67 y 108-114. No obstante, algún pronunciamiento jurisprudencial vuelve a insistir en aquella idea, vid. STS 22-VI-2007, caso *frigoríficos*, RJ 2007/5427 (FJ 3), donde, ante una pretensión restitutoria derivada de la extinción de un contrato de distribución en exclusiva, el TS alude a la posibilidad de concebir una *condictio sine causa generalis* en las normas del CC relativas al pago de lo indebido (arts. 1.895 y ss.). Curiosamente, este razonamiento se inspira, claramente, en una tesis de DíEZ-PICAZO («La doctrina...», cit., pp. 107-116) por la cual este último autor trata de ampliar el ámbito de aplicación de la *condictio indebiti* a los pagos indebidos sin error. Pero como el propio autor advierte (cfr. pp. 111 y 115-116), esta extensión se hace desde la lógica de la *condictio* de prestación; pero, en ningún caso, concibiendo una *condictio sine causa generalis* –esto es, una acción general para todo supuesto de enriquecimiento–, ni mucho menos fundando esta acción restitutoria en la regulación del pago de lo indebido en el CC.

⁴⁷ Vid., entre otras muchas referencias, NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, p. 11, donde puede observarse la inquietud del autor por superar la dispersión de condiciones en el Derecho romano; causada «por el origen práctico, al margen de la lógica abstracta, de la teoría del enriquecimiento sin causa».

⁴⁸ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 15-16, 17-22 y, esp., pp. 102-103.

⁴⁹ Advierte de ello, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 33. La misma objeción dirige DíEZ-PICAZO («La doctrina...», cit., p. 33) a la tesis de LACRUZ.

⁵⁰ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, R. *El enriquecimiento...*, cit., pp. 6, 8, 16 y, esp., 107 y ss.

Civil española⁵¹; lo que llevó a que el TS admitiera progresivamente la existencia de una acción general de enriquecimiento sin causa o injustificado, si bien con un fundamento normativo distinto al de aquel autor; y, en todo caso, recurriendo a la expresión de aquellos requisitos tradicionales⁵². Pero ello, esto es, el recurso a estos requisitos tradicionales, ha sido empleado –como en el caso de la jurisprudencia francesa– más como un expediente de contención de los límites de la acción que como la consecuencia de una construcción dogmática convincente⁵³. Por lo demás, la jurisprudencia española se ha caracterizado –frente a, por ejemplo, la francesa– por una asunción menos rigurosa –o, mejor dicho, más sandungueira– del requisito de la subsidiariedad⁵⁴.

En realidad, en todos los ordenamientos reseñados menos –curiosamente– el alemán (y por las razones que enseguida se detallan), la concepción de una acción general de enriquecimiento sin causa, más o menos subsidiaria, e ínsitamente ligada a los requisitos institucionales (enriquecimiento, empobrecimiento, relación causal entre ambos y ausencia de causa) sigue siendo la aproximación más usual a nivel doctrinal y jurisprudencial al Derecho del enriquecimiento; incluso, en los planteamientos más críticos con dicha construcción⁵⁵.

⁵¹ Cfr. Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 21-25; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 26-33.

⁵² Cfr., entre otras muchas, STS 16-XI-1967 (RJ 1967/416, CDO 3); STS 5-XII-1980 (RJ 1980/4736, CDO 2); y, más recientemente, STS 9-II-2006 (RJ 2006/546, FJ 5); STS 10-X-2007 (RJ 2007/7406, FJ 6); STS 23-VII-2010 (RJ 2010/6574, FJ 3).

⁵³ *Vid.* una certera crítica al empleo de estos requisitos en BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 26-28 y 333-336.

⁵⁴ A despecho de la doctrina mayoritaria (cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Notas sobre...», cit., pp. 599-601; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 118-120; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, I, cit., pp. 122-123) y de algún dato legal (cfr. art. 32.1.6.ª LCD), la jurisprudencia sigue recurriendo, con frecuencia, al requisito de la subsidiariedad, cfr., entre otras muchas, STS 12-I-1943 (RJ 1943/17); STS 22-XII-1962 (RJ 1962/4966); STS 19-II-1999 (RJ 1999/1055); STS 22-II-2007 (RJ 2007/2233); STS 23-VII-2010 (RJ 2010/6574); STS 7-XII-2011 (JUR 2011/429439, FJ 5). No obstante, la propia Sala 1.ª ha negado, en varias ocasiones, que la acción de enriquecimiento sea subsidiaria, cfr. STS 12-IV-1955 (RJ 1955/1126); STS 10-III-1958 (RJ 1958/1068); STS 24-I-1975 (RJ 1975/95); STS 14-XII-1994 (RJ 1994/10111). Esta asunción pendular del requisito de la subsidiariedad deriva, muy probablemente, de los perfiles terriblemente difusos de la genérica acción de enriquecimiento injusto que, según se ha convenido, existe en Derecho español; de ahí que, como ha estudiado PASQUAU LIAÑO («Comentario a la Sentencia de 19 de febrero de 1999», *CCJC*, 1999, pp. 894-901), la jurisprudencia haya manejado distintos usos del concepto subsidiariedad. *Vid.*, sobre esto último, también, CARRASCO PERERA, Á., «Comentario a la Sentencia de 25 de noviembre de 1985», *CCJC*, 1986, pp. 3.221-3.223. Como prueba de la falta de claridad de esta jurisprudencia, *vid.* como una decisión reciente todavía conecta el requisito de la subsidiariedad con el «sistema de jerarquía de las fuentes establecido en el artículo 1 CC» (STS 30-IV-2007, RJ 2007/2396, FJ 2).

⁵⁵ *Vid.*, así, en Francia, BÉNABENT, A., *Droit Civil. Les obligations*, 11.ª ed., Montchrestien, Paris, 2007, pp. 345-347. En Italia, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 5, *la responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 813-819; pp. 49. En Portugal, ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 491-504. En España, Díez-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, 9.ª ed., Madrid, 2003,

No obstante, al mismo tiempo que la construcción germánica unitaria del Derecho del enriquecimiento se extendía en Francia, Italia, España y Portugal –reformulada, parcialmente, por una jurisprudencia francesa cautelosa ante su propia creación inicial–, una importante corriente doctrinal en Alemania empezó a advertir de lo inapropiado de aquélla para explicar la complejidad de supuestos que encierra el Derecho del enriquecimiento; y, en todo caso, de su incapacidad para ser aplicada a las nuevas estructuras económicas.

Como se ha señalado, la concepción originaria de Savigny y los pandectistas –centrada en el concepto de *desplazamiento patrimonial* (*Vermögensverschiebung*) sin causa– tenía muchas dificultades para explicar aquellos enriquecimientos generados por el uso y explotación de derechos ajenos⁵⁶. Así, por un lado, el uso y explotación de cosas materiales ajenas⁵⁷ no conduce a un desplazamiento de un bien del patrimonio del empobrecido al del enriquecido; sino, más bien, las ventajas patrimoniales generadas por el uso o explotación de la cosa surgen originariamente en el patrimonio de aquél; con lo que, difícilmente, se puede decir que la acción de enriquecimiento deba dirigirse a restituir un bien que se ha *desplazado injustificadamente* del patrimonio del empobrecido al del enriquecido. Por otro lado, el paso de una sociedad agraria –aquella que, en realidad, preocupaba a SAVIGNY– a una sociedad industrial conllevó la necesidad de proteger con posiciones jurídicas exclusivas bienes inmateriales, así como la libre competencia en el mercado⁵⁸. De esta manera, cualquier intento de erigir la concepción savigniana de las *condictiones* romanas en un instrumento eficaz de protección de los derechos sobre bienes inmateriales estaba condenado a un resultado insatisfactorio⁵⁹.

pp. 526-527; LACRUZ BERDEJO, J. L./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil*, II-2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, pp. 416-418; LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, 2007, pp. 327-328; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 118-123.

⁵⁶ Vid. ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 68 y ss.; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 8-9.

⁵⁷ Vid., p. ej., el supuesto de hecho del artículo 362 CC.

⁵⁸ La implantación y consolidación en la Europa del siglo XIX de la libertad de industria y comercio –especialmente, tras la unificación alemana (1871)– aceleró la iniciativa privada y, en consecuencia, la necesidad de proteger mediante instrumentos jurídicos los bienes inmateriales, así como la libre competencia en el mercado. Este contexto económico –que representa el sustrato sobre el que se construye una de las teorías más trascendentales de la historia del Derecho privado europeo, como es la de los bienes inmateriales– ha sido extensamente analizado por la doctrina jurídica alemana, vid., p. ej., COING, H., *Europäisches Privatrecht*, II, C.H. Beck, München, 1989, pp. 148-151; y, esp., WADLE, E., *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, I, VCH, Weinheim, 1996, pp. 75-94.

⁵⁹ Vid., así, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 70-71; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 8-9. Este último autor señala, de forma didáctica, los problemas que se dependen del intento de solucionar, desde la tesis del *desplazamiento patrimonial* de SAVIGNY, un caso de infracción de derechos de autor como el del caso *Ariston* (RG 8-VI-1895, RGZ, 35, 1895, pp. 63-75 [vid., sobre este caso, *infra* 5.1.]).

Consecuentemente, las propias teorías unitarias del Derecho del enriquecimiento trataron de introducir cambios en las tesis originarias, para, de este modo, ofrecer nuevos matices a la interpretación de los §§ 812 y ss. BGB que permitieran acomodar a estas nuevas realidades. Doctrina y jurisprudencia alemanas manejaron distintas opciones, como, p. ej., la utilización del modelo del ahorro de gastos como expediente restitutorio en los casos de uso o explotación de un derecho ajeno; o un ensanchamiento del concepto de patrimonio⁶⁰; pero, sobre todo –y de especial interés para la interpretación de la jurisprudencia española vigente– aquéllas trataron de reinterpretar el Derecho del enriquecimiento en el BGB mediante la introducción –más o menos encubierta– de dos elementos o requisitos. Por una parte, se trató de sustituir la trasnochada idea del desplazamiento de un bien de un patrimonio al otro por la necesidad de la producción de una ventaja en el patrimonio de la persona enriquecida y un perjuicio en el de la persona empobrecida; por otra, se exigía una relación de causalidad directa entre la ventaja y el perjuicio⁶¹. Este planteamiento –cuya proximidad con la todavía hoy usual posición en los Derechos francés, italiano, español es evidente– comportó, entre otras disfunciones, la asimilación del pretendido requisito del empobrecimiento –o la forma de producción del enriquecimiento– con la noción de daño patrimonial⁶². De esta manera, la acción de enriquecimiento se revestía de

⁶⁰ Vid., críticamente sobre ambas opciones, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 68-69 y 72-80.

⁶¹ Puede verse una planteamiento ejemplar de esta posición en los sucesivos trabajos de ENNECERUS, L./LEHMANN, H., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Recht der Schuldverhältnisse*, 11.ª ed., Elmert, Marburg, 1930, p. 682; ya con algún matiz innovador, la 15.ª ed. (J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1958, pp. 874-885, esp., pp. 877-878.

⁶² Cierta doctrina italiana, al reseñar los requisitos de la acción de enriquecimiento, sigue relacionado el *impoverimento* con un daño en el patrimonio del acreedor de la obligación de restituir, vid., p. ej., BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 5, cit., pp. 814-815. Vid., en nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de...*, cit., p. 526; CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento sin causa», en LÓPEZ, Á./MONTÉS, V. L./ROCA, E., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 294; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 12.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pp. 916-917; LACRUZ BERDEJO, J. L./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de...*, II-2, cit., p. 417, con cita explícita de la reseñada obra de ENNECERUS/LEHMANN, dando a entender que es la interpretación vigente del Derecho alemán. Son igualmente significativas de la vinculación entre el requisito del empobrecimiento y el concepto de daño patrimonial, las reflexiones de BUSTO LAGO, J. M./PEÑA LÓPEZ, F., «Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 1997, núm. 1, p. 149. No obstante, como destaca, acertadamente, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 39, «(u)na acción de enriquecimiento supeditada a la existencia y a la cuantía de un daño (como sostiene aún hoy en nuestro ámbito jurídico una buena parte de la doctrina), por mucho que se declare conceptualmente distinta de la acción indemnizatoria, no puede entenderse sino como un subtipo de éste cuya peculiaridad consiste en que la presencia de un enriquecimiento por parte del causante hace innecesaria la imputación subjetiva de su conducta (la culpa) y limita en la medida de aquél la cuantía “indemnizatoria”». Le siguen, aparentemente, MARTÍN CASALS, M./RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal samarità. L'absorció dels beneficis obtinguts amb la causació de danys», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA [Ed.], *Contractes, responsabilitat i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Documentia Universitaria, Girona, 2012, pp. 523-524.

unos requisitos profundamente abstractos y diseñados más para salvar una construcción dogmática que para orientar la solución de conflictos de intereses prácticos⁶³; y, además, generando soluciones –cuestión, de nuevo de interés para el Derecho español– extrañas a la lógica restitutoria de la intromisión en derechos absolutos. Vid., p. ej., el razonamiento de la resolución del *Reichsgericht* (RG) en el caso *Fraunberufe* (RG 9-VI-1928)⁶⁴: la editorial titular de los derechos de edición (reproducción y distribución) del libro «*Profesiones Femeninas*» demandó a otra editorial que editó un libro con el título «¿*Qué deberían llegar ser nuestras hijas?*», y cuyo contenido era en gran parte una reproducción literal de aquél. La demanda por vulneración de los derechos de autor incluía una pretensión de enriquecimiento injustificado *ex* § 812 BGB por la que se exigía la restitución de las ganancias obtenidas con la venta de los ejemplares de la obra ilícita. Esta pretensión es íntegramente estimada, y ello, desde una aplicación mecánica del razonamiento descrito: el tribunal, para afirmar la existencia de un *desplazamiento patrimonial sin causa* entre demandado y demandante, se limita a constatar, simplemente, la existencia de una relación causal entre las ganancias obtenidas por el infractor de los derechos de autor y el perjuicio sufrido en el patrimonio del demandante. Se comprenderá, entonces, que, desde una aproximación como ésta, Derecho de daños y Derecho del enriquecimiento se hayan visto tantas veces indebidamente confundidos; y, en cualquier caso, se haya creído –idea hoy más que extendida en Derecho español– que el objeto de la acción de enriquecimiento viene constituido por las ganancias obtenidas por la vulneración de un derechos subjetivo⁶⁵.

Nótese que, en nuestra doctrina, no es infrecuente abordar una posible acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos de propiedad industrial desde aquellos requisitos tradicionales; llegando, desde luego, a resultados claramente desafortunados, vid., así, p. ej., Reglero Campos⁶⁶: «*Como se sabe, los presupuestos fundamentales de aplicación de esta institución son la obtención de un ventaja patrimonial de quien se enriquece y el correlativo empobrecimiento de otra persona, así como la relación causa-efecto entre lo primero y lo segundo (naturalmente, otro presupuesto fundamental es que no exista causa que legitime el enriquecimiento). Estamos ante un empobrecimiento no sólo cuando hay una disminución del activo (damnum emergens) sino también cuando no hay un aumento del mismo (seguro o previsible) (lucrum cessans). En buena parte de los casos la violación del derecho de marca (como, en general, la de cualquier derecho inmaterial de contenido patrimonial) supone un empobrecimiento en la segunda de las manifestaciones apuntadas. Pero no serán infrecuentes los*

⁶³ En la doctrina española, vid. una concisa y certera crítica a los requisitos del enriquecimiento, empobrecimiento y relación de causalidad entre ambos en BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 38-41 y 333-335.

⁶⁴ RGZ, 121, 1928, pp. 258-263.

⁶⁵ Vid. *infra* 5.1.

⁶⁶ Vid. «Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial», en REGLERO CAMPOS, L. F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 724-725.

casos en los que no pueda hablarse en puridad de empobrecimiento (incluso puede ocurrir que la actividad ilegítima reporte ventajas al titular del derecho violado, como sucede, por ejemplo, cuando esa actividad da notoriedad a una marca o a una obra del intelecto que no la tenía hasta entonces». En el mismo sentido, se pronuncia González Gozalo, para quien el titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial infringido no «puede invocar la doctrina del enriquecimiento injusto, pues si bien es cierto que el infractor obtiene un lucro al que no tiene derecho, también lo es que el titular no padece el correlativo empobrecimiento que exige la aplicación de esta teoría⁶⁷». De ser ciertos los planteamientos de estos autores, la acción de enriquecimiento por intromisión no procedería en aquellos casos en los que el titular del derecho infringido no ha sufrido un daño emergente en su patrimonio o en los que no ha visto frustrada, por la intromisión, una ganancia; lo que supone, como decimos, una lamentable confusión entre Derecho del enriquecimiento y Derecho de daños⁶⁸; y, en términos más prácticos, la asunción de dichos planteamientos y, en particular, la exigencia del requisito del empobrecimiento determinaría que, en nuestro ámbito de estudio, en aquellos casos en los que el titular no estaba predispuesto a autorizar para la intromisión en su derecho a la personalidad, no procedería la acción de enriquecimiento; tal y como concluyó, erróneamente, la jurisprudencia alemana durante muchos años⁶⁹.

De hecho, la asunción de este planteamiento no parece ser infrecuente en la práctica de los tribunales, como es de ver del razonamiento seguido por la SJMER Barcelona 28-VI-2011⁷⁰, que, después de distinguir acertadamente entre las acciones indemnizatoria y de enriquecimiento en la LCD, sostiene, no obstante, que los «requisitos necesarios» de este última acción son: «en primer lugar, un enriquecimiento del demandado, entendido como una ventaja, provecho o aumento de su patrimonio. En segundo lugar, un empobrecimiento del demandado por la salida de bienes o derechos o de la pérdida de ingresos o beneficio esperable consecuencia del acto desleal. Y, por último, es necesario que el enriquecimiento y el empobrecimiento estén causalmente ligados (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1988)» (FJ 21). Adviérta-

⁶⁷ Cfr. «La Propuesta de Directiva relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual», *pe.i.*, 2003, núm. 14, p. 80.

⁶⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus fremden Persönlichkeitsrecht», en FISCHER, R./GESSLER, E./SCHILLING, W./SERICK, R./ULMER, P. (Hrsg.), *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September*, C.H. Beck, München, 1976, p. 464; CANARIS, C. W., «Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts», en AHRENS, H.-J./VON BAR, C./FISCHER, G./SPICKHOFF, A./TAUPITZ, J., *Festschrift für Erwin Deutsch*, Carl Heymann, Köln *et alii*, 1999, p. 89; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 100-111 y 334. *Vid.*, de nuevo, sobre esta idea *infra* 6.2.

⁶⁹ *Vid.*, sobre esta cuestión, BALTHASAR, S., «Eingriffskondiktion und Lizenzbereitschaft bei der unerlaubten Nutzung von Persönlichkeitsmerkmalen in Werbung und Berichterstattung», *ZUM*, 2005, pp. 874-897, esp., p. 876; e *infra* 5.2.

⁷⁰ Caso *Phercab* (no publicada todavía en bases de datos electrónicas).

se que la asunción de este planteamiento tradicional y la coherente exigencia del requisito del empobrecimiento –especialmente inapropiados en este caso, al tratarse de la *condictio* de la LCD, como ahora se explica– es utilizado por el JMER para reducir el alcance de la pretensión restitutoria, por medio de una minoración del valor de mercado del bien inmaterial (secretos empresariales) sobre el cual el demandante tenía una posición jurídico-exclusiva que fue lesionada por la conducta desleal de la demandada.

En este contexto económico y jurídico, apareció una de las construcciones jurídicas modernas más decisivas para el Derecho del enriquecimiento y, en especial, para la configuración dogmática de los remedios jurídicos restitutorios derivados de la infracción de derechos subjetivos absolutos. Bajo lo que con posterioridad se ha denominado teoría de la separación o diferenciación –por oposición a las tesis unitarias–, Walter Wilburg⁷¹ (1905-1991) y Ernst von Caemmerer⁷² (1908-1985) defendieron la necesidad de superar la aproximación unitaria al Derecho del enriquecimiento por medio de la identificación, más allá de las atribuciones patrimoniales realizadas con la finalidad de ejecutar un plan-jurídico obligatorio (prestación), de otros tipos o supuestos de enriquecimiento injustificado; y todo ello, desde la inquietud de conseguir una rigurosa diferenciación entre las diversas pretensiones restitutorias y, en especial, de sus funciones y requisitos.

Como se habrá advertido, la crítica a las teorías unitarias nació desde la observación de que, en la práctica, existían casos de explotación o usurpación de derechos ajenos que merecían una respuesta desde el Derecho del enriquecimiento. De ahí que, como han señalado Reuter/Martinek⁷³, los trabajos de Wilburg y Von Caemmerer se inspiraran en la obra del que hoy es considerado por la doctrina alemana –en expresión pretenciosamente científica– como el *descubridor de la Eingriffskondiktion*⁷⁴; esto es, el primero en integrar la acción restitutoria derivada de la intromisión en un derecho subjetivo dentro del molde dogmático de la *condictio* o acción de enriquecimiento injustificado⁷⁵.

⁷¹ Vid. *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht* (1934), cit., *passim*.

⁷² Vid. «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en DÖLLE, H./RHEINSTEIN, M./ZWEIGERT, K. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel*, I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pp. 333-401; «Grundprobleme des Bereicherungsrechts», en LESER, H.G. (Hrsg.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften*, I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, pp. 370-392.

⁷³ Vid. *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., p. 25.

⁷⁴ Vid., así, MEDICUS, D., *Bürgerliches Recht*, 21.^a ed., Carl Heymann, Köln, 2007, p. 450 (Rdn. 704); le siguen REUTER, D./MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., p. 25; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 89.

⁷⁵ Se trata del monumental artículo –485 pp.– de SCHULZ, F., «System der Rechte auf den Eingriffserwerbs», *AcP*, 1909, núm. 105, pp. 1-485. No obstante, este autor concibió una pretensión de restitución de aquello que se obtiene con ocasión de una intromisión

En el caso de WILBURG, su obra destaca, como punto de partida, las inconveniencias de resolver todos los casos desde el imaginario de la *condictio* de prestación⁷⁶; es decir, desde el planteamiento de que (casi) todas las atribuciones patrimoniales tienen lugar bajo la ejecución de un plan jurídico-obligatorio. Por ello, propone distinguir con claridad entre acciones de enriquecimiento derivadas de prestación (*Leistungskonditionen*) y acciones de enriquecimiento no derivadas de prestación (*Nichtleistungskonditionen*)⁷⁷; a pesar de que su fundamento jurídico siempre sea unitario⁷⁸. No obstante, conviene precisar de antemano que, como se ha indicado por la doctrina actual⁷⁹, dicha distinción –a pesar de su elegante encaje en los dos modos de producción del enriquecimiento según el § 812 I BGB [*«El que mediante prestación (...) o de otro modo (...)»*]- no fue contemplada por el codificador alemán con el propósito de incluir una *Eingriffskondition*; sino que aquella segunda opción se correspondía con la idea savigniana por la que, en ocasiones, el desplazamiento patrimonial sin causa se produce sin la concurrencia de una declaración de voluntad del empobrecido⁸⁰. En cualquier caso, WILBURG separó, de esta manera, el concepto de causa o justificación para los supuestos de *condictio* de prestación y para los otros tipos, en especial, para la acción de enriquecimiento derivada de la utilización de un derecho ajeno⁸¹; apuntando, además, las diferentes funciones que cumple la acción de enriquecimiento en cada uno de los dos supuestos⁸².

Por su parte, von Caemmerer desarrolló la distinción propuesta por Wilburg, identificando una tipología de pretensiones de enriquecimiento injustificado⁸³. Así, configuró, además de los supuestos de *condictio* derivada de prestación⁸⁴, otros grupos como –entre otros– los de enriquecimiento derivado de: (i) intromisión en derecho ajeno⁸⁵; (ii) el pago de una deuda ajena⁸⁶; (iii) la realización de impensas⁸⁷; o (iv) un contrato a favor de tercero⁸⁸. Desde esta clasificación, el autor trazó una luminosa distinción entre las funciones de la *Leistungskondition* –dirigida, en esencia, a las disfuncio-

ilícita (*Anspruch auf den Eingriffserwerb*) como una consecuencia del principio común de enriquecimiento injustificado; es decir, desde una posición unitaria. Vid. una completa reseña crítica de la obra de este autor en ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 89-102.

⁷⁶ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 12-18

⁷⁷ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 22-51.

⁷⁸ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 49-51.

⁷⁹ Vid. LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 10.

⁸⁰ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 523.

⁸¹ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 113-114 y 12 y ss.

⁸² Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 11 y 28 y ss.

⁸³ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 334 y ss.; «Grundprobleme des...», cit., pp. 370-376.

⁸⁴ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 340-352; «Grundprobleme des...», cit., pp. 376-378.

⁸⁵ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 352-360; «Grundprobleme des...», cit., pp. 378-383.

⁸⁶ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 360-363; «Grundprobleme des...», cit., pp. 384-387.

⁸⁷ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 365-367; «Grundprobleme des...», cit., pp. 383-384.

⁸⁸ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 369-374.

nes derivadas de la circulación de bienes jurídicos⁸⁹– y las de la *Eingriffskondition*, preocupada por proteger las posiciones jurídicas exclusivas reconocidas por el ordenamiento jurídico como derechos subjetivos⁹⁰; punto de partida axial para el desarrollo dogmático y régimen jurídico de la última de las acciones.

Las tesis diferenciadoras de Wilburg y von Caemmerer –aceptadas y desarrolladas por la doctrina mayoritaria actual⁹¹– implican, en consecuencia, una convincente desacreditación de la formulación tradicional del Derecho del enriquecimiento bajo aquella acción general de enriquecimiento con sus requisitos institucionales clásicos. Como apuntó Von Caemmerer⁹², la lógica formal abstracta bajo la que se formularon los requisitos del enriquecimiento, empobrecimiento y la relación causal entre ambos derivó en un expediente para corregir aquellos enriquecimientos que, sobre la base de la equidad, se consideraban injustos. Aquellos ordenamientos que, como el español, recibieron y desarrollaron acriticamente las primeras teorías germánicas del Derecho del enriquecimiento dan, todavía hoy, la razón a aquel autor⁹³. Y es que no deja de ser significativo que, al mismo tiempo que, desde el Derecho alemán, se advertía de los riesgos derivados de la aproximación tradicional unitaria, la jurisprudencia española recibía a tambor batiente la tesis de Núñez Lagos; una tesis que, acorde con sus influencias, buscaba, ante todo, una «*lógica abstracta*⁹⁴».

Atento al cambio en el pensamiento jurídico predominante en la Europa continental⁹⁵ –y, sobre todo, desde la inquietud, pues, de

⁸⁹ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 342-343.

⁹⁰ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., p. 353.

⁹¹ Cfr., entre otras referencias, LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, 13.ª ed., C. H. Beck, München, 1994, pp. 129-131; SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 294-295 (Rdn. 718-719); MEDICUS, D., *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 14.ª ed., C. H. Beck, München, 2007, pp. 239-240 (Rdn. 632); LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 8-15; EMMERICH, V., *BGB – Schuldrecht Besonderer Teil*, 12.ª ed., C.F. Müller, 2009, p. 214 (Rdn. 4-5); LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6.ª ed., Vahlen, München, 2011, p.338 (Rdn. 1012-1013).

⁹² *Vid.* «Bereicherung und...», cit., pp. 338-339.

⁹³ *Vid.*, en el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., p. 96; BASOZÁBAL, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 37.

⁹⁴ Cfr., p. ej., NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., p. 11. En el prólogo a esta obra, CASTÁN TOBEÑAS –es decir, el puente por el que transitó esa *lógica abstracta* hasta alcanzar la jurisprudencia del TS– se lamenta de que, «en nuestra Patria [...] el formalismo y el conceptualismo jurídico no han llegado a arraigar y [...] las investigaciones teórico-dogmáticas son rara avis»; por lo que considera que «se ha de ver con júbilo la aparición de un jurista de técnica rigurosa, heredero de los clásicos pandectistas alemanes del siglo pasado, que se lance animoso a reconstruir aquellos conceptos fundamentales que constituyen la base de nuestro derecho privado y, más en concreto, de nuestro vigente Código Civil [...]» (cfr. p. VIII).

⁹⁵ En Portugal, las tesis diferenciadoras o tipológicas (*doutrina da divisão*) son asumidas y desarrolladas, entre otros, por MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 438 y 441 y ss.; *Direito das Obrigações*, I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 395 y ss. En Italia, *vid.* TRIMARCHI, P., *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 3-50; más recientemente, entre otros, y con más referencias, SIRENA, P., «La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)», *Riv. Dir. Civ.*, 2006, pp. 305-322, esp., pp. 308 y ss.

superar una construcción jurisprudencial que, a pesar de estar revestida formalmente de unos requisitos, nunca ha dejado de ser, desde sus inicios, un expediente de equidad⁹⁶–, Díez-Picazo propuso, en 1988, una ambiciosa reformulación del Derecho del enriquecimiento español⁹⁷. No se trata de trasplantar la nueva concepción alemana al ordenamiento privado español⁹⁸; sino de, desde la idea de dotar de un tratamiento diferenciado a los distintos tipos de enriquecimiento injustificado, identificar dichos grupos de supuestos en el ordenamiento jurídico vigente⁹⁹. De esta manera, no solo se intenta conseguir una ordenación dogmática coherente de instituciones jurídicas con estructura restitutoria similar pero cuya regulación, en su caso, es dispersa; sino también ofrecer criterios razonables de orientación de la solución de los conflictos de intereses más usuales¹⁰⁰. Así, desde este planteamiento¹⁰¹, se habla de

⁹⁶ Cfr., de nuevo, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 27.

⁹⁷ Vid. Díez-Picazo, L., «La doctrina...», cit., pp. 71-133, esp., pp. 100 y ss.; más recientemente, *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 123-128.

⁹⁸ De hecho, la experiencia descrita en este apartado debería servir para alertar de la asunción acrítica de creaciones dogmáticas foráneas, especialmente aquellas provenientes de la ciencia jurídica alemana o, en general, cualesquiera que se presenten bajo una formulación excesivamente abstracta o con una denominación con fuerza persuasiva. Y es que, por otro lado, no debe olvidarse que, incluso, la teoría de la diferenciación –y en general el Derecho del enriquecimiento alemán– no constituye ningún demiurgo que ofrezca respuestas coherentes y razonables a todos los conflictos de intereses en este campo. Su utilidad, entre nosotros, se limita a ofrecer un marco dogmático en el que desarrollar la ordenación de distintas pretensiones existentes en nuestro ordenamiento. Vaya por delante, pues, que, en Derecho español, el Derecho del enriquecimiento no está destinado, en última instancia, a ofrecer una norma genérica en la que fundar aquellas distintas pretensiones; punto de partida, por cierto, mucho más acorde con las mejores aportaciones doctrinales de la teoría de la diferenciación que con la solución normativa actual de los §§ 812 y ss. BGB o, incluso, que con aquella que se desprende de los *Principios del Enriquecimiento Injustificado* del llamado *Study Group on a European Civil Code*, cfr. von Bar, C./CLIVE, E./SCHULTE-NÖLKE, H. (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2008, pp. 319 y ss.; *vid.*, no obstante, las razones aducidas para adoptar un modelo unitario en este último sistema normativo en von Bar, C./SWANN, S., *Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, Sellier, Munich, 2010, p. 179 (§ 147).

⁹⁹ Vid. Díez-Picazo, L., «La doctrina...», cit., p. 97; *Fundamentos del...*, I, cit., p. 124; Basozábal Arrúe, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 47.

¹⁰⁰ *Vid.*, en el mismo sentido, Basozábal Arrúe, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 47.

¹⁰¹ Autorizadamente seguido, entre otros, por Miquel González, J. M., «Enriquecimiento injustificado», en VV. AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2.806-2.808; Paz-Ares, C., «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *La Ley*, 1997, II, D-105, pp. 1.817-1.819; Fernández-Nóvoa, C., *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9-21; Basozábal Arrúe, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 35-51; Massaguer, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 549-553; Capilla Roncero, F., «Cuasicontratos y...», cit., pp. 293-294; Portellano Díez, P., «Art. 12», en Menéndez Menéndez, A./Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 604; *La defensa del derecho de patente*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 161-162; *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades*

una *condictio* de prestación¹⁰²; de una *condictio* por intromisión, en la que se integrarían los supuestos de disfrute, de usurpación, de consumo y de disposición de un derecho o cosa ajenos¹⁰³; de una *condictio* por inversión o desembolso¹⁰⁴, de la que se desprenderían una *condictio* de regreso para supuestos de pago de una deuda

de negocio, Civitas, Madrid, 1996, p. 135; *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 146-154; GARCÍA RUBIO, M. P., «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS BOURIE, E./GARCÍA RUBIO, M. P./MORALES MORENO, A. M., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 90-91.

¹⁰² En la que se integrarían no solo la *condictio indebiti* (arts. 1.895-1.901 CC), sino también las acciones restitutorias derivadas de la nulidad o anulabilidad de contrato (arts. 1.303 y ss. CC), e incluso, entre otras, la restitución procedente de la resolución de un contrato sinalagmático (arts. 1.123, 1.122 o 1.295 CC). Este planteamiento está teniendo cierta acogida, a modo de *obiter dictum*, en distintas decisiones del TS, que utilizan el marco dogmático unitario de la *condictio* de prestación para orientar el objeto y sentido de la pretensión restitutoria enjuiciada, *vid.*, así, STS 22-VI-2007 (*frigoríficos*, FJ 4); STS 23-II-2007 (RJ 2007/1465, FJ 2: «la «*condictio* de prestación del art. 1303 CC»»); STS 14-VI-2007 (RJ 2007/5120, FJ 2). En un caso, la lógica de la *condictio* de prestación parece haber desempeñado un papel determinante en la *ratio* de su decisión, *vid.* STS 8-I-2007 (RJ 2007/812, FJ 7). Repárese, en todo caso, en que la propuesta de abordar estos problemas restitutorios bajo la figura de la *condictio* de prestación –y, en general el planteamiento tipológico español– sigue siendo esencialmente doctrinal, y cuyo desarrollo práctico consistente parece todavía lejano, tal y como recuerda un *obiter dictum* de la SAP A Coruña 25-I-2008 (JUR 2008/132265): «La tipificación de las acciones de enriquecimiento en *condictio* de prestación, *condictio* por intromisión y *condictio* por inversión o desembolso es un intento doctrinal de explicar y perfilar la figura del enriquecimiento sin causa formulado hace ya veinte años. Este intento, avalado por el notorio prestigio de su autor, no ha tenido aún reflejo en la jurisprudencia» (FJ 5).

¹⁰³ La lógica de la *condictio* por intromisión parece que va penetrando, aunque muy tímidamente, en la práctica de los tribunales, *vid.*, p. ej., SAP Barcelona (Secc. 15.ª) 26-XI-2004, caso *ordenadores*, JUR 2005/15139, donde se estima la acción de restitución –«a modo de *condictio* por intromisión» (FJ 6)– del valor de uso de unos ordenadores por su utilización más allá del contrato que autorizaba para ello; *vid.*, también, más recientemente, STS 4-VII-2011, caso *locales autobuses*, JUR 2011/244738. Adviértase, no obstante, que, en este último caso, la *condictio* se configura como una acción indemnizatoria, bajo un entrecruzamiento inspirado en la teoría del triple cómputo del daño en las leyes de propiedad intelectual e industrial (FJ 5 *in fine*). Sobre ello, *vid. infra* 5.2. En cuanto a la adopción jurisprudencial de la *condictio* por disposición de cosa ajena, recuérdese la existencia de un precedente jurisprudencial significativo en la STS 10-III-1958, caso *apropiación de alambre del Ejército Rojo* (RJ 1958/1068), sobre la base dogmática de la «*condictio* por disposición sin derecho» (CDO 4) y de un rigurosa diferenciación entre acción indemnizatoria y acción de enriquecimiento injustificado; y, más recientemente, la STS 9-II-2012, caso *expropiación Renfe*, RJ 2012/3786, en la que se resuelve, bajo la *condictio* por intromisión, la pretensión de del titular del derecho de propiedad sobre una finca que se vio privado de su derecho por la disposición eficaz del antiguo propietario a un tercero que adquirió válida y eficazmente; y ello, bajo la siguiente explicación: «Cuando el enriquecimiento tiene como supuesto el ejercicio de la facultad de disposición de un bien por quien no es su titular, nos hallamos ante la denominada *condictio* por intromisión y supone que la disposición sea eficaz porque deban aplicarse las reglas de protección del adquirente de buena fe y en este caso, «el disponente non dominus debe al verus dominus el valor obtenido con la disposición». Este es el supuesto de enriquecimiento injusto que se produce en el presente litigio» (FJ 5).

¹⁰⁴ *Vid.*, en esta línea, STS 16-V-2007, caso *queserías*, RJ 2007/4616 (FJ 7 [A]); STS 22-VI-2007 (*frigoríficos*, FJ 3); STS 29-II-2008, caso *arrendamiento financiero*, RJ 2008/3053 (FJ 4). Más recientemente, puede verse una clara admisión de la *condictio* por inversión como expediente de solución de una pretensión restitutoria derivada de enriquecimiento injustificado en la STS 6-V-2011, RJ 2011/3843 (FJ 5 y 6).

ajena (art. 1.158.3 CC)¹⁰⁵ y una *condictio* por impensas (arts. 453, 454 y 360 y ss. CC).

III. FUNDAMENTO DOGMÁTICO

3.1 EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA *CONDICTIO* POR INTROMISIÓN: EL CONTENIDO DE ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS Y POSICIONES JURÍDICAS SUBJETIVOS

El planteamiento diferenciador o tipológico del Derecho español del enriquecimiento ha permitido, de esta manera, concebir una *condictio* por intromisión en derecho ajeno, que opera como un remedio restitutorio en los casos de usurpación, consumo y disposición de cosas o derechos ajenos. La construcción de esta categoría en Derecho español, se ha fundamentado –desde las tesis apuntadas por Carrasco Perera¹⁰⁶ y, especialmente, por Díez-Picazo¹⁰⁷, y convincentemente desarrolladas por Basozábal¹⁰⁸– en las normas del CC relativas a la liquidación del estado posesorio (arts. 451 y 455 CC y, en menor medida, arts. 360 y ss. CC).

Pero, antes de dilucidar el concreto fundamento normativo de esta eventual pretensión restitutoria en Derecho español, conviene subrayar la necesidad previa de encontrar un fundamento dogmático para esta acción, que sirva para ubicar su función y estructura

¹⁰⁵ Vid., en esta línea, STS 28-VI-2010, caso *Procobisa*, RJ 2010/5417, que identifica la pretensión restitutoria de dicho precepto con la acción de enriquecimiento injusto que se había ejercitado en la demanda de forma subsidiaria a la acción del artículo 1.158 CC; y ello, porque, según la Sala 1.ª, «(e)stamos ante una acción única –de reembolso– basada en unos hechos que son origen de una pretensión única –la recuperación de la cantidad– cuyo último fundamento es la proscripción del enriquecimiento injusto» (FJ 3). Nótese, pues, que, aquí, para la Sala 1.ª del TS, en sintonía con la teoría diferenciadora española, la doctrina del enriquecimiento injustificado no sirve al propósito de ofrecer una acción de naturaleza subsidiaria, sino, antes de bien, de erigirse en un marco dogmático para la ordenación e interpretación de pretensiones restitutorias con un fundamento normativo legal disperso.

¹⁰⁶ Vid. «Comentario a la Sentencia de 25 de noviembre de 1985», cit., p. 3.223, donde se conectan algunas normas de liquidación de los estados posesorios en el CC con «los enriquecimientos obtenidos por “intervención en bienes”»; vid., también, «Restitución de provechos», ADC, 1988, esp., pp. 62-69; y, más recientemente, CARRASCO PERERA, Á./ZURILLA CARIÑANA, M. Á., «La defensa de los derechos», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Derecho Civil*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, pp. 378-380. Vid., no obstante, un alejamiento de la norma del artículo 361 CC respecto al enriquecimiento injustificado en «*Ius aedificandi*» y *acesión*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 156-160.

¹⁰⁷ Vid. «La doctrina...», cit., pp. 121 y ss.; *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 126-127; «Commodum ex negotiatione», ADC, 2007, p. 1.610; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 48; en el mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Enriquecimiento injustificado», cit., p. 2.807.

¹⁰⁸ Vid. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 221 y ss.

en el Derecho privado español; y que permita, asimismo, definir su ámbito de aplicación y, en concreto y en lo que importa considerar ahora, determinar la idoneidad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen para conferir a su titular una *condictio* frente a intromisiones ilegítimas en su ámbito objetivo de protección.

Con este propósito –esto es, para determinar qué derechos o posiciones jurídicas están protegidos por dicha *condictio*–, la doctrina alemana ha propuesto distintas teorías; siendo la más seguida –descartadas las teorías de la antijuricidad¹⁰⁹– la del *contenido de atribución* (*Zuweisungsgehalt*¹¹⁰) de los derechos y posiciones jurídicas subjetivos: solo aquellos derechos o posiciones jurídicas con contenido atributivo confieren a su titular una pretensión de restitución frente a la persona que obtiene una ventaja patrimonial por medio de la intromisión no autorizada en su ámbito objetivo de protección¹¹¹.

El concepto de contenido de atribución está estrechamente relacionado con el reconocimiento por parte de un ordenamiento jurídico de determinadas posiciones jurídicas protegidas por un derecho subjetivo absoluto o que confieren a su titular un contenido jurídico-económico análogo y, más en particular, con una de las consecuencias axiales que se desprende de dicho reconocimiento. En efecto, como advirtió con clarividencia Philipp Heck (1858-1943), el reconocimiento de un derecho absoluto implica la asignación a su titular de todos los rendimientos derivados de su ejerci-

¹⁰⁹ Sobre estas teorías, cuyo eje central consiste en fijar la atención en si el enriquecimiento ha sido obtenido mediante una acción antijurídica del intromisor, *vid.* ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 89-147; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 80-82; LIEB, M., «§ 812», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4.ª ed., C. H. Beck, München, 2004, pp. 1.320-1.322 (Rdn. 240-244); SCHWAB, M., «§ 812», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2009, pp. 1.415-1.416 (Rdn. 238-241); DíEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 118-119; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 54-67; PORTELLANO DíEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 161; MENEZES LEITÃO, L., *Direito das...*, cit., pp. 409-410.

¹¹⁰ De acuerdo con DíEZ-PICAZO («La doctrina...», cit., p. 119 y ss.), PAZ-ARES («La indemnización...», cit., p. 1.819), BASOZÁBAL (*Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 68) y PORTELLANO (*La defensa...*, cit., p. 161), preferimos la traducción *contenido de atribución* a la de *contenido de destinación*, propuesta esta última por CARRASCO PERERA («Restitución de provechos», *ADC*, 1988, p. 66) e IGARTUA ARREGUI (*Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Tesis doctoral, inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1986 [Dir.: Prof. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano], pp. 26-29). Este último concepto parece ser, no obstante, el adoptado por la doctrina portuguesa (*conteúdo da destinação*), *cfr.* MENEZES LEITÃO, L., *Direito das...*, cit., pp. 410-411.

¹¹¹ La teoría del contenido de atribución es la seguida mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia alemanas para ordenar dogmáticamente la *Eingriffskondition* del § 812 BGB y definir su ámbito objetivo de aplicación, *cfr.*, entre otros, WENDEHORST, CH., «§ 812», en BAMBERGER, H.-G./ROTH, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 2, C. H. Beck, München, 2008, p. 1.103 (Rdn. 123); SCHWAB, M., «§ 812», cit., p. 1.417 (Rdn. 244); LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 172; EMMERICH, V., *BGB – Schuldrecht*, cit., pp. 230-231 (Rdn. 5-6).

cio¹¹²; lo que determina, en clave del Derecho del enriquecimiento, que si alguien utiliza o explota sin autorización un derecho ajeno, adquiere *algo* que pertenece en exclusiva al titular¹¹³. Dicho de otro modo, la asignación al titular de una posición jurídica absoluta no solo debe determinar coherentemente el reconocimiento de las facultades dirigidas a exigir la abstención de aquellas otras personas que no han sido autorizadas –por norma o por el propio titular– para la intromisión en la esfera de poder garantizada; sino que también conlleva la asignación en exclusiva a dicho titular de todos los provechos derivados de su ejercicio; y, en definitiva, si uno de aquellos terceros no autorizados obtiene, mediante la intromisión en la posición jurídica absoluta, uno de aquellos rendimientos que el ordenamiento jurídico había atribuido en exclusiva al titular de aquella posición, dicho titular ostentará –de acuerdo con la teoría de la atribución– una acción de enriquecimiento injustificado dirigida a restituir o reintegrar en su patrimonio la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor.

Con este punto de partida, la doctrina mayoritaria asimila dicho contenido de atribución al monopolio de explotación que determinados derechos subjetivos u otras posiciones jurídicas subjetivas confieren a su titular, tales como, señaladamente, el derecho de propiedad sobre bienes materiales y los derechos de propiedad intelectual e industrial¹¹⁴. Y, ciertamente, el concepto de contenido de atribución resulta, desde esta interpretación, útil; no solo en la medida en que –como explicaremos¹¹⁵– enriquece la teoría del derecho subjetivo con un elemento dogmático de enorme trascendencia práctica, especialmente, en el ámbito de los derechos de la personalidad incorporal (honor, intimidad e imagen), sino también porque permite excluir, con alguna claridad, del ámbito de la *condictio* por intromisión determinadas conductas que, a pesar de que puedan ser calificadas como antijurídicas y que puedan comportar la obtención de una ventaja patrimonial por el supuesto intromisor,

¹¹² Cfr. HECK, PH., *Grundriß des Schuldrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929, pp. 421 y 426; lo que, según el autor, tiene especial significación en relación con las pretensiones restitutorias derivadas de un enriquecimiento injustificado; singularmente, en el campo de los derechos sobre bienes inmateriales, como el derecho de autor (cfr. p. 421). *Vid.*, un completo desarrollo de esta idea en WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 28 y ss.; VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 353 y ss. Más recientemente, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 249-350 y, esp., pp. 403-483, ha acercado estas ideas a la teoría económica de los *property rights*.

¹¹³ *Vid.* WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., p. 28; VON CAEMMERER, E., *Bereicherung und...*, cit., p. 353; LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 169-170; LIEB, M., «§ 812», cit., p. 1.322 (Rdn. 245); ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 467.

¹¹⁴ Cfr. SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer...*, cit., p. 312 (Rdn. 749); MESTMÄCKER, E. J., «Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung», *JZ*, 1958, p. 524; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 131 y 81-87; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 417-418; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del...*, I, cit., p. 49.

¹¹⁵ *Vid. infra* 3.2.3.

no presentan relevancia atributiva; y ello, sencillamente porque dicha ventaja patrimonial no había sido asignada normativamente con carácter exclusivo a otra persona.

Dos casos en la jurisprudencia alemana permiten ilustrar la pertinencia del concepto de contenido de atribución para identificar posiciones carentes de contenido atributivo, especialmente, en relación con prestaciones empresariales que, pese a ser el resultado de inversiones considerables, no culminan con la obtención de una posición protegida por un derecho de exclusiva o por una posición de análogo contenido jurídico-económico. *Vid.*, en primer lugar, si bien bajo un contexto fáctico y normativo un tanto peculiar, BGH 9-III-1989¹¹⁶. *A*, una conocida empresa química innovadora especializada en el desarrollo y comercialización de productos fitosanitarios, obtuvo la autorización de comercialización de un nuevo producto, y ello, después de acreditar, tras un costoso período de investigación, que dicho producto carecía de efectos tóxicos relevantes. Con posterioridad, *B*, otra empresa del sector, obtuvo la autorización de comercialización de un producto similar al de *A*; lo que consiguió valiéndose de los estudios y ensayos desarrollados por *A* y que constaban en la documentación que presentó *A* para el registro de su producto. *A* interpuso una acción de enriquecimiento injustificado por intromisión (*Eingriffskondition*) ex § 812 BGB frente a *B* por cuanto la autorización de comercialización de éste solo pudo ser concedida por la Administración competente sobre la base de los estudios y ensayos realizados por *A*¹¹⁷. El Tribunal Supremo Federal rechaza la pretensión porque *A* carece, respecto de los estudios y ensayos en cuestión, de una posición con contenido de atribución, esto es, de una posición que le permita prohibir a *B* la solicitud de autorización del producto o su posterior comercialización.

En segundo lugar, OLG Karlsruhe 10-III-1999¹¹⁸. *A*, una productora cinematográfica, emprendió un proyecto para la realización de una película sobre la base de un guión elaborado por dos autores, con quienes la productora había convenido un derecho de cesión preferente (opción) sobre los derechos de explotación del guión. Al mismo tiempo que los autores reelaboraban el guión, *A* inició contactos con otras productoras para la coproducción del largometraje, para lo que contactó con *B*, otra productora, que tuvo

¹¹⁶ Caso *Forschungskosten*, GRUR, 1990, núm. 3, pp. 221-223.

¹¹⁷ La peculiaridad del caso no reside tanto en el hecho de que *A* no fuera titular de derechos de propiedad industrial sobre el producto original, ni consiguiera acreditar que dichos estudios y ensayos constituían información confidencial protegible como secreto empresarial por medio del Derecho contra la competencia desleal, sino, ante todo, en el hecho de que, en el momento del caso, el Derecho alemán no contaba con una norma como la hoy prevista en el artículo 13.3 a) Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios, o, entre nosotros, en el artículo 36.2 a) de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal, y, según la cual, las autoridades competentes para la concesión de autorizaciones de comercialización no podrán utilizar los «estudios, ensayos y el resto de la documentación aportada por el solicitante» para «su utilización en favor de otro solicitante posterior», salvo que «el primer solicitante lo haya autorizado expresamente».

¹¹⁸ Caso *Das erste Mal*, NJW-RR, 2000, núm. 14, pp. 1.005-1.006.

acceso a la documentación de A relativa al proyecto (en esencia, planes de rodaje, financiación y listado del posible reparto tras los pertinentes cástines). No obstante, esta posible coproducción entre A y B quedó frustrada al no conseguir aquélla la financiación necesaria. Posteriormente, B contactó con los autores del guión y, tras convenir con ellos la cesión de los derechos de autor, realizó la película, que fue estrenada en la televisión alemana en 1996. A ejercita la *condictio* por intromisión contra B al entender que ésta se habría enriquecido injustificadamente al aprovechar sus inversiones en relación con la preparación del proyecto; en particular, B se habría ahorrado los costes de los cástines realizados por A, y cuyo resultado fue sin duda aprovechado por B, pues la película fue, al parecer, interpretada por los actores preseleccionados por A. El Tribunal Superior Territorial desestima la acción: B no ha interferido en una posición jurídica que otorgue a A facultades de exclusión; pues, pese a sus esfuerzos inversores, las posibilidades de negocio relativas al proyecto emprendido por A no han sido normativamente reservadas a A.

Nótese que, desde esta perspectiva, la aplicación por los tribunales españoles de la teoría del contenido de atribución para delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la acción de enriquecimiento injustificado del artículo 32.1.6.^a de la LCD –donde, como ahora se expondrá, se recoge, de forma inequívoca, dicha teoría– puede resultar, en algún caso, discutible; como, por ejemplo, en el caso *Elle c. Interviú*.

La SJMER Barcelona núm. 2 25-IV-2008¹¹⁹ conoció del siguiente caso: la conocida actriz y modelo Elsa Pataky celebró un contrato con la editora de la revista *Elle*, por el que aquélla prestaba su consentimiento a posar, desnuda y semidesnuda, para un reportaje fotográfico a celebrar en la Riviera Maya (México), y autorizaba, asimismo, para la publicación de las fotografías en el número de mayo de aquella revista. Después de la celebración –con éxito– del reportaje, y con anterioridad a su correspondiente publicación, las partes del contrato tuvieron noticia de que, durante el transcurso de la sesión fotográfica, un *paparazzo* no autorizado realizó distintas fotografías a la modelo, en la que ésta aparecía desnuda o semidesnuda¹²⁰. El fotógrafo vendió, posteriormente, las fotografías a la editora de la revista *Interviú*, que las publicó con anterioridad a la publicación del número de *Elle*. Con independencia de las acciones de la modelo frente a la revista *Interviú* por la publicación no autorizada de su imagen¹²¹, *Elle* interpuso demanda

¹¹⁹ La Ley 18028/2008. Resolución confirmada por la SAP Barcelona (Secc. 15.^a) 17-XI-2009, caso *Elle c. Interviú*, AC 2010/794.

¹²⁰ Como resulta fácil intuir, estas fotografías se distinguían claramente, por su contenido y contexto, de las realizadas para *Elle*.

¹²¹ Que fueran desestimadas inicialmente, al entenderse que, en el caso, prevalecía el interés público informativo, cfr. SAP Madrid (Secc. 18.^a) 1-XII-2009, caso *Elsa Pataky*, AC 2010/300, que revoca la anterior SJPI Madrid núm. 40 6-I-2009, AC 2011/556, que había condenado a los medios que publicaron las fotografías sin la autorización de la actriz

contra *Interviú*, al considerar que la conducta de ésta constituía un acto de competencia desleal y solicitó, entre otras pretensiones, la restitución de las ganancias que esta segunda revista obtuvo por la venta de los ejemplares donde se reproducían las fotografías litigiosas¹²². El JMER apreció la deslealtad de la conducta de *Interviú* sobre la base de la cláusula general de prohibición de competencia desleal [art. 5 LCD (hoy art. 4.1 I LCD)]; y ello, en esencia, porque: (i) los responsables de la publicación en *Interviú*, «sin título alguno que legitimara su actuación y empleando procedimientos contrarios a las exigencias de la buena fe, invadieron una producción ajena»; y (ii) las mismas personas «también se aprovecharon del esfuerzo inversor que tuvo que realizar [la titular de la revista *Elle*] para lograr la exclusiva y de los gastos que soportó para llevar a cabo las sesiones fotográficas» (FJ 10). Por ello, la decisión estima las acciones declarativa y de cesación (arts. 32.1.1.^a, 32.1.2.^a) y, asimismo y sin mayor reflexión, la de restitución del enriquecimiento (art. 32.1.6.^a LCD) en los términos apuntados. La SAP Barcelona (Secc. 15.^a) 17-XI-2009 confirma la resolución del JMER; en relación con el fundamento del reproche de deslealtad, sostiene que: «(...) la publicación de las fotografías obtenidas durante un reportaje o producción fotográfica ajena sin mediar autorización, ha permitido a las demandadas entrar en competencia con la actora ahorrándose los costes anudados no solo a la realización del reportaje sino, también, a los previos de negociación para acceder a su realización y apropiándose de los resultados derivados del esfuerzo llevado a cabo por la actora en su actividad empresarial e intrometiéndose [sic] en el ámbito de su exclusiva. Ello impide concluir que la conducta concurrencial de los demandados lo sea por méritos o por eficiencia, debiendo merecer el reproche de desleal por ser objetivamente contrario a la buena fe» (FJ 2); en cuanto a la pertinencia de la condicção: «(...) en relación a la acción de enriquecimiento injusto estimada por la sentencia recurrida, es una acción que se dirige a reintegrar al titular el provecho económico obtenido indebidamente por el autor de los actos de competencia desleal, pues la Ley de Competencia Desleal ha recogido una condicção por intromisión. La reparación del daño, en que se comprende el lucro cesante, trata de reponer el menoscabo sufrido, mientras que la pretensión de enriquecimiento intenta transferir al actor la ganancia conseguida por el competi-

por intromisión en su derecho a la propia imagen. No obstante, la STS 24-VII-2012 (Roj STS 5731/2012) ha revocado la resolución de la AP y ha confirmado la condena al medio impuesta en la primera instancia.

¹²² En la demanda, esta pretensión se fundó en el antiguo artículo 18.5 LCD (hoy art. 32.1.5.^a LCD), es decir, como una acción indemnizatoria por los daños causados por el acto desleal. No obstante, este planteamiento normativo no debió de encajar en los esquemas dogmáticos del JMER, que corrigió el fundamento normativo elegido por la demandante en los siguientes términos: «dado que (...) en la demanda se determina la cantidad reclamada a partir de los beneficios obtenidos por las demandadas, la acción que se ejercita, en definitiva, es la del enriquecimiento injusto del apartado sexto del artículo 18. Al amparo de dicha norma se autoriza al demandante a reclamar todo el provecho económico obtenido por un tercero a costa del propio actor» (FJ 12). Adviértase, en todo caso, que es más que discutible que la acción de enriquecimiento injustificado tenga por objeto la restitución de ganancias, como desarrollaremos *infra* 5.1.

dor desleal, esto es, todo el valor obtenido como consecuencia de los actos de competencia desleal (...)» (*ibid.*).

Repárese, no obstante, en que el hecho de que la conducta de *Interviú* fuera considerada antijurídica desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal –lo que, en este caso, parece cierto desde el correcto entendimiento de los actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y su encuadramiento en la cláusula general de prohibición de competencia desleal¹²³– no determina *per se* una intromisión en una posición jurídica con contenido de atribución (o, en la terminología del artículo 32.1.6.^a LCD, en una «posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico»), ni, por consiguiente, que el legitimado activamente para las acciones declarativas y de cesación esté igualmente legitimado (sustantiva y procesalmente) para la acción de enriquecimiento (cfr. art. 33.1 *in fine* LCD). Para ello, es necesario, en efecto, que las inversiones realizadas por la revista *Elle* en relación con la preparación del reportaje fotográfico en cuestión –en esencia, la obtención del consentimiento o autorización de la modelo para posar para el reportaje y la predisposición del escenario del reportaje– le confirieran una posición jurídico-exclusiva sobre la base de la cual pueda impedir la captación y publicación de otras imágenes de la modelo durante la realización de dicho reportaje. Y, en este sentido, el concepto de contenido de atribución remite a las siguientes preguntas: la (innegable) ventaja patrimonial obtenida por *Interviú* con ocasión de su conducta desleal frente a *Elle* consistente en la publicación de las imágenes de la modelo en aquella revista, ¿estaba reservada en exclusiva a *Elle*? ¿Dispone ésta de un título jurídico sobre la base del cual pueda defender válidamente que la oportunidad económica de publicar las imágenes finalmente publicadas por *Interviú* estaba originaria o derivativamente atribuida a su patrimonio? Y, sobre lo anterior, parece claro que, por el mero esfuerzo inversor realizado por *Elle* para la realización de *su* reportaje, ésta no obtuvo una posición jurídico-exclusiva sobre la captación y reproducción de cualquier imagen de la modelo durante el desarrollo de dicho reportaje; y que, por ello, el fundamento de la *condictio* apreciado por los tribunales en este caso no puede aceptarse sin graves reservas. De hecho, el contenido atributivo de la posición de *Elle* respecto de la explotación de las fotografías litigiosas de *Interviú* solo podría fundarse, a nuestro modo de ver, en su eventual titularidad derivativa de derechos de imagen, esto es, de derechos de explotación sobre la imagen de la modelo, cedidos por ésta en exclusiva a la revista (sucesión constitutiva), de manera que *Elle* fuera titular de una posición jurídica dotada de absolutidad, similar a la que tendría, p. ej., un cesionario exclusivo de derechos de autor o un licenciatarío exclusivo de derechos de propiedad industrial. Pero ello, se enfrentaría igualmente, en este caso, a dos objeciones, la segunda de las cuales parece insuperable: (i) el derecho a la propia

¹²³ Cfr. MASSAGUER, J., «La cláusula de prohibición de la competencia desleal», en FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R. (Dir.), *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 115-127 y, esp., pp. 119-120.

imagen, reconocido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LO 1/1982 es inalienable o intransmisible (*ex art. 1.3 LO 1/1982*); lo que determina, en buena lógica jurídica, que su titular no puede transferir total o parcialmente a un tercero el contenido de protección que le ha sido conferido en exclusiva, de manera que dicho tercero adquiera, respecto al objeto transmitido, una posición jurídica idéntica o similar a la que ostentaba el titular originario o su causahabiente. Es cierto, no obstante, que la doctrina del TC –y, en menor medida, de la Sala 1.ª del TS– en relación con la distinción entre la vertiente constitucional del derecho a la propia imagen y la llamada vertiente patrimonial permite, con alguna cautela todavía, construir, en el ordenamiento español, una institución jurídico-subjetiva, ajena a la lógica normativa de la LO 1/1982, y sobre la base de la cual pueda transmitirse parcialmente su contenido de protección (sobre la base de una sucesión constitutiva); (ii) no obstante lo anterior, resulta francamente difícil defender que, en el caso en cuestión, la eventual cesión de derechos de imagen de la modelo a *Elle* cubría las imágenes litigiosas, esto es, unas imágenes de naturaleza estética claramente distinta a las que fueron objeto de autorización por medio del contrato con *Elle*.

En síntesis, todo parece indicar que, en el caso *Elle c. Interviú*, la ventaja patrimonial obtenida por *Interviú* solo estaba reservada –atribuida– a la modelo, es decir, a su posición jurídica consistente en la titularidad de su derecho a la propia imagen¹²⁴; aunque, lógicamente, el nacimiento de una pretensión restitutoria (*condictio*) frente a *Interviú* está condicionado a que la conducta de ésta pueda ser considerada como antijurídica o, mejor dicho, que pueda ser encuadrada como una intromisión ilegítima en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular del derecho¹²⁵.

Por ello, no resulta dudoso que la determinación del contenido atributivo de una determinada posición jurídica y, en consecuencia, su idoneidad para conferir a su titular una *condictio* por intromisión no debe atender: (i) exclusivamente, a la antijuricidad de la conducta del intromisor¹²⁶; ni (ii) al mero esfuerzo inversor realizado por el

¹²⁴ *Vid.*, sobre el contenido de atribución del derecho a la propia imagen, *infra* 3.2.3.

¹²⁵ Lo que, como ha quedado dicho, fue inicialmente descartado por los tribunales al apreciar la existencia de un interés público informativo que legitima la intromisión de *Interviú*, pero esa ilicitud ha sido finalmente confirmada por la citada STS 24-VII-2013. Sobre la relación entre ámbito de protección de la *condictio* y libertades de información y expresión, *vid. infra* 3.2.3.

¹²⁶ Tal como se ha apuntado ya, el hecho de que, p. ej., *Interviú* se aprovechara deslealmente del esfuerzo inversor realizado por *Elle* y, como consecuencia de ello, incurriera en actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno de la actividad de ésta prohibidos según la LCD, no determina que la posición jurídica de *Elle* esté protegida por la acción de enriquecimiento injustificado. Piénsese igualmente en este otro ejemplo: B, sociedad titular de un hotel, consciente de que la fachada del edificio en el que se encuentran sus instalaciones no es muy atractiva, utiliza, en su página web, la imagen de la fachada de otro hotel situado al lado de aquél, y para cuya restauración A, su propietario y titular del hotel, ha invertido grandes cantidades de dinero. A dispone, ciertamente, de acciones declarativas, de cesación y de remoción por el acto de competencia desleal (*ex arts. 31.1 1.ª, 2.ª y 3.ª LCD* en relación con los arts. 5 y 12 LCD); mas no de una *condictio por intromisión ex artículo 32.1.6.ª LCD*: en Derecho español, el propietario de un bien material

titular de la posición jurídica infringida, en la medida en que dichas inversiones no culminen en el reconocimiento o concesión de un derecho de exclusiva (p. ej., un derecho de propiedad intelectual o industrial) o de una posición jurídico-subjetiva de contenido jurídico y económico análogo¹²⁷ (p. ej., un secreto empresarial o, en general, uno de los llamados derechos atípicos sobre bienes inmateriales¹²⁸); ni, en fin, (iii) al ahorro de costes que haya experimentado el intromisor, puesto que el concepto de contenido de atribución no atiende a la situación patrimonial del intromisor, sino a la del titular del derecho o de la posición jurídica afectada y, más en particular, a si la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor estaba atribuida o reservada en exclusiva a dicho titular.

Con todo, el concepto del contenido de atribución no está exento de dudas y, como se ha dicho juiciosamente, adolece de una cierta tautología¹²⁹; lo que resulta particularmente cierto desde su asunción normativa en el artículo 32.1.6.^a de la LCD.

Esta norma nos dice que la acción de enriquecimiento por intromisión «sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico», esto es, cuando constituya una

carece de un derecho de explotación (derecho de exclusiva) sobre la reproducción de la imagen de su bien y, por tanto, las ventajas patrimoniales que se obtengan con dicha reproducción no están atribuidas normativamente al propietario del bien.

¹²⁷ Por este motivo, son irrelevantes al respecto las inversiones que *Elle* haya realizado para obtener su posición jurídica; o las que, en el caso de la nota anterior, haya realizado la sociedad A titular del hotel para restaurar la fachada de su edificio. Ello no conlleva, por sí mismo, la adquisición de una posición jurídica dotada de contenido de atribución; del mismo modo que la *Nippon Television Network* no adquirió dicha posición respecto de la reproducción y distribución de las obras pictóricas de la Capilla Sixtina por el mero hecho de que dicha sociedad invirtiera 4.200.000 USD en su restauración (tomamos este último ejemplo de NIMMER, D., «Copyright in the Dead Sea Rolls. Authorship and Originality», *Hous. L. R.*, 2001, pp. 33-35); así como tampoco el Estado de Sajonia-Anhalt (Alemania) adquirió un monopolio de explotación sobre la reproducción de la imagen del Disco Celeste de Nebra por su mera condición de propietario del objeto arqueológico hallado (*vid.* OHLY, A., «Von einem Indianerhäuptling, einer Himmelsscheibe, einer Jeans und dem Lächeln der Mona Lisa – Überlegungen zum Verhältnis zwischen Urheber- und Kennzeichenrecht», en PAHLOW, L./EISFELD, J. [Hrsg.], *Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 209-210; y ello, sin perjuicio de que pueda resultar discutible si adquirió derechos de propiedad intelectual por su condición de divulgador de una obra inédita en el dominio público, *vid.* sobre esto último, LG Magdeburg 16-X-2003, *GRUR*, 2004, núm. 8, pp. 672-674; GÖTTING, H.-P./LAUBER-RÖNSBERG, A., «Noch einmal: Die Himmelsscheibe von Nebra», *GRUR*, 2007, núm. 4, pp. 303-304).

¹²⁸ Sobre este último concepto y las vías de su protección (indirecta), *vid.* MASAGUER, J., «Naturaleza, protección y titularidad de los derechos audiovisuales sobre eventos deportivos (A propósito de la resolución del BGH de 18 de noviembre de 1997)», *ADI*, 1997, *passim*, esp., pp. 289-293; *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 42 y ss.; *Comentario a...*, cit., p. 551; OHLY, A., «Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?», en OHLY, A./BODEWIG, T./DREIER, TH./GÖTTING, H.-P./HAEDICKE, M./LEHMANN, M., *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricke zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2005 «Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?», *passim*, esp., pp. 107-118.

¹²⁹ Cfr., así, WENDEHORST, CH., «§ 812», cit., p. 1.103 (Rdn. 122).

intromisión en una posición jurídica dotada de contenido de atribución¹³⁰; pero, para determinar qué posiciones (aparte de los derechos de exclusiva, es decir, de los derechos subjetivos absolutos) tienen contenido de atribución y, por ello, están protegidas por la *condictio*, se produce una remisión a otras normas, p. ej., y en el supuesto analizado, a la propia normativa del Derecho contra la competencia desleal, que determinará aquellas posiciones que, sin contar con la protección de un derecho de exclusiva, presentan un contenido económico (y jurídico) análogo a éste y están protegidas por las acciones características de protección de los derechos subjetivos absolutos (acciones inhibitorias [cesación y prohibición] y de remoción) y, por ello, su titular debe disponer asimismo de una acción restitutoria de enriquecimiento injustificado¹³¹.

De ahí, que no hayan faltado, recientemente, nuevas propuestas doctrinales que, partiendo de este concepto, hayan tratado de añadir algún matiz o criterio complementario que sirva al propósito de definir, con mayor precisión, el ámbito objetivo de la *condictio* por intromisión¹³². Se trata, no obstante, de criterios singularmente orientados a adaptar la aplicación de la teoría del contenido de atribución a determinados ámbitos prácticos complejos —como el de los derechos de la personalidad, como ahora se expondrá¹³³—, en los que la protección de la posición jurídica del titular debe compatibilizarse con la libertad de actuación característica de la estructura económica de un orden jurídico liberal-competitivo¹³⁴ o con la inexistencia de un mercado (lícito o ilícito) en el que poder tasar razonablemente la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor¹³⁵.

¹³⁰ Cfr., por todos, PAZ-ARES, C., «La indemnización...», cit., p. 1.819; MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., p. 549.

¹³¹ Cfr., en este sentido, MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., p. 551. *Vid.*, también, sobre las similitudes entre la estructura dogmática de las acciones de protección de los derechos subjetivos absolutos y las de las posiciones jurídicas protegidas por el Derecho contra la competencia desleal, PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust. (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)», *RDM*, 1981, p. 74; PORTELLANO, P., «Art. 13», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 172.

¹³² Sobre estos criterios, *vid.* ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 368-402; LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 170-172; SCHWAB, M., «§ 812», cit., pp. 1.418-1.429 (Rdn. 246-252); BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 75-88 y 128-141.

¹³³ *Vid. infra* 3.2.3.

¹³⁴ *Vid.* MESTMÄCKER, E. J., «Eingriffserwerb und...», cit., *passim*; y, esp., BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 82-88 y 131-136; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 412, 444-450 y 453-467.

¹³⁵ *Vid.*, sobre esta inquietud y su proyección restrictiva del ámbito de la *condictio* en general, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 172; LARENZ, K./CANARIS, C. W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 170-172; KOZIOL, H., «Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter?», en BUCHER, E./CANARIS, C. W./HONSELL, H./KOLLER, TH. (Hrsg.), *Norm und Wirkung. Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65.*

En cualquier caso –y con independencia de lo que se concretará para el caso de los derechos de la personalidad– resulta oportuno concluir que el concepto de contenido de atribución es, inevitablemente, el punto de partida para fundar dogmáticamente la acción de enriquecimiento injustificado en Derecho español y, sobre todo, para delimitar su ámbito objetivo de aplicación; y ello, no solo porque nuestra doctrina se haya decantado siempre por esta tesis mayoritaria¹³⁶; sino porque el legislador español –a diferencia del alemán– ha reconocido dicha teoría como el fundamento dogmático de una concreta acción de enriquecimiento injustificado por intromisión¹³⁷. No obstante, se imponen dos matices a la asunción de dicha teoría.

Por un lado, el contenido de atribución no deja de expresar (y erigirse en) una cláusula abierta idónea para identificar aquellas posiciones jurídicas que merecen ser protegidas por medio de una acción restitutoria de enriquecimiento injustificado; pero que, coherentemente, deber ser completada mediante criterios de política jurídica (y no de dogmática jurídica)¹³⁸. Dicho de otro modo: no es el concepto de contenido de atribución el que determina qué posiciones jurídicas presentan dicho contenido y, por tanto, están protegidas por la *condictio* por intromisión. Dichas posiciones se definen por la protección que les confiere un particular ordenamiento jurídico; y ello, en atención a unos criterios de política jurídica previamente definidos.

Sirva de ejemplo el llamado derecho de imagen sobre las cosas: anteriormente, nos hemos referido al caso de la reproducción de la imagen de un edificio sin la autorización de su propietario y hemos afirmado –casi en el límite de la provocación– que, con independencia de que dicha conducta pueda representar en relación con el propietario un acto antijurídico¹³⁹, este propietario carece de acción

Geburtstag, Stämpfli, C. H. Beck, Bern, München, 2005, *passim*; SCHWAB, M., «§ 812», cit., p. 1.419 (Rdn. 249); WENDEHORST, CH., «§ 812», cit., p. 1.104 (Rdn. 124-125).

¹³⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., p. 119; «*Commodum ex...*», cit., p. 1.610; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Enriquecimiento injustificado», cit., p. 2.807; PANTALEÓN, F., «La Constitución, el honor y unos...», cit., p. 1.694 (nota 24); BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 68 y ss., esp., pp. 75 y 110-111; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 161.

¹³⁷ Se trata, como va reiteradamente dicho, del artículo 32.1.6.^a LCD. *Vid.*, de nuevo, sobre ello y por todos, PAZ-ARES, C., «La indemnización...», cit., p. 1.819; MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., p. 549.

¹³⁸ Esta idea –no siempre debidamente advertida por la doctrina alemana actual– se encuentra ya en SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 448.

¹³⁹ P. ej., como se ha propuesto para un caso particular, porque dicha conducta representa un acto de competencia desleal (acto confusión o acto de explotación de la reputación ajena); o, simplemente, porque constituye un ilícito de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 CC (p. ej.: reproducción de la imagen de una casa en el catálogo de una inmobiliaria sin autorización o por más tiempo del autorizado, de manera que genera la impresión de que se trata de una casa con dificultades para ser vendida); o

de enriquecimiento para restituir en su patrimonio la ventaja patrimonial obtenida por aquel que explota de forma no autorizada la imagen del objeto sobre el que recae su derecho de propiedad. No ignoramos que, en otros ordenamientos, se ha planteado la posibilidad o conveniencia de que el derecho de propiedad comprenda una facultad exclusiva para autorizar o prohibir dichos usos o que el propietario pueda encontrar protección frente a esta pretendida intromisión en su derecho de propiedad por medio de una acción indemnizatoria¹⁴⁰. Pero, precisamente por ello, creemos que ésta no es una cuestión dogmática, que pueda ser resuelta por medio de una depuración abstracta del concepto de contenido de atribución. Como decíamos, entendemos que, hoy por hoy, en Derecho español, el derecho de propiedad no confiere a su titular una posición jurídica con contenido atributivo respecto al uso o explotación de la reproducción de la imagen del objeto de su derecho; pero ello, no porque lo determine el propio concepto de contenido de atribución, sino porque no se advierten en nuestro ordenamiento datos normativos que apunten al reconocimiento de dicho derecho de imagen sobre las cosas. En efecto, en nuestro Derecho legislado, no se vislumbran disposiciones normativas que aludan a un derecho exclusivo del propietario de un bien sobre el control de la imagen de éste. Tampoco nuestros tribunales parecen predispuestos a acoger pretensiones con este objeto, a pesar de que, como se comprenderá, deben de producirse, en nuestro país, conflictos de intereses parecidos a los de la jurisprudencia comparada citada¹⁴¹. No

una infracción del derecho a la intimidad personal o familiar de la LO 1/1982 (p. ej.: publicación no autorizada en una revista de fotografías que reproducen el interior de la casa de un personaje de notoriedad pública).

¹⁴⁰ *Vid.*, p. ej., en la jurisprudencia francesa, Cass. civ. 10-III-1999, caso *Gondrée*, *D.*, 1999, jurisp., pp. 319-321; Cass. ass. plén. 7-V-2004, caso *Hôtel de Girancourt*, *D.*, 2004, jurisp., p. 1.545; Cass. civ. 5-VII-2005, caso *Le patrimoine des communs de France*, *Gaz. Pal.*, 2005, 3474; en la alemana, destaca recientemente, BGH 17-XII-2010, caso *Preußische Gärten*, *GRUR*, 2011, núm. 4, pp. 323-327. A nivel doctrinal, *vid.*, entre otras referencias, en la doctrina francesa, ZENATI, F., «Du droit de reproduire les biens», *D.*, 2004, chron., pp. 962-969; GEIGER, CH., «La remise en cause du droit à l'image des biens : une privatisation du domaine public enfin freinée ?», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2005, núm. 6, pp. 6-8 ; en Italia, RESTA, G., «L'appropriazione dell'immatériale. Quali limiti?», *Dir. Inf.*, 2004, pp. 29-41; FUSI, M., «Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità», *Diritto Industriale*, 2006, pp. 89-115; en Alemania, WAGNER, G., «§ 823», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2009, p. 1.791 (Rdn. 114-115); WANCKEL, E., «Auf dem Weg zum «Recht am Bild der eigenen Sache»?», *NJW*, 2011, núm. 25, pp. 1.779-1.781; y, desde una perspectiva comparada, SCHACK, H., «Fotografieren fremder Sachen», *ZEUP*, 2006, pp. 150-157.

¹⁴¹ *Vid.*, así, SJMER Palma de Mallorca núm. 1 27-IV-2007, JUR 2008/62482 / SAP Baleares (Secc. 5.ª) 30-VII-2008, AC 2009/822, caso *Café del Mar*: los dos copropietarios de una finca rústica demandaron a las distintas personas responsables de la edición y comercialización del CD «*Café del Mar Vol. 11*», debido a que, en la carátula de éste, se reproducía la imagen de la *Torre des Savinar* y una roca pintada con «*la imagen de un Buda*». El fundamento de la demanda parece ser que, en la medida en la que los objetos reproducidos se hallan ubicados en la propiedad de los demandantes, éstos ostentan –originaria o derivativamente– los derechos de propiedad intelectual sobre las imágenes en cuestión. Lógicamente, el JMER y la AP –desde la óptica del derecho de autor– desestiman íntegramente la demanda; STS 21-V-2009, caso *autobuses EMT – Periodistas y Médico de Familia*, RJ 2009/3188: pretensiones (declarativas e

existe, pues, un derecho exclusivo de esta clase; a lo más a lo que se puede llegar, desde el ordenamiento español, es a plantearse la conveniencia del reconocimiento de este derecho¹⁴².

Por otro lado –y estrechamente relacionado con lo anterior–, nos parece que la utilidad del concepto de contenido de atribución trasciende el ámbito del Derecho del enriquecimiento y se proyecta, con singular relevancia, sobre la teoría general del concepto de derecho subjetivo¹⁴³; lo que resulta decisivo para entender su funcionamiento práctico, especialmente, en relación con los derechos de la personalidad. Así, el reconocimiento de un derecho absoluto y de un contenido de atribución permite comprender que el titular del derecho del que cabe predicar dichas notas no solo ostenta una titularidad exclusiva sobre el ámbito objetivo del derecho de manera que pueda excluir la intromisión de terceros en éste; sino que, en buena lógica, dicho titular estará

indemnizatorias) de la *Empresa Municipal de Transportes de Madrid* contra una productora y una cadena de televisión que usaron, sin autorización, la imagen de los autobuses de aquella en dos series televisivas Las pretensiones –estimadas en la segunda instancia, pero revocadas en la casación– tampoco se fundaron en la titularidad del derecho de propiedad sobre los autobuses o, en particular, en una supuesta posición exclusiva sobre la reproducción de su imagen.

¹⁴² Vid., así, REYES LÓPEZ, M. J., «Imagen y bienes», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 216. En una conclusión poco reflexionada, BLASCO GASCÓ (cfr. *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 103-104) afirma que «conforma el derecho de propiedad la facultad de explotar económicamente el bien y, por tanto, también la explotación económica de su imagen. La propiedad de un bien otorga a su titular el derecho exclusivo a su explotación económica en todas las formas posibles, incluidas las reproducciones de la imagen del mismo, la cual se configura como una de sus utilidades». Igualmente de forma poco convincente, G. BERCOVITZ ÁLVAREZ (cfr. «Otros: cesión de derechos de imagen y bienes de la personalidad. Merchandising», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [Dir.], *Tratado de contratos*, IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 4.616 [Rdn. 855]) ha llegado a afirmar, al hilo de la protección de la «imagen de cosas», y en especial de la protección frente a la explotación no autorizada de la imagen de «perros adiestrados o especiales en la publicidad», que «(q)uizás la única vía de protección en algunos casos será el enriquecimiento injusto, pero es evidente que no parece apropiado que un anunciante utilice la imagen de un perro especial (que es cuidado, mantenido de forma especial por su dueño con ese propósito) por la que otro anunciante sí que ha tenido que pagar. Y por la que habría tenido que pagar más para prolongar su campaña». Cabe insistir, de nuevo, en que, en la configuración técnica –no como expediente de equidad– de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión, es irrelevante el esfuerzo inversor del titular de la posición, así como los costes que se haya ahorrado el supuesto intromisor.

¹⁴³ Vid., así, LARENZ, K./WOLF, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., C. H. Beck, München, 2004, pp. 243-244 (Rdn. 15-20); ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 407-430 y, esp., 437 y ss.; KOZIOL, H., «Gewinnherausgabe bei sorgfaltswidriger Verletzung geschützter Güter», en BEUTHIEN, V./FUCHS, M./ROTH, H./SCHIEMANN, G./WACKE, A. (Hrsg.), *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, Carl Haymann, Köln, 2009, p. 246; se intuye la misma idea en OHLY, A., «Volenti non fit iniuria». *Die Einwilligung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 393.

en condiciones de generar –esto es, atribuir o asignar– ventajas en el patrimonio de terceros¹⁴⁴.

3.2 El contenido de atribución de los derechos de la personalidad incorporal

3.2.1 LA PROTECCIÓN DEL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN POR MEDIO DE LA TÉCNICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Del modo en que se ha visto en el apartado anterior, el reconocimiento de una acción de enriquecimiento injustificado por intrusión se halla vinculado al alcance y naturaleza del conjunto de facultades garantizadas a los titulares de determinadas posiciones jurídicas subjetivas, particularmente, de los derechos subjetivos absolutos. Y, en este sentido, no resulta dudoso que la protección jurídica (civil) de la persona frente a la lesión de su honor, de su intimidad o de su propia imagen en Derecho español se configura, desde hace tiempo, bajo la lógica de los derechos subjetivos, y ello, por medio de la técnica de los derechos de la personalidad.

En apretada síntesis, puede afirmarse que la teoría de los derechos de la personalidad –cuyos orígenes históricos, muy a pesar de lo que gusta de pensar a una parte de nuestra doctrina, no se hallan en la transposición privatista de las inquietudes personalistas y publicistas de la teoría de los derechos humanos¹⁴⁵– representa una

¹⁴⁴ Nótese que, con ello, no nos pronunciamos sobre los mecanismos jurídicos de que dispone el titular de un derecho para atribuir (asignar, generar) esa ventaja patrimonial a un tercero. Y, como se comprenderá, serán muy distintos aquellos mecanismos que confieren, p. ej., el derecho de propiedad inmobiliaria o los derechos de patente o de marca, de aquellos que confieren los derechos (fundamentales) de la personalidad incorporal de la LO 1/1982. Y por otro lado, repárese en que *ventaja patrimonial* es un concepto amplio: incluye tanto el incremento patrimonial que experimenta el adquirente por compraventa de una marca o el cesionario de derechos de autor, como el que adquiere el beneficiario del consentimiento o autorización por el cual un enfermo terminal le concede una entrevista para poder ser publicada junto a su imagen en una revista.

¹⁴⁵ Sino en las sucesivas clasificaciones de los derechos sobre los bienes inmateriales de finales del s. XIX en las obras de los juristas alemanes CARL GAREIS (1844-1923), OTTO VON GIERKE (1841-1921) y JOSEF KOHLER (1849-1919); y ello, bajo la pretensión de concebir una categoría idónea para dar respuesta, bajo la estructura de un derecho subjetivo que tiene por objeto un bien de naturaleza inmaterial, a los ya frecuentes casos jurisprudenciales de explotación comercial no autorizada de los rasgos distintivos de la personalidad ajena; y, de esta manera, bajo la pretensión de concebir una institución equilibrada en la tensión entre intereses personales y patrimoniales en un contexto claramente económico y competitivo. Sobre el origen histórico de la categoría de los derechos de la personalidad, *vid.* GAREIS, C., «Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes», *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts*, 1877, esp., pp. 185-187, 191-199, 199-202; VON GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, pp. 702-717; KOHLER, J., «Zur Konstruktion des Urheberrechts», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1895, pp. 246-249; *Das Autorrecht*,

técnica de protección de la persona consistente en el reconocimiento de derechos subjetivos absolutos sobre unos determinados atributos de la personalidad, y cuya función es la de, por un lado, articular un sistema de remedios de reintegración del derecho subjetivo lesionado (pretensiones inhibitorias, de remoción y restitutorias), así como facilitar la tutela resarcitoria del daño ocasionado en aquellos atributos; y, por otro lado, explicar de forma razonable y coherente el ejercicio de la autonomía privada de los titulares de estos derechos y sus límites.

Como resulta fácil comprobar desde la experiencia del Derecho español, la técnica de los derechos de la personalidad ha evolucionado de forma dispar, en función de su proyección en el ámbito de lo que puede denominarse esfera corporal (derechos de la personalidad corporal) o en el de la esfera incorporea (derechos de la personalidad incorporea). Para los primeros –los eventuales derechos subjetivos que un ordenamiento jurídico pueda reconocer sobre diversos atributos de la personalidad relacionados con el cuerpo de la persona–, la técnica de los derechos de la personalidad no se ha desarrollado con toda su extensión, e incluso puede resultar discutible –o, simplemente, innecesario– afirmar que la persona tenga reconocido un derecho subjetivo absoluto, en los términos apuntados, sobre el uso o explotación de su cuerpo. Desde luego, no resulta ajeno a esta consideración el hecho de que, respecto a estos eventuales derechos, rigen unas inequívocas restricciones a la posibilidad de que su titular pueda rentabilizar los intereses económicos que puedan subyacer en sus atributos corporales¹⁴⁶.

eine zivilistische Abhandlung, Fischer, Jena, 1880, pp. 73 y ss.; *Das Recht des Markenschutzes*, Stahel, Würzburg, 1884, p. 77; «Das Individualsrecht als Namenrecht», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1891, pp. 88 y 91-92; y, en la doctrina historiográfica, LEUZE, D., *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1962, *passim*, esp., p. 62 y 111 y ss.; SCHEYHING, R., «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», *AcP*, núm. 158, 1960, pp. 503-525; KLIPPEL, D., «Die Theorie der Persönlichkeitsrechte bei Karl Gareis (1844-1923)», en LOEWENHEIM, U. / RAISER, T. (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag*, Deutscher Fachverlag, Frankfurt am Main, 1994, *passim*, esp., pp. 214, 225-226.

¹⁴⁶ Esta restricción aparece fijada, en el ámbito europeo, y con claridad, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (ratificado por el Estado español por instrumento de 23 de julio de 1999), cuyo art. 21 (*Prohibición de lucro*) proclama que «(e)l cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro». En el mismo sentido, el art. 3 de la Carta de Derechos Fundamental de la Unión Europea establece –después de reconocer el derecho de toda persona «a su integridad física y psíquica»– «la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro». Esta prohibición –que no significa, claro está, la negación de la autonomía privada de la persona respecto a sus atributos corporales– aparece, de forma recurrente, en la normativa española relativa a la protección de la integridad física de la persona. Así, en el ámbito de la extracción y trasplante de órganos, se establece una prohibición de remuneración por la cesión de éstos (art. 2 Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos; art. 8.1 RD 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos). La misma prohibición rige para la donación de sangre (art. 4.1 RD 1088/2005, de 16 de septiembre, que establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión). En cuanto a las técnicas de reproduc-

En cambio, para los derechos de la personalidad incorporal –cuya potencialidad económica está presente desde el mismo inicio de la teoría de los derechos de la personalidad¹⁴⁷ y para los que no rigen prohibiciones de aprovechamiento patrimonial como las citadas–, resulta obvia la necesidad de conferir a la persona las facultades características de la protección de los derechos subjetivos absolutos; especialmente en atención a la naturaleza inmaterial de su objeto, de la que se desprenden las consabidas notas de ubicuidad, simultaneidad y multiplicidad de formas o modalidades de su explotación; y que determina que el titular carezca de vías de exclusión física de terceros¹⁴⁸; de ahí que, por otro lado, sea aconsejable acercar el estudio de los instrumentos de protección del titular de los derechos de la personalidad incorporal a la dogmática y soluciones normativas previstas en el Derecho de los bienes inmateriales o de la propiedad intelectual e industrial¹⁴⁹.

Prueba de esta diferenciación, como se apuntaba, es la experiencia de nuestro ordenamiento: en éste, la protección jurídica de la personalidad incorporal se articula –de forma inequívoca, desde la CE (art. 18.1) y la LO 1/1982– bajo la técnica del derecho subjetivo, y ello, por medio de tres conceptos (honor, intimidad y propia imagen), cuyo arraigo en nuestro ordenamiento jurídico para con-

ción asistida, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida califica la donación de gametos y preembriones como un «contrato gratuito» (art. 5.1); esto es, una «donación» que «nunca tendrá carácter lucrativo o comercial»; a pesar de la posibilidad de que el donante obtenga una «compensación económica resarcitoria» para «compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se pueden derivar de la donación» (art. 5.3). Finalmente, en el contexto de la investigación biomédica, la Ley 14/2007, de 3 de julio, señala, en la línea de los instrumentos internacionales citados, que «la donación y la utilización de muestras biológicas humanas será gratuita, cualquiera que sea su origen específico, sin que en ningún caso las compensaciones que se prevén en esta Ley puedan comportar un carácter lucrativo o comercial» (art. 7.1); añadiéndose, además, que dicha donación implica «la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo con dichas muestras biológicas» (art. 7.2).

¹⁴⁷ En relación con los casos jurisprudenciales que están en el origen de la teoría de los derechos de la personalidad, *vid.*, entre otras, en Francia, Tribunal civil de la Seine 16-VI-1858, caso *Rachel, D.*, 1858, III, p. 62: comercialización no autorizada en unos almacenes comerciales de un dibujo a lápiz que representa a una conocida artista de la época; Tribunal comm. Seine 8-VI-1886, caso *Sarah Bernhardt, Ann. prop. ind.*, 1894, pp. 349-353: explotación no autorizada del nombre de la conocida actriz teatral Sarah Bernhardt (1844-1923) para comercializar un perfume; en Italia, Trib. civ. Milano 27-V-1903, caso *Aida di Frati, Giur. it.*, 1903, I, 2, pp. 713-716: comercialización de postales con la imagen de una conocida cantante sin su consentimiento; Trib. civ. Roma 23-XII-1903, caso *pillole Pink, Giur. it.*, 1904, I, 2, pp. 75-78: ilicitud de la explotación de la imagen de un menor para el anuncio de unas pastillas contra el dolor de estómago; en Alemania, RG 21-XII-1921, caso *Rausch, RGZ*, 103, 1921, pp. 319-322: explotación no autorizada de la imagen de un actor para unas postales promocionales de una película del director de origen alemán Ernst Lubitsch (1892-1947).

¹⁴⁸ P. ej., la imagen de una persona que padece un virus puede ser usada o explotada para un anuncio publicitario (cfr. SAP Madrid [14.ª] 18-V-2007, caso *paciente VIH, JUR* 2007/200126); pero, simultáneamente, puede ser usada para ilustrar un tratado médico; o para la campaña benéfica de una fundación; o para el anuncio de una conocida marca de ropa.

¹⁴⁹ *Vid.*, sobre este planteamiento conjunto y sus razones, DREIER, TH., *Kompensation und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 57-75.

densar las manifestaciones incorpóreas de la personalidad está fuera de toda duda.

Ello no excluye, claro está, la consideración de que la protección jurídica de la personalidad debe completarse por medio de normas o cláusulas principales que permitan extender razonablemente la tutela a situaciones no específicamente comprendidas en el ámbito objetivo del derecho (subjetivo) de la personalidad. Pero tampoco cabe olvidar que discutir si, de dichas normas principales –como, p. ej., la contenida en el art. 10.1 CE– puede extraerse el reconocimiento de un derecho subjetivo de naturaleza privada sobre la personalidad en general carece de especial interés en un ordenamiento como el nuestro, en el que la lesión de un derecho subjetivo no es requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual del CC¹⁵⁰; del mismo modo que resulta innecesario configurar cualquier manifestación del desarrollo de la personalidad bajo la lógica del derecho subjetivo¹⁵¹.

No obstante, la idoneidad de los derechos de la personalidad incorporal del ordenamiento español –esto es y como queda dicho, de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen– para conferir a su titular una acción de enriquecimiento injustificado por intromisión presupone, además y con carácter general, poder caracterizar la posición jurídica reconocida al titular como derecho subjetivo absoluto (3.2.2); y, en fin, que dichos derechos posean contenido de atribución (3.2.3).

3.2.2 LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD INCORPORAL COMO DERECHOS SUBJETIVOS ABSOLUTOS

La absolutidad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen ha sido largamente predicada por la caracteriza-

¹⁵⁰ Cfr., por todos, PANTALEÓN, F., «Comentario al...», cit., pp. 1.972 y 1.994. Como se insistirá, el resarcimiento de los daños causados no es el único remedio contra una lesión a la personalidad; de ahí que, *a priori*, aquellos intereses relacionados con la personalidad que, si bien protegidos por el ordenamiento, no se configuran como derechos subjetivos –esto es, confiriendo al titular una conjunto ordenado de remedios reintegración del derecho lesionado– ostenten una protección –*a priori*, insistimos– menor que aquellos que sí constituyen el objeto de un derecho subjetivo, sin perjuicio de que por otras vías ajenas a la técnica del derecho subjetivo puedan alcanzar soluciones parecidas a las que ofrece éste. *Vid.*, en todo caso, *infra* 6.1.

¹⁵¹ Como afirma, con claridad, CARRASCO PERERA «(...) todas las realizaciones positivas de la personalidad humana (...) quedan amparadas en este principio y valor constitucional [del libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE], sin necesidad de elaborar para ello (...) un derecho civil a mantener relaciones sexuales, a creer en la reencarnación de Buda o a pintar nuestra casa de color verde» (cfr. *Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 79). La misma idea –con menor gracejo– había sido expresada ya por DE CASTRO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *ADC*, 1959, p. 1.256; o ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, pp. 364-365; y, con anterioridad, por KOHLER, J., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, Carl Heymanns, Berlin, 1906, p. 150.

ción doctrinal clásica de los derechos de la personalidad¹⁵². Sin embargo, esta aproximación ha limitado usualmente el alcance de dicha característica a la aptitud de estos derechos para desplegar eficacia general o *erga omnes*¹⁵³; lo que –aparte de su

¹⁵² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 11.ª ed., Madrid, 2003, p. 329; MONTÉS PENADÉS, V.L., «El significado institucional y técnico de la idea de persona», en LÓPEZ, Á. / MONTÉS, V.L. (Coords.), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 158; «Derechos de la personalidad y derechos fundamentales», en LÓPEZ, Á. / MONTÉS, V.L. / ROCA, E., *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 181-182; «La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales», en CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1.389; LACRUZ BERDEJO, J.L. / DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil*, I-2, *Parte General. Personas*, 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 59; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, 18.ª ED., Edisofer, Madrid, 2009, p. 446; HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Los derechos de la personalidad», en PUIG FERRIOL, LL. / GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / GIL RODRÍGUEZ, J. / HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 333; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Los derechos de la personalidad», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. / DE PABLO CONTRERAS, P. / PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. / PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho Civil I*, Colex, Madrid, 1998, p. 463; O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pp. 176-177; GONZÁLEZ POVEDA, P. / MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. / PAZ RUBIO, J.M., «Los derechos de la personalidad», en SANTOS BRIZ, J. (Dir.) / SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Tratado de Derecho Civil*, I, Bosch, Barcelona, 2003, p. 373; LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 192; CABEZUELO ARENAS, A.L., *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 94-95; ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 47; CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos de la personalidad», *RGLJ*, 1952, p. 22; *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I-2, 11.ª ed., Reus, Madrid, 1971, p. 337; DÍEZ DÍAZ, J., «¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?», *RGLJ*, 1963, I, p. 878; GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Imagen (Derecho a la propia)», en VV. AA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XI, Seix, Barcelona, 1962, pp. 333 y 338; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., «Construcción jurídica de los derechos de la personalidad», en *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño el día 29 de marzo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, p. 99; GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, p. 51. En la doctrina portuguesa, MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 103; CAPELO DE SOUSA, R.V.A., *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 401-402. En la alemana, PEIFER, K.-N., *Individualität im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 133. En la suiza, BUCHER, A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 2.ª ed., Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1992, p. 141. En la italiana, GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, 10.ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli / Roma, 2003, p. 176.

¹⁵³ Cfr., p. ej., LACRUZ BERDEJO, J.L. / DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de...*, I-2, cit., p. 59; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Los derechos...», cit., p. 463; HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Los derechos de...», cit., p. 333; MONTÉS PENADÉS, V.L., «El significado...», cit., p. 158; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I*, cit., p. 446; GONZÁLEZ POVEDA, P. / MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. / PAZ RUBIO, J.M., «Los derechos...», cit., p. 373; CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos...», cit., p. 22; ROGEL VIDE, C., *Bienes de...*, cit., p. 47; O'CALLAGHAN, X., *Libertad de...*, cit., pp. 176-177. En la doctrina portuguesa, CAPELO DE SOUSA, R.V.A., *O direito...*, cit., pp. 401-402. En la suiza, BUCHER, A., *Personnes physiques...*, cit., p. 141. La mayoría de autores citados suelen precisar –de forma claramente innecesaria– que dicha absolutitud no implica que los derechos de la personalidad sean derechos ilimitados.

inanimidad¹⁵⁴— ha implicado olvidar las importantes consecuencias prácticas que se desprenden del reconocimiento a los titulares de una posición jurídica absoluta sobre determinados atributos de su personalidad incorporal¹⁵⁵.

Así, como ha quedado apuntado anteriormente, la esencia del reconocimiento de derechos absolutos reside, por un lado, en la asignación de un bien en exclusiva a su titular, de manera que éste adquiere una posición jurídica que le permite exigir la abstención de los demás no autorizados—por norma jurídica o por el propio titular— para la intromisión en la esfera delimitada por el objeto del derecho¹⁵⁶. En el caso de los derechos de la personalidad incorporal, su reconocimiento como derechos absolutos implica, de este modo, la decisión de asignar en exclusiva unos determinados atributos de la personalidad—en nuestro caso, honor, intimidad e imagen— a su titular, restringiendo la libertad de actuación de los demás en este ámbito. Si bien normalmente aquella atribución de bienes responde a razones esencialmente económicas¹⁵⁷, en el caso de los derechos de la personalidad, la justificación de la mencionada restricción responde a necesidades *esencialmente* de índole moral o personal: se trata de evitar que un tercero no autorizado por el titular o no amparado por un interés legalmente protegido use o explote un rasgo de la personalidad incorporal del titular¹⁵⁸.

¹⁵⁴ La oponibilidad frente a todos de unos derechos cuyo cometido es proteger a su titular frente agresiones externas a los atributos de la personalidad es algo indudable, y que no requiere de su sistematización explícita como rasgo típico del funcionamiento práctico de los derechos de la personalidad incorporal.

¹⁵⁵ *Vid.*, no obstante, con rigor, Díez-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de...*, I, cit., p. 329; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La categoría...», cit., pp. 1.389-1.390.

¹⁵⁶ *Vid.*, sobre el concepto de derecho absoluto, LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 1980, p. 200; LARENZ, K. / WOLF, M., *Allgemeiner Teil...*, cit., p. 250 (Rdn. 2); KÖHLER, H., *BGB Allgemeiner Teil*, 34.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, p. 232 (§ 17 Rdn. 7); BROX, H. / WALKER, W.-D., *Allgemeiner Teil des BGB*, 34.^a ed., Franz Vahlen, München, 2010, p. 268 (Rdn. 631); BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 494. Con particular rigor, PAZ-ARES, C., «El ilícito...», cit., p. 74, para quien el derecho subjetivo absoluto se caracteriza por «la asignación de un poder de dominio positivo, cuyas características serían la estabilidad, la concesión de un poder de disposición autónomo y la monopolización de su objeto a favor de un individuo».

¹⁵⁷ De ahí que la doctrina clásica redujera el ámbito del derecho subjetivo a aquellas situaciones jurídicas que tienen como finalidad garantizar una ventaja económica al titular, *vid.*, p. ej., CAPITANT, H., «Sur l'abus des droits», *RTDC*, 1928, p. 372.

¹⁵⁸ En la doctrina alemana, PEIFER, K.-N., *Individualität im...*, cit., pp. 147-149, niega que, en el reconocimiento de derechos de la personalidad, se produzca el fenómeno atributivo que nosotros describimos, pues para este autor la función de estos derechos se limita a garantizar el *ser* del titular, pero no el *tener* (cfr. p. 148). Aparte del carácter esencialmente retórico de la argumentación y que, desde nuestros postulados, los derechos de la personalidad cumplen funciones más prosaicas que las que le atribuye este autor, se advierte que el razonamiento de PEIFER trata simplemente de excluir que los derechos de la personalidad concedan a su titular una posición, en cuanto a la disposición del derecho, similar a la de los derechos de propiedad intelectual. Pero ello, como enseguida explicaremos, no depende de la cuestión de si un ordenamiento jurídico asigna o no bienes de la personalidad a su titular, sino de cómo dicho ordenamiento configura normativamente las facultades que integran el contenido del derecho de la personalidad.

Por otro lado, debe recordarse que el reconocimiento de un derecho absoluto implica, asimismo, la asignación a su titular de todos los rendimientos derivados de su ejercicio¹⁵⁹. Y, si bien la finalidad principal de la concesión o reconocimiento de un derecho subjetivo sobre un determinado atributo de la personalidad responde a la necesidad de asignar un bien en exclusiva a su titular para garantizar a éste una posición jurídica esencialmente defensiva, la lógica del derecho subjetivo sigue siendo plenamente aplicable a los derechos de la personalidad¹⁶⁰. De manera que, si los atributos de la personalidad que configuran el objeto de estos derechos absolutos adquieren un valor económico, éste corresponde en exclusiva al titular del derecho; quien, para rentabilizar este valor económico contará con las facultades que integran el contenido del derecho de la personalidad; unas facultades singulares y que, como es sabido, están, en Derecho español, normativamente configuradas de forma restrictiva¹⁶¹.

En este sentido, resulta igualmente oportuno precisar que la adquisición de valor económico por parte de los atributos de la personalidad es un fenómeno ajeno tanto a la técnica de los derechos de la personalidad, como a la eventual configuración normativa de éstos en un concreto ordenamiento jurídico. De acuerdo con Peter Schlechtriem (1933-2007), el establecimiento de un mercado de determinados atributos de la personalidad es un *Faktum*, independiente del reconocimiento legal de un contenido patrimonial de los derechos de la personalidad¹⁶².

¹⁵⁹ Cfr., de nuevo, HECK, Ph., *Grundriß des Schuldrechts*, cit., pp. 421 y 426.

¹⁶⁰ Apuntan esta idea DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de...*, cit., p. 329. Vid., asimismo, CARRASCO PERERA, A., *Derecho Civil*, cit., p. 80, quien, en sede de los derechos de la personalidad, sostiene que «(p)recisamente la construcción de la figura del derecho subjetivo tiene la utilidad de reservar al titular del derecho un conjunto de facultades que éste monopoliza mediante una defensa absoluta frente a terceros y que rentabiliza mediante la exclusiva del poder de disposición sobre este derecho».

¹⁶¹ Especialmente, por la consideración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos intransmisibles (art. 1.3 LO 1/1982) y por su consiguiente disposición restringida por medio del consentimiento o autorización del art. 2.2 LO 1/1982.

¹⁶² Cfr. SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 457; apunta, además, este autor que el tratamiento jurídico de esa realidad comercial no puede realizarse simplemente desde una actitud de desaprobación; en un sentido parecido, vid. PEUKERT, A., «Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte?», *ZUM*, 2000, p. 713. Compárese esto último con la opinión, en nuestra doctrina, de FRANQUET SUGRAÑES, M.T., *El contrato de personalidad merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 269, quien considera, de forma apodíctica, que los derechos de la personalidad, «como tales, no producen beneficios económicos y no se pueden comercializar»; o de MACÍAS CASTILLO, A., «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», *La Ley*, 2008, II, D-94, p. 1.794, para quien los derechos de la personalidad, «como tales [...] están fuera del comercio de los hombres y no pueden ser objeto de negocio, ni gratuito, ni oneroso»; y, según el cual, «tratándose de menores», «el aprovechamiento económico que pudiera realizarse de aspectos relacionados con el honor y la intimidad no pueden ser objeto de intercambio o cesión de ningún tipo, ya que otra lectura comprometería el libre desarrollo de la personalidad del menor y el derecho a su dignidad como persona».

Lo que sí corresponde al legislador –como se apuntaba– es la determinación de los instrumentos jurídicos por medio de los cuales los titulares de los derechos absolutos de la personalidad incorporal pueden rentabilizar el valor económico que el mercado atribuye sus bienes de la personalidad. Así, la configuración normativa del contenido de los derechos de la personalidad incorporal deberá decidir si, por ejemplo, el titular de dichos derechos puede transmitir posiciones jurídicas absolutas a un tercero para que éste explote eficientemente aquellos bienes o si, por otro lado, tras la muerte del titular originario dichas posiciones se transmiten a los herederos. Pero, de esta manera, manifestaciones genéricas –ya sean legales, doctrinales o jurisprudenciales– por las cuales se afirma que el titular de los derechos de la personalidad incorporal ostenta una facultad de explotación o un monopolio de explotación sobre el contenido patrimonial de su derecho carecen de una especial significación jurídica, más allá de la que, como decimos, se desprende de la propia configuración de la posición jurídica reconocida a los titulares de atributos de la personalidad incorporal como derecho subjetivo absoluto.

3.2.3 LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD INCORPORAL COMO DERECHOS CON CONTENIDO DE ATRIBUCIÓN

El reconocimiento por parte de un ordenamiento jurídico de derechos subjetivos absolutos sobre determinados atributos o rasgos distintivos de la personalidad, de manera que –como acabamos de ver– su titular adquiera una posición exclusiva sobre los rendimientos derivados de su uso o explotación ha llevado a plantearse si, de ello, se desprende inmediatamente el reconocimiento a favor del titular de una pretensión para restituir en su patrimonio el enriquecimiento que obtiene el tercero que usa o explota dichos atributos o rasgos de forma no autorizada.

En nuestra doctrina, Federico de Castro (1903-1983), de forma precursora, sostuvo que «el aprovechamiento injustificado de los bienes de la personalidad origina una obligación al abono del beneficio obtenido¹⁶³». De manera parecida, Díez-Picazo / Gullón afir-

¹⁶³ Cfr. «Los llamados...», cit., p. 1.261. Es curioso que DE CASTRO empleara este argumento para afirmar que la configuración de los bienes de la personalidad como derechos subjetivos llevaría a ignorar tal extremo; algo que, ciertamente, así ha sido, en Derecho español, donde el ejercicio de acciones de enriquecimiento por intromisión en los derechos de la personalidad es inexistente en la práctica. No obstante, conviene precisar que la configuración de tales bienes como derechos subjetivos (absolutos) es un buen indicio, precisamente, de su idoneidad para la aplicación de la *condictio* por intromisión. Posteriormente, el autor afirmó, con usual autoridad, que «*el uso no consentido de la imagen de una persona, en un anuncio, con fines de publicidad, como adorno en objeto venal, dará lugar a (...) (e)l exigir, en su caso, el abono del precio normal de la inserción de la*

man que «(e)l hecho de que se trate [los derechos de la personalidad] de derechos absolutos determina, además, que los beneficios obtenidos de una indebida invasión o lesión de derechos de la personalidad han de ser considerados como enriquecimiento injustificado y se debe al titular de los derechos la restitución de lucros¹⁶⁴». Ya de forma general, Díez-Picazo ha llegado a afirmar que «puede y debe entenderse que toda intromisión indebida o ilegítima en el ejercicio de un derecho de carácter absoluto, y en especial el indebido ejercicio por otro del *ius fruendi*, debe dar lugar a una *condictio* o acción de enriquecimiento¹⁶⁵». Sigue a este autor, Montés Penadés, quien, con referencia a los «derechos de la personalidad», y «por tratarse de derechos absolutos», sostiene que «los beneficios obtenidos de una indebida invasión o lesión de estos derechos han de ser considerados como un enriquecimiento injusto y se debe al titular la restitución de los lucros¹⁶⁶»; lo que considera trasladable en general «a los derechos fundamentales, que generan también un deber general de respeto, y pueden ser calificados como absolutos¹⁶⁷».

En las aproximaciones más detalladas, este razonamiento se ha acompañado usualmente del recurso al ya analizado concepto de contenido de atribución, bajo la impresión de que éste puede –por sí solo o complementado con otros criterios– discernir aquellos casos en los que resulta razonable reconocer la *condictio* por intromisión al titular de un derecho de la personalidad de aquellos otros en los que esta posibilidad se presenta como la consecuencia de un razonamiento exclusivamente dogmático, carente de sentido práctico.

Es recurrente, en este sentido, el ejemplo propuesto por Canaris: la víctima de un delito de violación, en tanto que intromisión ilegítima en el derecho de la personalidad a la integridad física y psíquica, ¿ostenta, aparte de las acciones penales y de las pretensiones resarcitorias por el daño moral, una *condictio* contra el violador por el precio usual en el mercado de servicios sexuales¹⁶⁸? Desde la misma lógica, y acaso con algo más de orientación práctica, podemos preguntarnos si la persona a quien indebidamente se le extrae sangre en un hospital, ¿tiene una pretensión por el enri-

imagen con fines publicitarios o de lucro, como restitución del enriquecimiento ilícito» (cfr. DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972, p. 21).

¹⁶⁴ Cfr. *Sistema de...*, cit., p. 329.

¹⁶⁵ Cfr. «Art. 125», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 1.695.

¹⁶⁶ Cfr. «La categoría...», cit., p. 1.495.

¹⁶⁷ Cfr. *ibid.*

¹⁶⁸ Cfr. LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 171-172. El mismo ejemplo es utilizado por RIXECKER, R., «Das allgemeine Persönlichkeitsrecht», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2012, p. 334 (Rdn. 250) y, entre nosotros, por BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, p. 137.

quecimiento obtenido por éste?¹⁶⁹; y, si a esa misma persona se le extrae un órgano que, posteriormente, es vendido en el mercado negro, ¿tiene esta víctima una pretensión para obtener el precio obtenido por la venta ilegal o el precio del órgano¹⁷⁰?; o, ya en nuestro ámbito de estudio, ¿ostenta la persona que ha sido difamada por un medio de comunicación una *condictio* por el precio por el que hubiese autorizado la intromisión en su derecho al honor¹⁷¹?; o, ¿tiene un ministro cuya imagen ha sido utilizada de forma no autorizada en un anuncio publicitario una pretensión –con independencia de los daños que ello le haya causado– para exigir el precio usual que dicha explotación posee en el mercado publicitario¹⁷²?

Desde esta perspectiva, resulta habitual plantearse si los derechos de la personalidad presentan, con carácter general, contenido de atribución y si éste es determinante del reconocimiento de la pretensión de enriquecimiento injustificado en derecho ajeno. Y, en este sentido, el Derecho alemán ha admitido claramente ambos extremos en relación con los derechos a la imagen y al nombre, es decir, aquellos cuya repercusión patrimonial es más notoria; pero existen dudas en cuanto a otras manifestaciones del derecho general de la personalidad.

A pesar de que algún autor negó, en un primer momento, la existencia de contenido de atribución en los derechos de la personalidad¹⁷³, los tribunales no tuvieron reparos en admitir la *Eingriffskondiktio* sobre la base del contenido de atribución del derecho a la propia imagen, *vid.* BGH 8-V-1956¹⁷⁴; así como

¹⁶⁹ *Vid.* el caso *Moore v. Regents of University of California*, 51 Cal.3d 120 (1990), resuelto por la Corte Suprema de California: una persona, a quien se le había diagnosticado una leucemia, se sometió a una serie de análisis clínicos en el centro médico de la Universidad de California. En una de estas pruebas –consentida por el afectado–, se le extrajeron a éste importantes cantidades de sangre, pero no para una finalidad terapéutica, que es para la que, de hecho, había autorizado el paciente; sino para una actividad relacionada con las tareas de investigación que realiza aquel centro, y que finalmente concluyeron con la obtención por parte del equipo investigador de una valiosa patente sobre una línea celular.

¹⁷⁰ Se plantea este caso KOZIOL, H., «Bereicherungsansprüche bei...», *cit.*, p. 465.

¹⁷¹ Se plantean este supuesto PANTALEÓN, F., «La Constitución, el honor...», *cit.*, pp. 1.689-1.695; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, p. 137.

¹⁷² Éste el supuesto de hecho que se planteó en la decisión del BGH 26-X-2006, caso *Oskar Lafontaine*, JZ, 2007, pp. 475-477.

¹⁷³ *Vid.* MESTMÄCKER, E.J., «Eingriffserwerb und...», *cit.*, p. 525; y, en relación con el derecho general de la personalidad, HUBMANN, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.^a ed., Böhlau, Köln, 1967, p. 363.

¹⁷⁴ Caso *Paul Dahlke*, GRUR, 1956, núm. 9, pp. 427-430: un conocido actor de cine acordó con un fotógrafo la realización de una sesión para la obtención de fotografías que pudieran ser explotadas por el propio actor. Con posterioridad, el fotógrafo, sin la autorización del actor, cedió los derechos de explotación de una de las fotografías (en las que se veía al actor sentado en una motocicleta) a una empresa, para que ésta pudiera utilizarla en una importante campaña publicitaria. Esta empresa se aseguró de que el fotógrafo había obtenido previamente el consentimiento del actor para la publicación de su imagen en dicha campaña publicitaria, por lo que exigió a aquél que, en el contrato de cesión de los derechos sobre la fotografía, declarara por escrito que contaba con la autorización del actor; lo que éste hizo, a pesar de no contar, en realidad, con ella. El actor demandó al fotógrafo y a la empresa por intromisión en su derecho a la imagen. El BGH estima la acción resarcitoria contra el fotógrafo, pero desestima la misma acción contra la empresa,

respecto del derecho al nombre, *vid.* BGH 26-VI-1981¹⁷⁵; e incluso a manifestaciones de la personalidad que, si bien es dudosa su configuración como derecho subjetivo, adquieren un valor económico, *vid.* OLG Hamburg 8-V-1989¹⁷⁶. De acuerdo con la posición de los tribunales, la doctrina ha admitido la existencia de dicho contenido de atribución en aquellos derechos de la personalidad en los que se da una posibilidad de comercialización o una posibilidad de obtener una remuneración por la autorización para la intromisión en cuestión¹⁷⁷; y ha subrayado, asimismo, en contra de un argumento empleado anteriormente en la jurisprudencia, la irrelevancia del hecho de que el titular del derecho de la personalidad no hubiese autorizado la intromisión a cambio de precio¹⁷⁸. El contenido de atribución también se predica, con el límite apuntado, respecto del derecho general de la personalidad¹⁷⁹.

ya que ésta no actuó de forma negligente; la empresa responde, no obstante, por la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen sobre la base del enriquecimiento injustificado obtenido.

¹⁷⁵ Caso *Carrera*, *NJW*, 1981, núm. 44, pp. 2.402-2.403: una compañía dedicada a la comercialización de coches de carreras de juguete reprodujo, en las cajas de éstos, la imagen de uno de los coches titularidad de la empresa del demandante, apareciendo el nombre de éste en la imagen del coche, dando a entender su vinculación con los juguetes. El BGH admite la pretensión de enriquecimiento por la lesión de la facultad de comercialización del derecho al nombre. *Vid.* una traducción del caso al inglés en *IIC*, 1983, núm. 2, pp. 288-292.

¹⁷⁶ Caso *Heinz Erhardt*, *GRUR*, 1989, núm. 9, p. 666: imitación de la voz de un conocido actor para un anuncio publicitario para la radio.

¹⁷⁷ Cfr. SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 453; *Schuldrecht. Besonderer...*, cit., p. 313 (Rdn. 750); LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 171-172; LIEB, M., «§ 812», cit., p. 1.328 (Rdn. 263); ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 783; WENDEHORST, CH., «§ 812», cit., Rdn. 130; SCHWAB, M., «§ 812», cit., pp. 1.426-1.427 (Rdn. 272); KLASS, N. «Anhang zu § 12», en WESTERMANN, H.P. / GRUNEWALD, B. / MAIER-REIMER, G., *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011, p. 106 (Rdn. 321). Esta posición es seguida por BGH 26-X-2006, que resuelve el caso *Oskar Lafontaine*: si bien el Tribunal Federal Supremo entendió que el anuncio publicitario estaba amparado por la libertad de expresión, arguyó –a mayor abundamiento– que la estimación de la pretensión restitutoria por enriquecimiento injustificado no procedía, pues el ministro, a pesar de poseer un derecho subjetivo sobre su propia imagen, no estaba facultado para consentir válidamente (con finalidad comercial) el uso publicitario de su imagen como ministro federal (*ex art.* 66 GG, que prohíbe el desarrollo de actividades remuneradas al canciller y a los ministros federales). *Vid.* una crítica, desde la doctrina austriaca, KOZIOL, H., «Bereicherungsansprüche bei...», cit., *passim*, esp., pp. 461-468.

¹⁷⁸ El Tribunal Supremo Federal alemán había seguido este razonamiento, p. ej., en BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*) y BGH 14-II-1958 (caso *jinete aficionado*, *GRUR*, 1958, núm. 8, pp. 408-411). *Vid.*, más detalles y una crítica en GÖTTING, H.-P., *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, pp. 50-57; CANARIS, C.W., «Gewinnabschöpfung bei...», cit., pp. 85-109; SCHLECHTRIEM, P., «Privacy, Publicity and Restitution of Wrongful Gains: Another New Economy?», *Oxford University Comparative Law Forum* (<http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem.shtml> [ufc: 20-X-2011]), 2001, pp. 1-2. En BGH 26-X-2006 (*Oskar Lafontaine*), el Tribunal modifica su anterior criterio y asume la posición de la doctrina de los autores. *Vid.*, sobre esta cuestión, *infra* 5.2.

¹⁷⁹ Cfr. SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 449 y ss.; CANARIS, C.W., «Gewinnabschöpfung bei...», cit., p. 88; MEDICUS, D., *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2007, p. 135. En contra, entre otros, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 783.

Sin ser un tema que haya sido extensamente debatido en nuestra doctrina¹⁸⁰, sí parece que existe cierto consenso en la admisión –con ciertas restricciones– del contenido de atribución de determinados derechos de la personalidad, a los efectos de dar entrada a la figura de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno en esta sede.

Así, Díez-Picazo admite esta posibilidad respecto «de algunos derechos de la personalidad, cuando su reconocimiento tuviera por objeto otorgar exclusiva [sic] determinados provechos o lucros¹⁸¹»; como extensión de esta idea, el propio autor ha explicado que «si la atribución del derecho tiene como finalidad garantizar el aprovechamiento de los lucros por existir algún tipo de mercado (p. ej., derecho a la imagen), la respuesta es afirmativa, pero en cambio, es negativa cuando tales derechos (p. ej., derecho al honor o derecho al buen nombre) no pueden ser objeto de lícito comercio. En tales casos, la intromisión sólo genera una indemnización del daño¹⁸²»; y, más recientemente, ha recordado que «la *condictio* sólo se da en aquellos derechos de la personalidad dirigidos normalmente a su explotación, como pueden ser la utilización de la imagen o algunos elementos de la privacidad con fines comerciales (...)»¹⁸³. Para Pantaleón, el *Zuweisungsgehalt* protege aquellos derechos o posiciones jurídicas cuya explotación tenga un valor de mercado; de manera que lo admite sin problemas en relación con el derecho a la propia imagen; negándolo para el derecho al honor y sin pronunciarse explícitamente respecto al derecho a la intimidad¹⁸⁴. Pero, probablemente, son Igartua y Basozábal quienes han dedicado mayor atención a la cuestión del contenido de atribución de los derechos de la personalidad en nuestra doctrina, si bien desde posturas opuestas. Para el primero, los derechos de la personalidad carecen de contenido de atribución (*rectius*, de *destinación*), pues «sólo tienen contenido negativo o de protección», ya que su función es simplemente la de conceder facultades defensivas; sin embargo, el «derecho patrimonial sobre los bienes de la personalidad» sí posee, según Igartua, contenido de atribución, lo que concede a sus titulares la acción de enriquecimiento injustificado¹⁸⁵.

¹⁸⁰ En la doctrina portuguesa, MENEZES LEITÃO, L., *Direito das...*, cit., p. 409, admite la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno en el ámbito de los derechos de la personalidad.

¹⁸¹ Cfr. *Fundamentos del...*, I, cit., p. 126.

¹⁸² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., «Commodum ex...», cit., p. 1.610.

¹⁸³ Cfr. *Fundamentos del...*, V, cit., p. 49. En idéntico sentido, «Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 252.

¹⁸⁴ Cfr. «La Constitución, el honor...», cit., p. 1.694 (nota 24). Le sigue, en este punto, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 54. En un sentido similar, parece situarse también CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y...», cit., p. 294.

¹⁸⁵ Cfr. IGARTUA ARREGUI, F., *Los derechos...*, cit., pp. 26-29; insiste este autor en que la negación del contenido de destinación de los derechos de la personalidad se desprende de la configuración de estos derechos como derechos subjetivos con contenido de protección (p. 29), con lo que las acciones propias de protección son «la *de cesación* y la *de omisión*» (p. 28). Algo que es incorrecto: la pretensión de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno cumple la función de reintegración de un derecho lesionado o usurpado (cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-93;

En una línea parecida, podrían situarse Martín Casals/Ruda González, quienes, en una posición no exenta de ambigüedad y de falta de desarrollo, sostienen que el contenido de atribución solo existiría, en rigor, en relación con los derechos reales¹⁸⁶.

Por su parte, Basozábal parece seguir una aproximación más acertada¹⁸⁷. Sin entrar en cuestiones como la naturaleza jurídica, disponibilidad o transmisibilidad de los derechos de la personalidad, este autor parte de que «*la comercialización de los bienes de la personalidad es hoy un dato (...) que vincula desde un punto de vista fáctico al ordenamiento jurídico*»; de manera que «*no puede considerarse social ni jurídicamente ilícito que una persona disponga de los bienes de su personalidad*¹⁸⁸». Por consiguiente, «*los bienes de la personalidad se convierten en objetos sobre los que sus respectivos titulares tienen reservadas plenas facultades excluyentes de explotación y cuya usurpación por terceros queda protegida por la Eingriffskondiktion*¹⁸⁹». No obstante, y en aplicación de los límites que, según Basozábal, determinan la concesión de esta *condictio* en general¹⁹⁰, la protección de los derechos de la personalidad está delimitada, «*de una parte, por la idea de libertad de actuación, y de otra, por la inexistencia de mercados lícitos para determinados bienes, a las que habrá que añadir las propias limitaciones económicas del mercado*¹⁹¹». Así, por la primera, el autor excluye de dicha *condictio* la publicación de datos privados amparados por las libertades de información y de expresión¹⁹²; por la segunda, excluye al derecho al honor, pues «*no resultaría muy coherente que el ordenamiento jurídico hiciera restituir el precio*

LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 170), de manera que se erige en un instrumento de protección de derechos subjetivos absolutos (cfr. PANTALEÓN, F., «La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en Derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el Derecho español», en VV.AA., *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 37, 2001, pp. 30-31). Por otro lado, la necesidad de la existencia de un derecho patrimonial sobre los bienes de la personalidad para fundar dicha acción de enriquecimiento –lo que también es más que discutible– es evidente en la obra de IGARTUA, cfr. *La apropiación comercial de la imagen y nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991, cit., p. 18: «(e)l right of publicity *soluciona varios problemas de orden teórico y práctico, como el dar un verdadero fundamento a la pretensión de recuperación del enriquecimiento injusto para utilización de la imagen (...)*». Como explicaremos (*infra* IV), la posibilidad de distinguir, en nuestro ordenamiento, entre, por un lado, los derechos (fundamentales) de la personalidad de la LO 1/1982 y, por otro, el llamado derecho patrimonial de imagen solo es relevante, en cuanto a la acción de enriquecimiento, en relación con la ubicación del fundamento normativo de esta acción en la LO 1/1982 o fuera de ella.

¹⁸⁶ Cfr. «El mal samarità...», cit., p. 538. La afirmación –que se apoya en nota 181, en una cita que no se corresponde con la opinión mantenida posteriormente por el autor citado (cfr. *supra* nuestras notas 181 a 183)– se sitúa en el marco de una crítica al concepto de contenido de atribución del Derecho alemán dirigida, en esencia, a tratar de demostrar –por medio de argumentos heterogéneos de dudoso alcance y mérito– los límites del Derecho del enriquecimiento para conferir pretensiones de restitución de las ganancias indebidamente obtenidas por el intromisor en un derecho o posición jurídica ajenos.

¹⁸⁷ Vid. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 169-178.

¹⁸⁸ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 170.

¹⁸⁹ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 171.

¹⁹⁰ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 131-141.

¹⁹¹ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 172.

¹⁹² Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 176.

de un bien que carece de mercado lícito» y «porque el ordenamiento jurídico no permite concebir la reintegración económica de un bien indisponible¹⁹³». Por la tercera idea (limitaciones económicas del mercado), excluye o limita la restitución en aquellas intromisiones ilegítimas en facetas de la personalidad que carecen de valor de mercado o que «prácticamente tienen un “valor simbólico”», poniendo como ejemplo la imagen de «los desconocidos» (por oposición a «los modelos publicitarios, actores o famosos en general») ¹⁹⁴.

De estas consideraciones, parece desprenderse la conclusión de que, al menos en el ámbito de los derechos de la personalidad, los conceptos «derechos con contenido de atribución» y «ámbito de protección de la *condictio* por intromisión» no son necesariamente coincidentes ¹⁹⁵. Y, sobre esta diferenciación, puede afirmarse, por lo pronto, que los tres derechos (fundamentales) de la personalidad incorporal (honor, intimidad y propia imagen) del artículo 18.1 CE y de la LO 1/1982 son idóneos para poseer contenido de atribución, por cuanto dichas normas reconocen y garantizan a sus respectivos titulares una posición jurídica absoluta sobre el ejercicio del derecho y sobre los rendimientos o provechos derivados de su ejercicio. Como hemos visto, en la medida en que el mercado asigne un valor económico al uso o explotación de los atributos incorporales o rasgos distintivos de la personalidad, dicho valor pertenece en exclusiva al titular del derecho en cuyo objeto queda comprendida la facultad exclusiva de autorizar o prohibir dicho uso o explotación; y ello, con independencia del alcance y naturaleza de las facultades que el ordenamiento reconozca a este titular para explotar y rentabilizar su valor económico.

Ahora bien, por otro lado, no todas las posiciones jurídico-subjetivas dotadas de contenido de atribución confieren a su titular una acción de enriquecimiento injustificado. Para ello, resulta necesario, de acuerdo con las opiniones reproducidas, contar con un criterio complementario que permita explicar –con algo de seguridad– por qué en determinados casos no resulta razonable concebir o admitir la acción de enriquecimiento injustificado al titular del derecho de la personalidad infringido.

No nos parece, no obstante, que el criterio consistente en acudir a las libertades de información y de expresión sea de utilidad para concretar inequívocamente el ámbito protegido por las acciones de enriquecimiento por intromisión en los derechos de la personalidad

¹⁹³ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 172.

¹⁹⁴ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 177.

¹⁹⁵ En este sentido, en general, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 438.

incorporal¹⁹⁶. Si tomamos el ejemplo propuesto por Canaris¹⁹⁷ y Basozábal¹⁹⁸ –relativo a la publicación comercial de datos de la vida privada de una persona amparada por las libertades de información o de expresión–, habrá que convenir que, en efecto, el ordenamiento no atribuye al titular del derecho un monopolio sobre dicha explotación y, por tanto, dicho uso no consentido no está protegido por la *condictio*. Pero, en realidad, la solución al caso resulta algo más sencilla: como ha quedado apuntado (*supra* 3.1), el nacimiento de la pretensión restitutoria está condicionado a que la conducta del intromisor pueda ser considerada como antijurídica o, mejor dicho, que pueda ser encuadrada como una intromisión ilegítima en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular del derecho. Con ello, no estamos orientando el concepto de contenido de atribución al de anti-juricidad, ni mucho menos a la eventual protección por las normas de responsabilidad civil extracontractual¹⁹⁹; sino, simplemente, constatamos que la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión es, en relación con los derechos subjetivos absolutos, un instrumento o remedio de su protección y, más en particular, de reintegración de su lesión; por lo que, en aquellos casos en los que la conducta no es antijurídica, es decir, no es contraria al ámbito de poder garantizado en exclusiva al titular, no se ha producido ninguna alteración de la asignación normativa de bienes predispuesta por el ordenamiento y, por ello, no hay nada que reintegrar en el patrimonio del titular. Así, p. ej., un político no dispone, sobre la base de su derecho a la intimidad, de un monopolio de explotación o posición jurídica exclusiva sobre los datos de su trayectoria profesional, de manera que el ordenamiento le confiera la facultad de autorizar o prohibir la publicación de una biografía. Pero este mismo político quizá pueda ser titular, sobre la base del mismo derecho a la intimidad, de una facultad de autorizar o prohibir la publicación de un libro que dé cuenta sobre los secretos de una enfermedad²⁰⁰. Esta disparidad, no obstante, no debe llevar a negar que el derecho a la intimidad posea, en general, contenido de atribución; ni que su titular pueda tener reconocida a su favor una pretensión de enriquecimiento²⁰¹.

¹⁹⁶ *Vid.*, en un sentido parecido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, V, cit., p. 51.

¹⁹⁷ *Vid.* LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 174.

¹⁹⁸ *Vid.* BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 131 y 176.

¹⁹⁹ Como ha pretendido cierta doctrina alemana, cfr. LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 170 y 174.

²⁰⁰ *Vid.*, p. ej., el caso visto por –entre otras– Cass. civ. 14-XII-1999, caso *François Mitterrand II*, *JCP*, 2000, núm. 5, pp. 201-203: publicación, después de la muerte del Presidente de la República, de un libro titulado *Le grand secret*, en el que su autor –médico personal del Presidente– explica cómo se consiguió mantener el secreto sobre la enfermedad de cáncer que padecía éste. Evidentemente, determinar si una publicación como ésta queda amparada por el interés público informativo es una cuestión que no puede formularse apriorísticamente.

²⁰¹ Este planteamiento es asumido, también, por los dos autores citados. Para CANARIS, el hecho de que, en los supuestos analizados, no exista protección bajo las normas del Derecho de daños determina su exclusión, asimismo, del ámbito de la *condictio* (cfr. LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 170 y 174). Para BASOZÁBAL, quien critica con rigor las tesis del primero (*Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 76-77, esp., desde su idoneidad para el Derecho español), entiende –como hemos apuntado– que sin la ilicitud de la intromisión, es difícilmente concebible una acción de restitución «*de aquello que se hubiese tenido que pagar para acceder a la misma conforme a derecho*» (cfr. p. 177).

Por otro lado, tampoco parece que el recurso al criterio de la (in)existencia de mercado lícito sea de especial ayuda para el ámbito que nos ocupa, especialmente, cuando ello se hace —como Basozábal— simplemente para excluir al derecho al honor del ámbito de la *condictio*; pues esta conclusión puede alcanzarse sin necesidad de endilgar al derecho al honor la etiqueta de *bien indisponible*, y ello, porque, como ahora se recordará, no resulta acertado excluir la disponibilidad de este derecho (en el sentido de negar la facultad del titular de consentir o autorizar conductas que, de otro modo, serían consideradas como una intromisión en el derecho al honor).

Y, en fin, el criterio que lleva a excluir, con carácter general, la *condictio* por intromisión en aquellos casos en los que el valor de mercado del uso es *simbólico* o (aparentemente) inexistente resulta igualmente estéril. Ciertamente, es éste un criterio usual en el tratamiento doctrinal de la *Eingriffskondiktion* en Alemania²⁰²; que suele recurrir al caso del AG Hamburg 4-XI-1990²⁰³: demanda de un *ciudadano normal* contra una revista que había publicado su imagen, captada en la calle poniéndose un abrigo, en el marco de un reportaje sobre un teatro. El tribunal municipal, a pesar de estimar la acción de cesación tras considerar que la publicación de la fotografía litigiosa constituía una clara intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, desestima la acción de enriquecimiento, al entender que (i) el demandado no ahorró ningún coste con la publicación de la imagen del demandante; y (ii) en el caso de que el efigiado hubiese autorizado el uso de su imagen, no hubiese obtenido una remuneración. Pero, dejando de lado el hecho de que en casos como el citado lo discutible será si realmente existe una conducta infractora del derecho a la propia imagen por la probable presencia de un límite (imagen accesoria), conviene apresurarse a advertir que el mayor o menor (o escaso o inexistente) valor de mercado no se proyecta sobre la idoneidad de un derecho para conferir a su titular una acción de enriquecimiento; sino, en todo caso, sobre el alcance u objeto de la pretensión restitutoria. Por lo demás, el mercado permite, con cierta facilidad, asignar un valor económico al uso no autorizado de rasgos distintivos de personas que no son *modelos* (profesionales), *actores* ni *famosos*; cfr., p. ej., LG Hamburg 28-V-2010²⁰⁴: estimación de la *condictio* por intromisión por la publicación no autorizada en una revista regional de una fotografía de la boda de los demandantes; el precio de la autorización hipotética como valor de la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor se fija en 2.500 € para cada uno de los cónyuges efigiados.

En este sentido, parece que, en el caso de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y admitido su contenido de atribución, el criterio decisivo para definir los límites de la acción de enriquecimiento reside en la existencia de un *mercado usual* y *razonable* en el que acudir como medio de determinación y valora-

²⁰² Vid. SCHWAB, M., «§ 812», cit., p. 1.427 (Rdn. 273).

²⁰³ Caso *Normalbürger*, GRUR, 1991, núm. 12, p. 910.

²⁰⁴ Caso *boda regional*, GRUR-Prax, 2010, p. 298.

ción de la eventual ventaja patrimonial que adquiere el intromisor no autorizado; y ello, a fin de que, de este modo, la *condictio* por intromisión en derecho ajeno pueda desempeñar su función de reintegración del derecho lesionado. De esta manera, de conformidad con la conclusión alcanzada por la doctrina mayoritaria, dicha pretensión restitutoria se erige en un instrumento útil y eficaz de protección de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, pero no para el derecho fundamental al honor.

Veamos, a modo de síntesis, una serie de ejemplos que nos ayuden a precisar lo dicho en este apartado.

Caso 1 (STC 186/2001, caso *Isabel Preysler*²⁰⁵): publicación por parte de una revista de la entrevista con la que fue niñera de la hija de un conocido personaje de la prensa del corazón, y en la que da cuenta de datos pertenecientes a la vida privada y familiar de este personaje sin su autorización.

Caso 2 (CA Paris 22-X-1987, caso *Isabelle Adjani*²⁰⁶): la revista *Votre avenir Madame*, dedicada al horóscopo, publicó una entrevista falsa con una actriz francesa sin el consentimiento de ésta.

Caso 3 (STS 24-XII-2003, caso *ruta del bakalao*²⁰⁷): el suplemento *7 Días* del diario *El Mundo* publicó, en el marco de un reportaje sobre la presencia de las drogas en las formas de entretenimiento nocturno de determinados grupos de jóvenes, la imagen de un joven delante de la entrada de una discoteca. La foto, cuya publicación en el reportaje no fue consentida por el joven efigiado, había sido previamente publicada, con el consentimiento de éste, para un reportaje sobre los locales nocturnos de una concreta población.

Caso 4 [SAP Madrid (Secc. 14.ª) 7-XII-2005, caso *petardas*²⁰⁸]: un matrimonio consintió en que *El País Semanal* publicara una fotografía suya realizada en su hogar para ilustrar un reportaje sobre la colaboración del hombre en las tareas domésticas. El demandado digitalizó la fotografía en cuestión y la incorporó en un portal de Internet de contenido pornográfico, propiedad de una sociedad de aquél. La publicación digital de la fotografía –sin consentimiento de la pareja– se acompañó de unos comentarios burlescos sobre los efigiados, y ello en el marco de unas afirmaciones groseras sobre las aficiones sexuales de las amas de casa.

Caso 5 (STS 13-VII-2006, caso *niña con deficiencias auditivas*²⁰⁹): *La Opinión de Murcia* publicó un reportaje con el título *Discapacitados*, acompañándose de una fotografía en la que se veía la imagen de la hija menor de los demandantes en un centro escolar. El periódico en cuestión había obtenido la fotografía de

²⁰⁵ RTC 2001/186.

²⁰⁶ *D.*, 1988, I, p. 198.

²⁰⁷ RJ 2004/138.

²⁰⁸ JUR 2006/8577.

²⁰⁹ RJ 2006/4969. Resolución confirmada por STC 158/2009, RTC 2009/158.

una asociación de padres con niños con problemas auditivos, sin pedir autorización a los padres de la niña.

CASO 6 (SJPI Barcelona núm. 43 7-II-2003, caso *falsa orgía de los jugadores del Barça*²¹⁰): publicación en una cadena de televisión y en una página web de la noticia, cuya veracidad no se consiguió probar, de que determinados jugadores de un equipo fútbol habían celebrado una orgía sexual en un hotel de Madrid, la noche antes de disputar un partido oficial.

Caso 7 (SJPI Madrid núm. 44 13-IX-2007, caso *Ramoncín*²¹¹): publicación en una página web de diversas expresiones injuriosas y amenazadoras con respecto a un conocido personaje público.

En cada uno de los siete casos reseñados, se produce, como mínimo, una intromisión en uno de los –en la lógica de nuestro ordenamiento– derechos fundamentales de la personalidad del artículo 18.1 CE²¹². Nos gusta pensar, desde el Derecho español, que la respuesta jurídica a estos casos, una vez determinado el carácter ilegítimo de la intromisión, encuentra un fácil acomodo en el Derecho de daños: los titulares de los derechos infringidos disponen de una acción para reparar los daños causados²¹³. Sin embargo, como va reiteradamente dicho en este trabajo, el reconocimiento de derechos subjetivos absolutos sobre el honor, la intimidad y la propia imagen confiere a sus titulares, como se desprende de la propia LO 1/1982, un conjunto de pretensiones (inhibitorias y de remoción) que van más allá del resarcimiento de los daños ocasionados. Pero es que, además, conviene no perder tampoco de vista que las distintas intromisiones no autorizadas descritas suponen una injerencia en el contenido de atribución reconocido a los titulares de derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen; en todos los casos [a excepción, probablemente, del caso 6 (*jugadores del Barça*)] el ordenamiento jurídico había asignado la explotación del atributo de la personalidad en cuestión a los titulares en exclusiva. Teniendo en cuenta, asimismo, que, en los siete casos descritos, es claro que los intromisores obtuvieron una ventaja patrimonial con dichas explotaciones indebidas, surge la necesidad de preguntarse si los titulares afectados ostentaban, con independencia de las pretensiones inhibitorias, de remoción e indemnizatorias, una pretensión de restitución del enriquecimiento obtenido. Y, desde los criterios manejados en este apartado para determinar el contenido de atribución de un derecho subjetivo y la

²¹⁰ AC 2003/226.

²¹¹ *La Ley*, 19-X-2007.

²¹² Caso 1 (*Preysler*): derecho a la intimidad personal y familiar; caso 3 (*ruta del bacalao*): derecho a la propia imagen y derecho al honor; caso 4 (*petardas*): derecho a la propia imagen y derecho al honor; caso 5 (*niña con deficiencias auditivas*): derecho a la propia imagen; caso 6 (*jugadores del Barça*): derecho al honor; caso 7 (*Ramoncín*): derecho al honor. Más problemas presenta la calificación de la ilicitud en el caso 2 (*Adjani*), si bien puede entenderse que, en el caso, la entrevista falsa supone una lesión del derecho a la intimidad y, posiblemente, al derecho al honor y, además, en la medida que la imagen de la conocida actriz fue también publicada junto a la entrevista, al derecho a la propia imagen.

²¹³ *Vid.*, no obstante, sobre la confusión entre remedios de reintegración del derecho subjetivo lesionado y remedios de reparación del daño, *supra* 6.1.

relevancia de éste en el ámbito de protección de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno, no parece que haya problemas en admitir esta acción en los cinco primeros casos. En éstos, existe un mercado usual y razonable en el que acudir como instrumento de determinación del enriquecimiento obtenido por los intromisores. En los casos 1 (*Preysler*) y 2 (*Adjani*), la usual concesión de entrevistas por personajes de notoriedad pública en las que dan cuenta de detalles sobre su vida privada permite obtener un precio habitual de este tipo de autorizaciones, que, en función de las circunstancias concretas de la publicación ilícita, sirva para medir el enriquecimiento obtenido por los infractores²¹⁴. En los casos 3 (*ruta del bacalao*) y 5 (*niña con deficiencias auditivas*), el uso de la imagen de los afectados se corresponde con una práctica corriente en los medios de comunicación por la cual ilustran reportajes con fotografías, sin necesidad de que éstas guarden relación directa con la información contenida. Para ello, dichos medios obtienen las imágenes de archivos o de agencias; por lo que, de nuevo, existe un mercado en el que determinar el enriquecimiento de los medios que explotaron la imagen ajena sin autorización. En el caso 4 (*petardas*), parece más difícil determinar el precio de mercado de la explotación indebida; no obstante ello, nos parece que el supuesto presenta un contenido de atribución relevante a los efectos de la *condictio*: los cónyuges habían autorizado –sobre la base del monopolio que concede su derecho a la propia imagen– para la reproducción de la imagen de una escena familiar; mediante dicha autorización, *El País Semanal* obtuvo la misma ventaja patrimonial que obtuvieron *El Mundo* y *La Opinión de Murcia* (coste de ilustrar un reportaje), pero con la diferencia de que aquél lo hizo justificadamente (mediante la obtención del consentimiento previo). Posteriormente, la sociedad titular de un portal de Internet obtuvo, mediante la reproducción de la misma fotografía, una ventaja patrimonial (coste de rellenar los contenidos de un portal pornográfico) sin autorización; siendo razonable que la sociedad titular de dicho portal restituya el precio del uso de esa imagen; y ello, con independencia que el precio de la eventual autorización en este caso no sea muy elevado. En los casos 6 (*jugadores del Barça*) y 7 (*Ramón*), la solución debe ser forzosamente distinta. En estos casos, no es razonable acudir a un eventual mercado de autorizaciones por las que los titulares del derecho al honor consienten difamaciones a cambio de un precio; además, dicho mercado difícilmente existe o, como mínimo, no es usual. Pero piénsese que el criterio de exclusión del derecho al honor de la *condictio* por intromisión no puede ser, como se ha pretendido, la falta de disponibilidad que presenta el derecho al honor, respecto a los derechos a la intimidad o a la propia imagen²¹⁵. Aparte del artículo 2.2 LO 1/1982 y del hecho de que la Sala 1.ª del TS ha admitido la validez de acuerdos que tienen por objeto el consentimiento o autorización para la intromisión en

²¹⁴ Admite la *condictio* por intromisión en derecho ajeno en el caso *Preysler*, MIERES MIERES, L.J., «Nimiedades privadas: ¿Tutela de un derecho o reparación de un daño? (Un comentario al caso «Isabel Preysler»», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, núm. 15, pp. 1.758-1.761.

²¹⁵ *Vid.*, no obstante, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, V, cit., p. 51.

el derecho al honor²¹⁶, repárese en el siguiente ejemplo al hilo del caso 7 (*Ramoncín*): el personaje afectado por las repetidas manifestaciones difamatorias publicadas en la página web se dirige, con anterioridad a la interposición de la demanda, al titular de aquélla. Éste le informa de los importantes ingresos que supone la inclusión, en dicha página, de un foro específico sobre dicho personaje y le propone un acuerdo transaccional (*ex arts. 1.809 y ss. CC*), por el cual el personaje no interpone la demanda a cambio de un precio. Pero, además, le ofrece la posibilidad de acordar que la página web seguirá en funcionamiento durante un determinado período de tiempo con un foro especial para criticar o defender a este personaje, y por el cual éste recibirá una remuneración proporcional al número de visitas en el foro. No parece que los tribunales deban, en casos como éste o parecidos, declarar la nulidad de dicho acuerdo y dejar sin eficacia alguna aquel pacto; y, en cualquier caso, la solución a esta cuestión depende –como en cualquier otro acuerdo de naturaleza contractual– de los límites a la autonomía privada (*ex art. 1.255 CC*), pero no de una pretendida norma por la cual el derecho al honor sea indisponible y, el consentimiento prestado por su titular en beneficio de un tercero, inválido e ineficaz en todo caso.

3.3 CONCLUSIÓN INTERMEDIA

El fundamento dogmático de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno –esto es, el criterio de su ordenación teórica en nuestro sistema de Derecho privado que sirve al propósito de delimitar su ámbito objetivo de aplicación– reside en el contenido de atribución de determinados derechos y posiciones jurídicas subjetivos. Este concepto permite explicar, en esencia, el fenómeno por el cual el ordenamiento –especialmente, cuando asigna derechos subjetivos absolutos– atribuye en exclusiva al titular todos los rendimientos derivados del ejercicio de su derecho y por qué la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor ilegítimo en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular debe ser restituida a éste. De este modo, no son relevantes para determinar la existencia de la acción el esfuerzo inversor realizado por el titular de la posición jurídica infringida, en la medida en que dichas inversiones no se concreten en el reconocimiento o concesión de un derecho de exclusiva o de una posición jurídico-subjetiva de contenido jurídico y económico análogo; ni tampoco el ahorro de costes que haya experimentado el intromisor. Y sobre lo anterior, cabe concluir, en primer lugar, que los derechos al honor, a la intimidad y a

²¹⁶ Cfr. STS 7-III-1990, caso *cadáver descuartizado*, RJ 1990/1677; STS 1-VII-1992, caso *pacto entre cuñados*, RJ 1992/6499; STS 19-VII-2000, caso *qué verde*, RJ 2000/6753; STS 19-I-2010, caso *entrevista incapaz*, *Crónicas Marcianas*, RJ 2010/157.

la propia imagen poseen contenido de atribución en la medida en que se produce, para los tres derechos, el fenómeno atributivo indicado. Ahora bien, en segundo lugar, debe subrayarse que «derechos con contenido de atribución» y «ámbito de protección de la *condictio* por intromisión» no son términos coincidentes; en el caso de los derechos de la personalidad, la admisión de esta acción tiene un presupuesto complementario, de orden lógico-formal o práctico: la existencia de un mercado usual y razonable en el que acudir como medio de determinación y valoración de la eventual ventaja patrimonial que adquiere el intromisor no autorizado. En consecuencia, la acción de enriquecimiento solo resulta de aplicación para los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

IV. FUNDAMENTO NORMATIVO

Con la consabida excepción del artículo 32.1.6.^a LCD, el fundamento normativo de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno resulta poco claro en el Derecho positivo español²¹⁷. Los autorizados y bien fundados intentos por encontrar dicho fundamento en las normas del CC relativas a la liquidación del estado posesorio (muy especialmente, el art. 455 CC)²¹⁸ no parecen haber sido asumidos por la práctica; por lo que, hoy por hoy, resulta difícil pensar en la formulación de demandas en las que se ejercite, a modo de *condictio* por intromisión, una pretensión de restitución del valor de goce de un derecho (sobre un bien material o inmaterial) con fundamento en el 455 CC; ni tampoco que los tribunales funden su estimación en esta norma²¹⁹.

²¹⁷ Tampoco puede erigirse en fundamento normativo convincente, la acción general de enriquecimiento sin causa construida por la jurisprudencia española; pues, como se ha visto (*supra* 2), aquélla carece de unos fundamentos dogmáticos sólidos; y, en todo caso, los requisitos institucionales de esta acción son totalmente incapaces de adaptarse con alguna significación –más allá de la mera equidad– al desarrollo práctico de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno, *vid.*, así, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 333-336. *Vid.*, sin embargo, los esfuerzos –más bien formales– que realiza la STS 9-II-2012 (*expropiación Renfe*) para adaptar la *condictio* por disposición eficaz de derecho ajeno (como modalidad de *condictio* por intromisión) a los requisitos tradicionales exigidos por la jurisprudencia de la Sala 1.^a en relación con la acción general de enriquecimiento e, incluso, en particular, para mantener el pretendido requisito de la subsidiariedad de la acción.

²¹⁸ Cfr., de nuevo, DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 121 y ss.; *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 126-127; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Enriquecimiento injustificado», cit., p. 2.807; y, esp., BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 221 y ss.

²¹⁹ Cabe reiterar que la formulación y resolución de pretensiones de enriquecimiento meramente fundadas en la doctrina jurisprudencial de la acción general de enriquecimiento sin causa carece de unas bases normativas y dogmáticas sólidas, lo que impide conocer, con la suficiente seguridad jurídica, el sentido y alcance práctico de dichas pretensiones en Derecho español y, en definitiva, su predictibilidad o previsibilidad.

Sin embargo, acaso habría que insistir en esta posibilidad y tratar de convencer tanto a los representantes de los operadores económicos como, sobre todo, a los tribunales de la utilidad de que el artículo 455 CC (en conexión con el art. 451 CC) se erija en el fundamento normativo de una acción independiente de restitución del valor de disfrute de un bien ilegítimamente explotado por una persona distinta del titular²²⁰. Un paso en esta línea, puede encontrarse en la SAP Barcelona 26-XI-2004 (*ordenadores*): después de que la sociedad arrendadora (*IBM*) resolviera un contrato de arrendamiento de bienes muebles (equipos informáticos) por incumplimiento de la sociedad arrendataria de la obligación de pago del precio, dicho arrendador ejercitó eficazmente una pretensión de restitución de una parte de los ordenadores; pero olvidando otra parte de los ordenadores, que quedaron en poder del exarrendatario, quien los siguió usando sin autorización. Al cabo de un tiempo, *IBM*, advertida de esta situación, ejercitó contra su exarrendatario no solo una acción reivindicatoria para recuperar la posesión de sus ordenadores, sino también una acción para exigir a aquél el valor de uso y disfrute de los ordenadores por el período de tiempo en el que, ya resuelto el contrato de arrendamiento, el exarrendatario siguió explotando los ordenadores. La AP, revocando parcialmente la decisión del JPI —que había estimado solo la acción reivindicatoria— admite, asimismo, la acción restitutoria; configurándola, «bien como *debita contraprestación* (si se considera que el contrato se mantuvo vigente respecto de esos equipos no retirados) bien como *indemnización por el indebido disfrute de bienes ajenos, a modo de condictio por intromisión* (si se considera que el contrato, en su globalidad, quedó resuelto en marzo de 1995)» (FJ 6). A pesar del empleo del término *indemnización* para caracterizar las cantidades adeudadas por el exarrendatario por el uso indebido de los ordenadores y a pesar de que la referencia a la *condictio* por intromisión no se conecta con un fundamento normativo claro, como, p. ej., el apuntado artículo 455 CC²²¹, la resolución de la AP parece encaminarse positivamente, como decimos, hacia un reconocimiento autónomo de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno.

Adviértase, en todo caso, que la admisión de una *condictio* por intromisión no excluye que ésta concurra con otras pretensiones y, en particular, que el valor de uso del derecho infringido pueda ser encuadrado, en determinadas circunstancias, como daño resarcible por medio de la acción indemnizatoria contractual²²² o extracontractual. Aparte de lo que se dirá *infra* 6.2 en relación con la teoría

²²⁰ El desarrollo de esta idea corresponde, como se ha apuntado, a BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 262-267.

²²¹ Repárese en que la AP tampoco sitúa el fundamento normativo de la pretensión que estima en el artículo 1.902 CC; ni tampoco, por supuesto, en el artículo 1.101 CC.

²²² *Vid.*, p. ej., así, la STS 4-VII-2011 (*locales autobuses*) que estima la pretensión indemnizatoria por el valor de uso o disfrute (valor de mercado) de unos locales de negocio, entendiéndolo que ello representa un daño patrimonial derivado del incumplimiento de la obligación contractual de entrega de los bienes vendidos (locales). Sobre la configuración de la «*regalía por el aprovechamiento del bien ajeno*» como daño contractual, *vid.* CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 1.198-1.199 (IV, Cap. 23, Rdn. 38); también, GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret* 3/2007, p. 20.

del triple cómputo del daño en las leyes de propiedad intelectual e industrial y con la posibilidad de que el precio de la licencia hipotética se configure como daño patrimonial, esta opción, no obstante, plantea ciertas dudas en cuanto a su alcance práctico; especialmente, por cuanto no es claro si, en estos casos, se va a exigir que el bien cuyo uso o explotación ha sido frustrado por el agente del daño estuviese predestinado a ser explotado económicamente por la víctima del daño²²³. Es cierto que en nuestro ordenamiento toma fuerza la idea de concebir dicho valor como un daño abstracto (por oposición al daño concreto en el patrimonio); o, mejor dicho, de recurrir a la liquidación abstracta de un daño patrimonial que se considera normativamente producido por el mero hecho de la conducta antijurídica, y ello, sin necesidad de acreditar una disminución o decremento patrimonial o la frustración de un incremento o aumento esperado. La consolidación jurisprudencial y doctrinal de esta idea recurre a dos expedientes: (i) el de la concepción de los daños *ex re ipsa*, esto es, de los daños que resultan automáticamente de la conducta antijurídica (contractual o extracontractual²²⁴); y (ii) el de proponer un entrecruzamiento entre acción indemnizatoria y *condictio* por intromisión, inspirado en la citada teoría del triple cómputo del daño, pero extensible con carácter general²²⁵.

En todo caso, esta concurrencia de pretensiones tiene como correlato lógico-jurídico la reducción de la cuantía debida en concepto de enriquecimiento y en concepto de *quantum* indemnizatorio en determinados casos, tal como prevé el modelo normativo propuesto en los Principios Europeos del Enriquecimiento Injustificado integrados en el Marco Común de Referencia (art. VII.- 7:102 DCFR)²²⁶.

No obstante, en el caso particular de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen –y teniendo en cuenta, como se ha visto, la utilidad práctica que se desprende del reconocimiento al titular de estos derechos de una pretensión de naturaleza distinta a la acción indemnizatoria y dirigida a la restitución del valor de uso frente a un intromisor ilegítimo– el fundamento de esta acción de enriquecimiento puede ubicarse, sin dificultades, en la propia LO 1/1982 y, en concreto, en su artículo 9.2 a). Así, del modo en que ya

²²³ *Vid.*, sobre la larga discusión que suscita esta cuestión en el ordenamiento alemán, OETKER, H., «§ 249», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2007, pp. 308-314 (Rdn. 58-77).

²²⁴ *Vid.*, entre otras, STS 23-II-1998, caso *Cola-Cao*, RJ 1998/1164 (FJ 2); STS 12-VI-2007, caso *películas Disney*, RJ 2007/3721 (FJ 6); STS 17-VII-2008, caso *patente Solac*, RJ 2008/4482 (FJ 2). En la doctrina, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., pp. 1.192 y 1.194-1.199 (IV, Cap. 23, Rdn. 31 y 33-38) reseña y, al parecer, avala este expediente en el ámbito del resarcimiento del daño contractual. En cambio, puede verse una certera aproximación crítica al recurso al concepto de daño *ex re ipsa* en la jurisprudencia dictada en el ámbito de la infracción de derechos de propiedad intelectual en el mismo autor CARRASCO PERERA, Á., «Art. 140», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 1.696; «Aranzadi vs. El Derecho. Las deficiencias del sistema de protección de los derechos de propiedad incorporal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 627, pp. 10-12.

²²⁵ Así, claramente, STS 4-VII-2011 (*locales autobuses*; FJ 5).

²²⁶ *Vid.*, también, *infra* 6.2.

ha quedado apuntado, la decisión del constituyente y del legislador españoles de configurar la protección jurídica de la personalidad incorporal mediante el reconocimiento de tres derechos subjetivos absolutos comporta la necesidad de que el Derecho español confiera al titular de estos derechos –y con independencia de las pretensiones resarcitorias por los daños causados– pretensiones dirigidas, por un lado, a poner fin la intromisión ilegítima, esto es, a la situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por dicho derecho subjetivo; y, por otro, a reintegrar el estado de las cosas correspondiente a esta situación de poder jurídico reconocida por el ordenamiento. Asumiendo este planteamiento –como no podía ser de otra manera, si se toma en serio la configuración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos subjetivos–, el legislador de la LO 1/1982 reconoce una serie de pretensiones –con independencia de la relativa a la indemnización de los daños causados– destinadas a «la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate» y para el «restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos (...) y la reposición del estado anterior» [art. 9.2 (a) LO 1/1982].

Muy probablemente, no era intención de dicho legislador reconocer, entre estas pretensiones para el *restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos* y la *reposición del estado anterior*, una acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno; mas es indudable que la función primaria de esta acción es la de proteger los derechos o posiciones jurídicas usurpados, mediante la concesión al titular de un mecanismo para reintegrar, restituir o restablecer en su patrimonio el provecho obtenido por el usurpador o intromisor ilegítimo y que el ordenamiento había asignado en exclusiva a su titular²²⁷. Por todo ello, no parece que haya inconveniente en erigir el artículo 9.2 a) LO 1/1982 en el fundamento normativo de una acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

De esta manera, ciertamente, la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos fundamentales de la

²²⁷ Vid., en la doctrina española, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-93 y 106-110; MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., pp. 549 y 550. En la alemana, VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 353-360; SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 310 (Rdn. 745); LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 130; CANARIS, C.W., «Der Vorrang außerbereicherungsrechtlicher, insbesondere dinglicher Wertungen gegenüber der Saldotheorie und dem Subsidiaritätsdogma», *JZ*, 1992, p. 1.119; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 89; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 194-195. En la portuguesa, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 787-789. En la italiana, SIRENA, P., «La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno», *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 83.

personalidad incorporal *ex* artículo 9.2 *a*) LO 1/1982 se presenta como una acción caracterizada por el régimen jurídico sustantivo y procesal de los instrumentos de defensa jurídico-civil de los derechos fundamentales (art. 18.1 CE; LO 1/1982 y arts. 52.1.6.º, 249.1.2.º, 477.2 1.º y 524.5 LEC²²⁸). Pero ello no debería sorprender, pues, en primer lugar, cabe recordar que la acción indemnizatoria por el daño patrimonial [*ex* art. 9.2 (c) LO 1/1982] ha sido –y lo sigue siendo– una acción con este mismo régimen jurídico sustantivo y procesal; en segundo lugar, debemos recordar que, en relación con la imagen y según la interpretación que se desprende de la jurisprudencia constitucional²²⁹, este régimen solo resulta de aplicación a aquellos supuestos protegidos por el contenido constitucional del derecho fundamental a la propia imagen; de manera que el ejercicio de pretensiones de cesación, remoción, indemnizatorias o restitutorias en supuestos excluidos de aquel contenido constitucional no podrá regirse por el régimen jurídico de la LO 1/1982, ni, por consiguiente, por las particularidades procesales de la defensa jurisdiccional civil de los derechos fundamentales en la LEC. De esto último, resulta la duda en relación con el fundamento normativo de las acciones de protección (no solo de enriquecimiento) de la institución jurídico-subjetiva (de naturaleza ordinaria) que, en el ordenamiento español, protege aquellos intereses de naturaleza patrimonial excluidos del ámbito objetivo del artículo 18.1 CE y de la LO 1/1982, esto es, del llamado derecho patrimonial de imagen (o «*right of publicity*», como recientemente lo denomina la STS 30-XI-2011²³⁰). Pero, como se comprenderá, no es éste un problema específico de la admisión y desarrollo de la *condictio* por intromisión en este ámbito.

V. EL OBJETO Y ALCANCE DE LA PRETENSIÓN RESTITUTORIA

5.1 El objeto y alcance de la *condictio* por intromisión

Delimitados los perfiles dogmáticos y normativos de la acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad incorporal en Derecho español, resulta oportuno precisar, asimismo, el objeto y alcance de esta acción; es decir, dilucidar qué es lo que el titular del derecho infringido puede exigir al intromisor mediante el ejercicio de la pretensión restitutoria. Lógicamente, la respuesta consistente en decir que el intromisor

²²⁸ En la medida en que el pronunciamiento de la sentencia que estime la acción no tendrá carácter indemnizatorio, no resulta de aplicación la norma del artículo 525.3 LEC.

²²⁹ Cfr. STC 231/1988, caso *Paquirri*, RTC 1988/231 (FJ 3); STC 81/2001, caso *Emilio Aragón*, RTC 2001/81 (FJ 2); STC 156/2001, caso *Secta Ceis*, RTC 2001/56 (FJ 6); STC 23/2010, caso *Chabeli*, RTC 2010/23 (FJ 4).

²³⁰ Caso *Millac Lactantes 2*, RJ 2012/1638 (FJ 3).

debe al titular del derecho usurpado el enriquecimiento obtenido mediante la intromisión ilegítima es tan cierta como insuficiente para determinar el concreto objeto de la obligación restitutoria; pues lo que, precisamente, debe concretarse es en qué consiste el enriquecimiento —esto es, la ventaja patrimonial— que obtiene el intromisor. Esta cuestión se presenta como singularmente compleja, especialmente, en relación con la posibilidad de que esta acción de enriquecimiento incluya la restitución de las ganancias obtenidas por el intromisor.

En nuestro ámbito de estudio, la cuestión presenta una indudable trascendencia práctica. Aparte de los casos planteados *supra* I, se trataría de determinar, p. ej., si, en el caso visto por la STS 28-XI-2007²³¹, la persona titular de los derechos de explotación sobre el uso de la imagen de los futbolistas en una colección de cromos ostenta frente a la editora que comercializó de forma no autorizada una colección idéntica a la de aquella una pretensión de enriquecimiento por la cual puede exigir a dicha infractora las ganancias obtenidas con la comercialización ilícita de las colecciones²³².

En realidad, es usual identificar dicho enriquecimiento con las ganancias que el intromisor obtiene por su intromisión ilegítima en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular del derecho. Así, se argumenta —desde un planteamiento poco técnico— que si el intromisor ilegítimo o usurpador ha obtenido unas ganancias mediante la explotación no autorizada de un objeto que correspondía en exclusiva al titular del derecho, aquél debe restituir a éste estas ganancias.

Esta interpretación encaja bien con la concepción unitaria del Derecho del enriquecimiento, es decir, aquella que, como se ha visto *supra* II, se dirigía a formular una acción genérica caracterizada por unos requisitos unitarios y abstractos. De ahí, que el *Reichsgericht* alemán concediera con naturalidad pretensiones restitutorias de las ganancias obtenidas por el infractor de derechos de autor; *vid.*, así, la reseñada RG 9-VI-1928 (*Frauenberufe*), donde el tribunal estimó una acción de enriquecimiento del titular de los derechos de reproducción y distribución de una obra literaria frente a otra editorial que había reproducido y distribuido comercialmen-

²³¹ Caso *Panini Mundial Francia 1998*, RJ 2007/8455.

²³² Nótese que aquí el pretendido acreedor de la pretensión restitutoria no sería el titular (originario) de los derechos de imagen, sino su titular derivativo o cesionario exclusivo. De ahí que, como se ha apuntado *supra* IV, el fundamento normativo de sus eventuales pretensiones no se encuentre en la LO 1/1982, sino, en su caso, en el régimen jurídico (atípico) del llamado derecho patrimonial de imagen. *Vid.*, en contra, no obstante, SAP Almería (2.ª) 20-I-2011, caso *David Bisbal*, JUR 2011/230529, que admite, en discutible argumentación, la legitimación activa de la sociedad titular de los derechos de imagen de un artista para el ejercicio de la acción indemnizatoria de la LO 1/1982 por el daño consistente en el valor de mercado de la imagen del artista, que había sido explotada de forma no autorizada (FJ 1).

te una obra de contenido idéntico a aquélla; siendo el objeto de dicha acción las ganancias que la segunda editorial había obtenido con la comercialización ilícita de la obra. La escueta argumentación del tribunal se limita a identificar la existencia de un *desplazamiento patrimonial* entre el patrimonio de la editorial titular de los derechos de explotación de la obra frente a la editorial usurpadora, y que entre las ganancias obtenidas por esta última y el *perjuicio* sufrido por aquélla existe una *relación causal*²³³.

En el contexto jurídico español, la caracterización de las ganancias obtenidas por el intromisor ilegítimo como el objeto de una acción de enriquecimiento se presenta como una opción doctrinal y jurisprudencial profundamente extendida. Aparte de la todavía mayoritaria concepción unitaria de nuestro Derecho del enriquecimiento, dos factores importantes parecen explicar este fenómeno.

En primer lugar –y relacionado con el predominio de la tesis unitaria– sigue caracterizándose, acaso inconscientemente, la acción de enriquecimiento injustificado como un remedio de equidad o, en el mejor de los casos, como un expediente que sirve al exclusivo propósito normativo de retirar o *absorber* las ganancias del autor de un ilícito. Desde esta lógica, resulta comprensible que si una persona ha obtenido unas ganancias por la comisión de un acto ilícito consistente en la invasión en la esfera exclusiva de otra persona, estas ganancias deban ser extraídas del patrimonio del intromisor y reintegradas en el del titular del derecho²³⁴.

Correlato objetivo de este planteamiento, lo constituye el hecho de que una parte considerable de nuestra doctrina haya relacionado la norma del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982²³⁵ con una acción de enriquecimiento. Este planteamiento fue expuesto –acaso por primera vez– por SALVADOR CODERCH / MARTÍN CASALS²³⁶; siendo, posteriormente, desarrollado por este último autor. Así, MARTÍN CASALS²³⁷, partió de una razonable interpretación del propósi-

²³³ Vid. un razonamiento parecido, anteriormente, en RG 4-IV-1917, caso *Erikamuster*, RGZ, 90, 1917, pp. 137-140.

²³⁴ Vid., próximo a esta idea, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 185-190, esp., p. 190. Ésta parece ser igualmente la concepción del Derecho del enriquecimiento que manejan MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal samarita...», cit., pp. 531-540, esp., pp. 531-532 y 533.

²³⁵ En la que, como es sabido, se consideraba «*el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*» como un criterio de determinación del daño causado al titular de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

²³⁶ Cfr. «Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1989», *CCJC*, núm. 21, 1989, p. 763.

²³⁷ Vid. «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en VV. AA., *Centenario del Código Civil*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1.272-1.273; también, «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en SALVADOR CODERCH, P. (Coord.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 398-399; y, más recientemente, MARTÍN CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J., «The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in Spain», en

to que subyacía bajo el antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982: «*la idea que late en el fondo de la valoración del beneficio obtenido es la de que no puede resultar más barato la utilización ilícita de un derecho ajeno que su uso legítimo. La intromisión en el honor puede generar, además de un daño patrimonial y moral a quien la sufre, un beneficio patrimonial para quien la realiza. Si el causante de la lesión debiera limitarse a indemnizar el daño causado, podría todavía quedar en sus manos un “plus” de ganancia después de haber pagado la indemnización. Obsérvese que el beneficio obtenido no tiene porqué guardar ninguna relación con el daño causado, sino que es independiente de él*». Y, así las cosas, este autor consideró que la ordenación dogmática de esta idea podía producirse por medio de dos vías alternativas: «1) *Hacer entrar en juego la función punitiva y añadirla a la función compensatoria de la indemnización. Se dice en este caso que el causante del daño tenía un ánimo de lucro reprobable y que debe ser castigado para que en el futuro se abstenga de repetir actos parecidos (...)* 2) *Otro criterio, más correcto, es considerar que el ilícito civil, además de haber producido un daño que debe ser compensado, ha producido un enriquecimiento injusto que debe ser reembolsado*». Por ello, concluía que «*la valoración del “beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma” que establece el artículo 9.º-3 in fine LO 1/1982 es una pretensión de enriquecimiento injusto englobada dentro de una acción de daños, no la consideración de una conducta reprobable que deba ser castigada*²³⁸». Para superar la objeción de que dicha supuesta pretensión de enriquecimiento estaba normativamente configurada como una acción de daños, el autor citado destacó que, a pesar de que «*la doctrina y la jurisprudencia españolas han insistido en la total independencia entre la doctrina del enriquecimiento sin causa o injustificado y el Derecho de daños (...), la doctrina más reciente ha admitido que (...)* existen supuestos en los que se produce su cruce. Fundamentalmente, en los casos de intromisión en el ejercicio de un derecho ajeno. Ese el supuesto del artículo 9,3 LO 1/1982, y a él cabría añadir entre otros, los previstos en el artículo 66,2 b) y c) de la Ley de Patentes, o del artículo 125 de la Ley de Propiedad Intelectual²³⁹, con los que se podría construir en Derecho español la llamada “*condictio por intromisión*”²⁴⁰. Este razo-

KOZIOL, H. / WARZILEK, A. (eds.), *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien*, Springer, Wien, New York, 2005, pp. 336-337; MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual», *Asociación de Profesores de Derecho Civil* (<http://www.derechocivil.net/esp/ponencias.php> [ufc: 23-XI-2011]), p. 24; MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal samarità...», cit., p. 509.

²³⁸ Cfr. *ibid.*

²³⁹ El autor se refiere a los supuestos en los que el legislador de estas leyes determina que el daño derivado de la infracción de los derechos de propiedad intelectual o patente puede liquidarse mediante el criterio de las ganancias obtenidas por el infractor.

²⁴⁰ Vid. O'CALLAGHAN, X., *Libertad de...*, cit., pp. 210-211: «cuando el daño se une al enriquecimiento y este enriquecimiento es injustificado, nace la acción de enriquecimiento injusto; [...] uno responde del daño que otro, sin quererlo, ha sufrido; frente a esto, nace la acción de enriquecimiento en la que concurre un doble elemento: el daño y el enriquecimiento. Así, el criterio del beneficio que ha obtenido el atacante del derecho al honor, a la intimidad o a la imagen, sirve para valorar la indemnización, en base a que

namiento, especialmente la posibilidad de interpretar el antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982 como una norma configuradora de una «pretensión de enriquecimiento injustificado englobada dentro de una acción de daños», fue seguida por numerosos autores posteriores, e incluso, por algún pronunciamiento jurisprudencial. Así –y después de que algunos autores posteriores incidieran en una lamentable confusión entre *daño* y *enriquecimiento* para intentar dar un sentido a aquella norma que no fuera la punitiva²⁴¹– dicha idea se fue extendiendo hasta llegar a ser la interpretación doctrinal más seguida²⁴². Del mismo modo, para Roca Trías²⁴³ el «*beneficio obtenido por el causante de la lesión*» aparece configurado, en el artículo 9.3 III LO 1/1982, como un «*criterio(s) objetivo(s)*» para «*fixar la cuantía de la indemnización*»; pero, «*en realidad*», responde a la lógica del enriquecimiento: la lesión «*puede haber*

aquel ataque –intromisión ilegítima– ha producido un enriquecimiento que es indudablemente injusto, a aquel atacante».

²⁴¹ Vid. O'CALLAGHAN, X., *Libertad de...*, cit., pp. 210-211: «*cuando el daño se une al enriquecimiento y este enriquecimiento es injustificado, nace la acción de enriquecimiento injusto; (...) uno responde del daño que otro, sin quererlo, ha sufrido; frente a esto, nace la acción de enriquecimiento en la que concurre un doble elemento: el daño y el enriquecimiento. Así, el criterio del beneficio que ha obtenido el atacante del derecho al honor, a la intimidad o a la imagen, sirve para valorar la indemnización, en base a que aquel ataque –intromisión ilegítima– ha producido un enriquecimiento que es indudablemente injusto, a aquel atacante*».

²⁴² Una completa asunción de esta tesis, puede verse en VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 222-223, quien considera «*que en la Ley la pretensión de evitar un enriquecimiento injusto se añade a la pretensión de indemnización para determinar el quantum de ésta, de tal forma que absorba los beneficios obtenidos como consecuencia de la lesión. En efecto, determinadas intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, por ejemplo, de un famoso, además de producirle un daño moral y, en su caso, patrimonial, puede reportar a su autor sustanciosos beneficios materiales; y no puede permitirse que este incremento que experimenta el patrimonio del ofensor se fundamente en un ilícito. Por ello, precisamente, éste debe desembolsar la cantidad con que se ha enriquecido y que su patrimonio vuelva al estado en que se encontraba antes de haberse producido la intromisión ilegítima (evento enriquecedor). Así pues, en los supuestos de agresiones al derecho al honor, la indemnización, además de compensar a la víctima por los daños sufridos, impide al que los haya producido que se lucre como consecuencia de los mismos*». Por si alguien pudiese pensar que dicho razonamiento presenta resabios punitivos, VIDAL MARÍN recurre a la argumentación de MARTÍN CASALS sobre la doctrina del enriquecimiento: «*se trata de evitar que el que causa un daño como consecuencia de una intromisión ilegítima en el honor de alguien se enriquezca con la misma, sin que ello suponga otorgar a la indemnización una función de pena privada*» (p. 224). Adopta el mismo planteamiento, a modo de resumen de la posición del Derecho positivo español, ATIENZA NAVARRO, M.L., «*Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen*», en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (Coord.), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 302; aparentemente, también, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, p. 65; *Daños punitivos*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 61. Desde una posición parcialmente distinta, pero también recurriendo a la doctrina del enriquecimiento para explicar el criterio de las ganancias, vid. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 173; GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., p. 146 (nota 376).

²⁴³ Vid. *Derecho de daños*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 148.

generado un beneficio patrimonial en quien ha realizado la intromisión, que en realidad ha provocado un enriquecimiento injusto que debe ser reembolsado²⁴⁴». La idea, pues, de que lo que prevenía dicha norma no era solo una retirada de las ganancias ilícitas obtenidas por el intromisor, sino, sobre todo, una restitución o reembolso al titular del derecho de algo que le pertenece estaba extendida en la doctrina, *vid.*, así, también, Cabezuelo Arenas²⁴⁵, para quien «*es innegable*» que el legislador de 1982 «*admite la coexistencia del daño moral con un perjuicio puramente económico [si el art. 9(3) LO 1/82 in fine tiene en cuenta las ganancias generadas para el infractor, es porque reconoce la privación de una participación en las mismas de la que ha sido objeto el titular del derecho]*». Desde una aproximación algo más cauta, pero también desde la idea de que la norma del artículo 9.3 III LO 1/1982 debía de reconocer una acción de enriquecimiento, Salvador Coderch/Castiñeira Palou²⁴⁶ consideraban que dicha norma combina «*cuestiones relativas a la tutela indemnizatoria con otras (...) relacionadas con la tutela de los derechos absolutos y, en particular, con las acciones de enriquecimiento*». En la doctrina de los tribunales, no ha sido infrecuente recurrir a la concepción vulgar del enriquecimiento injusto para explicar dicha norma²⁴⁷.

Conviene apresurarse a advertir, sin embargo, que la norma del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982 presentaba una interpretación algo más sencilla, aunque también más prosaica²⁴⁸. En efecto, aparte del dato normativo de que este criterio de valoración del daño lo era para cuantificar la indemnización por el daño moral²⁴⁹ –lo que, en buena lógica, debería haberla apartado de raíz del Derecho del enriquecimiento²⁵⁰ o del método del triple cómputo del

²⁴⁴ En idéntico sentido, ROCA TRÍAS, E. / NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 204.

²⁴⁵ *Vid. Derecho a...*, cit., p. 85.

²⁴⁶ *Vid. Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 63.

²⁴⁷ Cfr., p. ej., STS 7-XII-1995, caso *hijos Sara Montiel*, RJ 1995/9268 (FJ 3); STS 7-VII-2004 (*Naomi Campbell*, FJ 4); SAP Madrid (Secc. 9.ª) 19-VII-2002, caso *menor patinador*, JUR 2002/270978 (FJ 3).

²⁴⁸ Que no ha pasado inadvertida a la doctrina constitucionalista, ni, en realidad, a cualquiera que no se halle encorsetado por los dogmas *compensacionista* o *prevencionista* del Derecho de daños español, *vid.*, p. ej., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*, 3.ª ed., Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2008, p. 315; ESPÍN, E., «Los derechos de la esfera personal», en LÓPEZ GUERRA, L. / ESPÍN, E. / GARCÍA MORILLO, J. / PÉREZ TREMP, P. / SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, I, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 234-235; PARDO FALCÓN, J., «La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen», en BASTIDA, F.J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 369. *Vid.*, igualmente con la misma conclusión, BUSTO LAGO, J.M. / PEÑA LÓPEZ, F., «Enriquecimiento injusto...», cit., p. 157.

²⁴⁹ Ésta es la interpretación que se desprendía del contexto sistemático del artículo 9.3 LO 1/1982 y seguida por la jurisprudencia, cfr., entre otras, STS 10-XII-1999, caso *Elena c. TVE*, RJ 1999/9017 (FJ 1); STS 19-VII-2004, caso *médico pornográfico II*, RJ 2004/5462 (FJ 4); STS 7-III-2003, caso *Ayuntamiento de Mijas*, RJ 2003/2900 (FJ 4); STS 9-III-2006, caso *ex miss universo*, RJ 2006/5413 [FJ único (2.º recurso)].

²⁵⁰ Cfr., así, CARRASCO PERERA, Á., «Restitución de provechosos», cit., p. 149, para quien la LO 1/1982 no considera el beneficio como «*un objeto de pretensión de restitución*», pues, aquél «*es una de las circunstancias concurrentes de la fijación del daño*

daño en las leyes de propiedad intelectual o industrial— no es dudoso que la norma responde al propósito del legislador de 1982—esto es, un legislador cuyo objetivo era el de desarrollar los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE y, por ello, conferirles un régimen jurídico-civil desde el singular mandato de protección constitucional que se desprende de dicha norma— de evitar o desincentivar un determinado tipo de conductas realizadas por personas—especialmente, sociedades titulares de medios de comunicación y entretenimiento— dispuestas a lesionar racionalmente la personalidad ajena en consideración a la obtención de unas previsibles ganancias patrimoniales; incluso, desde la convicción, también racional, de que si el ilícito es debidamente perseguido una parte de dichas ganancias será suficiente para cubrir sus costes²⁵¹. Y, así, dicho legislador recurrió al mismo expediente al que habría de recurrir, 14 años más tarde, la jurisprudencia alemana²⁵²; o que también ha desarrollado, con mayor lucidez, la inglesa²⁵³: la de conceder, en

moral»; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 173, deja claro que «(q)ue en nuestro derecho el beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma sea tenido en cuenta para la determinación del daño moral por disposición del artículo 9.3 de la Ley 1/1982 (...), poco tiene que ver con la restitución de la ganancia por ejercicio de la pretensión de enriquecimiento injustificado. La ley es clara en este punto: se trata de un parámetro a considerar en la cuantificación del daño moral, dentro de la acción indemnizatoria, lo que es perfectamente compatible con la acción de enriquecimiento». Llama la atención, no obstante, que, justo antes de realizar esta afirmación, BASOZÁBAL cite la obra de MARTÍN CASALS en la que se funda la idea por él refutada, sin advertir de ello al lector. Todavía resulta más sorprendente, que este último autor, en una de sus últimas obras (cfr. MARTÍN CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J., «The Protection...», cit., p. 337), y para reiterar la idea de que el artículo 9.3 III LO 1/1982 reconoce una acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno englobada en una acción de daños, apoye su argumentación en la obra citada de BASOZÁBAL [cfr. *ibid.* (nota 123)].

²⁵¹ Se produce, aquí, en terminología economicista, un rodeo al mercado, esto es, un caso en el que el intromisor ilegítimo en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen podría—debería— haber obtenido la autorización del titular del derecho mediante una transacción; por lo que, según se explica, la solución óptima sería la de buscar un mecanismo jurídico que incentive a reconducir dichas actuaciones hacia el mercado, esto es, hacia las autorizaciones negociadas, cfr. POLINSKY, A.M. / SHAVELL, S., «Punitive Damages: an Economic Analysis», *Harv. L. Rev.*, 1998, pp. 945-947; KÖNDGEN, J., «Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns», *RabelsZ*, 2000, núm. 64, pp. 681-683; GÓMEZ, F., «El asunto Preysler y la teoría de juegos», *InDret*, 1/2000, pp. 7-8; WAGNER, G., «Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?», *AcP*, 2006, pp. 466-469; «Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht», en APATHY, P. / BOLLENBERGER, R. / BYDLINSKY, P. / IRO, G. / KARNER, E. / KAROLLUS, M. (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Koziol*, Jan Sramek, Wien, 2010, p. 937.

²⁵² Cfr. BGH 15-II-1994, caso *Carolina de Mónaco I*, *NJW*, 1995, pp. 861-865; BGH 5-XII-1995, caso *Carolina de Mónaco II*, *NJW*, 1996, pp. 984-985; BVerfG 8-III-2000, caso *conductor ebrio*, *NJW*, 2000, pp. 2.187-2.189; sobre el desarrollo práctico y naturaleza excepcional y preventiva de la acción de resarcimiento del daño moral derivado de la lesión de un derecho de la personalidad, *vid.* MÜLLER, G., «Der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht», *VersR*, 2008, núm. 25, p. 1.151; y, de la misma autora, «Der Anspruch auf Geldentschädigung», en GÖTTING, H.-P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 819-822.

²⁵³ Cfr., entre otras, *John v MGN Ltd.*, [1997] Q.B. 586; *Kiam v MGN Ltd.*, [2002] 3 W.L.R. 1036; y, reseñando la doctrina de los tribunales, ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, 17.ª ed., Sweet & Maxell, London, 2006, p. 944; MILMO, P. / ROGERS, W.V.H. (Ed.), *Gateway on Libel and Slander*, 10.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2004, pp. 248-249 y 251.

estos casos, a la víctima del daño una indemnización superior a la cuantía idónea para compensar dicho daño y que, de este modo, se cumpla la indicada finalidad disuasoria.

En cualquier caso y sea cual fuere la interpretación más correcta del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982, la ordenación dogmática de la idea por la cual se considera necesario que el autor de un ilícito civil no se enriquezca mediante dicho acto no resulta tan sencilla; ni puede ser encuadrada, sin mayor reflexión, en el Derecho del enriquecimiento; especialmente, porque, desde estas posiciones, se tiende a olvidar la necesidad de buscar un fundamento (título jurídico) por el cual la víctima de la intromisión pueda exigir la (re)integración en su patrimonio de las ganancias obtenidas por el intromisor.

Ciertamente, no se acaba de entender –aun admitiendo la necesidad de prevenir los ilícitos consistentes en la intromisión en la personalidad ajena con el propósito de obtener un lucro– por qué la víctima del ilícito debe obtener una indemnización mayor del daño –patrimonial o moral– sufrido, para de esta manera conseguir la disuasión de las conductas ilícitas racionalmente premeditadas. Éste es un dato que no ha pasado inadvertido a aquellos autores que defienden la estricta función compensatoria del Derecho de daños; de ahí que, entre nosotros, Pantaleón²⁵⁴ haya propuesto, en esta sede, recurrir al instrumento jurídico-penal del comiso de las ganancias; pues no *«es función de la responsabilidad civil extracontractual evitar que el dañante obtenga un beneficio de su actividad ilícita dañosa (...). Esta es una de las funciones de la institución del comiso (...). Esta es una idea básica p. e. a la hora de buscar soluciones razonables en el conflicto libertad de expresión versus honor e intimidad»*; concluyendo que *«(e)l párrafo final del art. 9.3 de la Ley Orgánica de 5-V-82 es muy desafortunado, y sólo comprensible por el hecho de que la sanción de la privación de los beneficios ilícitamente obtenidos por las personas jurídicas no tiene aún carta de naturaleza en nuestro Derecho»*. Posteriormente, el mismo autor ha desarrollado esta idea, centrándose no obstante en el derecho al honor²⁵⁵. Así, para determinados casos de lesión del derecho al honor, Pantaleón no sería partidario de que *«el comiso de las ganancias para evitar que la difamación resultase rentable a la postre»* se instrumentalice mediante un *«Derecho penal privado, con indemnizaciones mucho más elevadas que las normales por el daño moral»*; sino que cree *«preferible (...) hacer que también en materia de delitos contra el honor funcione el Derecho penal público, pues, como el procedimiento criminal, ha sido específicamente diseñado para desempeñar la función de castigar las conductas indeseables: sus sanciones son personalísimas, no aseguras, proporcionadas, cuando pecuniarias, a la situa-*

²⁵⁴ Vid. «Art. 1.902», cit., pp. 1.972-1.973.

²⁵⁵ Vid. «La Constitución, el honor y unos abrigos», cit., pp. 1.690-1.691.

*ción económica del condenado, etc. Y porque me parece profundamente injusto enriquecer al difamado por el solo hecho de serlo – esto significa darle una indemnización superior a su daño –, en lugar de la Hacienda Pública (por ejemplo, para que se incrementen el número de fiscales) mediante las multas y el comiso de la ganancias provenientes del delito (...)*²⁵⁶.

Desde el sector doctrinal opuesto, esto es, aquellos autores que defienden que el Derecho de daños debe cumplir –y cumple– una función preventiva primaria, tampoco se olvida, en ocasiones, este dato; de ahí que Wagner²⁵⁷ –desde una simpática honestidad– reconozca que el hecho de que la cuantía indemnizatoria concedida a la víctima deba coincidir con una cantidad que –con independencia del daño efectivo causado– sirva para disuadir al agente del daño y a otros potenciales causantes de daños de la conducta ilícita produce el inconveniente de que dicha víctima resultará enriquecida, debido a que recibirá una compensación económica mayor a la del daño causado. Pero para aquel autor hay que «contentarse» con esta disfunción, pues lo que se plantea –según Wagner– es un dilema entre el enriquecimiento del agente del daño o el enriquecimiento de la víctima; siendo preferible –en la dialéctica propuesta– la última opción. Desde el mismo sector doctrinal, Salvador Coderch / Castiñeira Palou²⁵⁸ también admiten que el contraargumento de la sobrecompensación o enriquecimiento de la víctima es «parcialmente razonable»; y que, en efecto, resulta sensato que la cantidad necesaria para prevenir pueda revertir de alguna manera en la Hacienda Pública; si bien añadiendo un interesante matiz: «hay que hacer al erario público partícipe de la cuantía de la multa, pero atribuírsela por entero al Fisco dejaría al actor potencial sin estímulo alguno para litigar».

Es ésta una cuestión de política jurídica que excede del propósito de este estudio; así como tampoco corresponde aquí enjuiciar la supresión del criterio de las ganancias obtenidas como criterio de valoración del daño moral en la LO 1/1982 y el reconocimiento de la acción de restitución de ganancias en el nuevo artículo 9.2 d) LO 1/1982, introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal²⁵⁹. No obstante, es claro que existen soluciones intermedias a los dos extremos propuestos; y que consigan el efecto disuasorio perseguido desde mecanismos más razonables que los consistentes en incentivar la vía penal para perseguir las intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad; o la de encogerse de hombros al ver que determinados personajes de la prensa del corazón, entre otros, se enriquecen mediante la concesión de indemnizaciones por el daño moral destinadas, en realidad, a

²⁵⁶ Cfr. «La Constitución, el honor y unos abrigos», cit., p. 1.691.

²⁵⁷ Vid. «Prävention und...», cit., pp. 470-471.

²⁵⁸ Vid. *Prevenir y castigar...*, cit., p. 168.

²⁵⁹ Sobre una primera valoración e interpretación de esta norma, vid. BERCOVITZ, R., «La dignidad de las víctimas de delitos», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 6/2010, BIB 2010/1814; GRIMALT SERVERA, P., «La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)», *Derecho Privado y Constitución*, 2011, núm. 25, pp. 131-135; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Daños punitivos*, cit., p. 61; MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal...», cit., pp. 509-510.

eliminar las ganancias que los medios de comunicación obtienen por lesiones a su personalidad²⁶⁰. Así, no es impensable que la dogmática civil pueda construir una acción de naturaleza privada o civil –*sui generis*: ni *compensatoria* ni *restitutoria*– destinada a que la persona que lesionó la personalidad ajena transfiera las ganancias obtenidas por el ilícito civil a la Hacienda Pública²⁶¹. Un razonable modelo dogmático y normativo sería la pretensión de retirada de las ganancias (*Gewinnabschöpfungsanspruch*) reconocida en el art. 10 de la nueva Ley de competencia desleal alemana (UWG)²⁶². En nuestro caso, y si el legislador decidiera sustituir la acción del art. 9.2 d) LO 1/1982 por ésta, la objeción expresada por Salvador / Castiñeira, podría superarse reconociendo legitimidad para ejercitarla al MF, que «*será siempre parte*» de los procesos civiles de tutela de los fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 249.1 2.ª LEC).

Y, en todo caso y en lo que importa considerar ahora, conviene señalar –idea en la que se insistirá enseguida– en que la función primaria del Derecho del enriquecimiento, en especial, la de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno no reside en la necesidad de corregir injusticias, ni evitar que una persona con una conducta reprochable se enriquezca por ello²⁶³; sino, simplemente, en garantizar que la asignación de bienes previamente determinada por un ordenamiento jurídico –mediante la concesión de posiciones jurídicas exclusivas protegidas por un derecho subjetivo absoluto o por una situación jurídico-subjetiva de contenido análogo– no se vea alterada por la intromisión de terceros.

En segundo lugar, la interferencia en el Derecho español de la teoría del triple cómputo del daño en el campo de los remedios resarcitorios por infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial también ha generado la impresión –algo desenfocada– de que la restitución de las ganancias obtenidas por el infractor de

²⁶⁰ En el marco de esta última opción, MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal...», cit., pp. 540-553, esp., p. 552, han sugerido o planteado –si bien ya muy tímidamente– la adopción para el CC y para el Código Civil Catalán del modelo alemán de la restitución de las ganancias obtenidas por el gestor de negocios ajenos sin mandato (§§ 687 II, 681 y 667 BGB). *Vid. infra* sobre esta regulación y su difícil encaje en Derecho español.

²⁶¹ Advuértase que la acción reconocida en el artículo 9.2 d) LO 1/1982 no sirve a este propósito, pues las ganancias del intromisor se integran en el patrimonio de la víctima de la intromisión («*apropiación por el perjudicado*»).

²⁶² *Vid.*, sobre dicha acción, HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 29.ª ed., C.H. Beck, München, 2011, pp. 1.218-1.228 (§ 10 UWG Rdn. 1-25); OHLY, A., «§ 10», en PIPER, H. / OHLY, A. / SOSNITZA, O., *UWG – Kommentar*, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 906-908 (Rdn. 1-3); EMMERICH, V., *Unlauterer Wettbewerb*, 8.ª ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 363-367 (§ 23 Rdn. 27-42); y, con detalle, NEUBERGER, J., *Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 7-31.

²⁶³ Ésta, en cambio, sí es la finalidad, aparentemente, de la acción del artículo 9.2 d) LO 1/1982, que, obviamente, no guarda relación alguna con el Derecho del enriquecimiento.

estos derechos forma parte del objeto usual de la acción de enriquecimiento²⁶⁴.

La teoría o método del triple cómputo del daño (*dreifache Schadensberechnung*) tiene sus orígenes en la jurisprudencia alemana de finales del s. XIX relativa a la protección frente a las explotaciones indebidas de derechos sobre bienes inmateriales; y su hito fundacional se encuentra en la decisión del RG 8-VI-1895²⁶⁵: pretensión resarcitoria del autor de una composición musical –Ludolf Waldmann (1850-1919)– contra la persona que había creado y distribuido comercialmente un exitoso aparato musical mecánico que permitía la reproducción y comunicación pública de aquella obra musical. La pretensión –fundada en la acción de daños de la Ley alemana de Derecho de autor de 1870– planteaba el problema de que el demandante –desde la teoría de la diferencia– no había sufrido un daño relevante; pues resultaba difícil apreciar una disminución patrimonial desde la comparación entre el valor actual del patrimonio del autor de la obra musical y el valor de dicho patrimonio de no haber tenido lugar la infracción de derechos de explotación sobre dicha obra; especialmente, desde el argumento de que dicha infracción otorgó a la composición musical indebidamente explotada una difusión y una popularidad de las que no gozaba con anterioridad a la infracción. Desde este punto de partida –y desde la convicción de que la usurpación de derechos de autor constituye un ilícito que no puede quedar sin respuesta, más allá de la acción de cesación–, el *Reichsgericht* entendió que, en estos supuestos de usurpación, y en función de la perspectiva que se adopte para valorar la conducta ilícita del infractor, el daño puede valorarse de acuerdo con tres criterios distintos, a elección del titular del derecho infringido: (i) mediante la prueba del daño concreto sufrido por el titular, incluido el lucro cesante; (ii) mediante la cantidad que el demandado hubiese tenido que abonar al titular del derecho

²⁶⁴ Vid., en este sentido, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento...*, cit., *passim*, esp., pp. 15, 26, 27, 31-39, 77-80; «Posición jurídica del titular de la marca», en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. / OTERO LASTRES, J.M. / BOTANA AGRA, M., *Manual de la propiedad industrial*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2009, p. 682; YZQUIERDO TOLSADA, M. / ARIAS MÁIZ, V., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2006, p. 244; «Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 634-643; MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal...», cit., pp. 512-516, esp., pp. 512 y 516; con mejor argumentación, pero en el mismo sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 57 y ss., 165-166 y 184-189; GONZÁLEZ GOZALO, A., «Modificaciones que afectan a los medios de tutela de la propiedad intelectual», en BERCOVITZ, R. / GARROTE, I. / GONZÁLEZ GOZALO, A. / SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 239; REGLERO CAMPOS, L.F., «Responsabilidad civil...», cit., p. 723: «*En puridad dogmática, la opción del segundo inciso de la letra a) [art. 43.2 a) LM] lleva en sí una acción de enriquecimiento injusto (...). En esta opción, la deuda del infractor (...) tiene su origen en los beneficios que obtuvo como consecuencia de la utilización ilegítima de un derecho ajeno exclusivo, culposa o no (condictio por intromisión en un bien jurídico ajeno; Eingriffskondition, una de cuyas manifestaciones típicas la constituye la explotación no autorizada de bienes inmateriales sobre los que recae un derecho de propiedad intelectual o industrial)*».

²⁶⁵ Caso *Ariston*, RGZ, 35, 1895, pp. 63-75.

por el uso autorizado de éste (regalía hipotética); y (iii) mediante las ganancias que el infractor ha obtenido por el uso no autorizado del derecho²⁶⁶. Aparte del derecho de autor²⁶⁷, este método –tan poco ortodoxo²⁶⁸ como enormemente útil en la práctica– se ha ido extendiendo, de la mano de la jurisprudencia alemana, a los derechos de patente y sobre modelos de utilidad²⁶⁹, a los diseños industriales²⁷⁰; a los derechos sobre las marcas y otros signos distintivos²⁷¹; a los derechos de obtención vegetal²⁷²; a determinados derechos de la personalidad incorporal²⁷³; y a determinados ilícitos del Derecho de la competencia desleal²⁷⁴.

Indudablemente, esta técnica de valoración del daño ha tenido un gran éxito en otros ordenamientos de la Europa continental. En el Derecho español, como es sabido, las leyes de propiedad intelectual e industrial recogen las líneas maestras de este méto-

²⁶⁶ Sobre la aparición y desarrollo de la *dreifache Schadensberechnung*, vid., en la doctrina alemana, ULLMANN, E., «Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzten im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», *GRUR*, 1978, núm. 11, pp. 615-623, esp., pp. 617-618; KRABER, R., «Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht», *GRUR Int*, 1980, núm. 5, p. 260; SACK, R., «Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts», en FORKEL, H. / KRAFT, A. (Hrsg.), *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag*, Metzner, Frankfurt am Main, 1985, pp. 373-375; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 81-89; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 620-624; STIEPER, M., «Dreifache Schadensberechnung nach der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EG im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht», *WRP*, 2010, pp. 624-625. En la doctrina española, resultan de utilidad, BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *ADC*, 1997, pp. 1.264 y ss.; CARRASCO PERERA, Á., «Art. 140», cit., pp. 1.691 y ss.; y, anteriormente, «Art. 135», cit., pp. 1.790 y ss.; «Aranzadi vs. El Derecho...», cit., pp. 8-11; FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 39 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 55 y ss.

²⁶⁷ Cfr. ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.^a ed., Springer, Berlin *et al.*, 1980, pp. 558-559; WILD, G., «§ 97», en SCHRICKER, G. / LOEWENHEIM, U. (Hrsg.), *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 1.884 y ss. (Rdn. 145 y ss.); DREIER, TH., «§ 97», en DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.359-1.360 (Rdn. 58); SACK, H., *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 373-374 (Rdn. 788); HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, 2.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 224-226 (Rdn. 745-753).

²⁶⁸ Cfr. ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 623.

²⁶⁹ Cfr. KRABER, R., *Patentrecht*, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 855-857; ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», en *Benkard Patentgesetz*, 10.^a ed., C.H. Beck, München, 2006, pp. 1.415 y ss. (Rdn. 61 y ss.); modelos de utilidad: *ibid.* p. 1.674 (Rdn. 61 y ss.); GÖTTING, H.P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, C.H. Beck, München, 2007, pp. 211-212 (Rdn. 23-27).

²⁷⁰ Cfr. EICHMANN, H., «§ 42», en EICHMANN, H. / VON FALKENSTEIN, R.V., *Geschmacksmustergesetz*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 550 y 551-552 (Rdn. 17, 21 y 22); GÖTTING, H.P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, cit., p. 257 (Rdn. 5-8).

²⁷¹ Cfr. FEZER, K.H., *Markenrecht*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, p. 1.025 (§ 14 Rdn. 1.024); GÖTTING, H.P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, cit., pp. 353-354 (Rdn. 8-9).

²⁷² Cfr. LEBMANN, H. / WÜRTEMBERGER, G., *Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht Handbuch*, 2.^a ed., Nomos, München, 2009 (§ 7 Rdn. 42).

²⁷³ Vid. *infra* 6.2.

²⁷⁴ Vid. HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen...*, cit., pp. 1.189-1.193 (§ 9 UWG Rdn. 1.36-1.45); OHLY, A., «§ 9», en PIPER, H. / OHLY, A. / SOSNITZA, O., *UWG – Kommentar*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, p. 894 (Rdn. 15); KÖHLER, H., «Der Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht», *NJW*, 1992, núm. 23, pp. 1.477-1.482 p. 1.479.

do; cfr., en el Derecho vigente, artículo 140.2 LPI; artículo 43.2 LM; artículo 66.2 LP; artículo 55.2 LPJDI; en su nueva redacción motivada por el artículo 13 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Ciertamente, la inserción de criterios restitutorios –como el de las ganancias obtenidas por el infractor y, sobre todo, el del precio de una hipotética licencia– dirigidos a computar abstractamente el daño sufrido por el titular de los derechos de propiedad intelectual o industrial presenta, como se detallará más adelante, un encaje difícil en el seno de una acción indemnizatoria; y, en efecto, la configuración de un criterio pensado para la reintegración de derechos –como lo es el de la regalía hipotética o precio que el infractor debería haber abonado al titular por el uso legítimo de su derecho de exclusiva– como un daño representa una confusión entre el Derecho de daños y el Derecho de enriquecimiento²⁷⁵. Pero ello no significa que el criterio del beneficio obtenido –cualquiera que fueran las razones que llevaron a su inclusión tanto en la doctrina jurisprudencial alemana de la *dreifache Schadensberechnung*, como en la de los legisladores comunitario²⁷⁶ o español²⁷⁷– represente el objeto habitual o natural de una acción de enriquecimiento; pues, como ahora se explica, mediante la restitución de ganancias no se cumple con la función primaria de la *condictio* por intromisión.

Precisamente, una de las contribuciones más relevantes de las reseñadas teorías diferenciadoras o tipológicas del Derecho del enriquecimiento ha consistido en resaltar las funciones de cada uno de los grupos de *condictiones*²⁷⁸; especialmente, para de esta manera precisar con cierta exactitud el alcance de la pretensión restitutoria para cada supuesto o tipo de enriquecimiento injustificado. En el caso de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno, su función primaria ha consistido –desde la aportación axial de VON CAEMMERER²⁷⁹– en, como se ha visto, conceder al titular de una posición jurídica exclusiva una pretensión para reintegrar en su patrimonio el provecho obtenido por el intromisor ilegítimo, siempre que dicho provecho hubiera sido asignado o atribuido en exclusiva por el ordenamiento a su titular²⁸⁰. De esta manera, se concibe

²⁷⁵ Vid. *infra* 6.2.

²⁷⁶ Cfr. artículo 13 Directiva 2004/48/CE.

²⁷⁷ Cfr. artículo 140.2 LPI; artículo 43.2 LM; artículo 66.2 LP; artículo 55.2 LPJDI.

²⁷⁸ Vid. *supra* II.

²⁷⁹ Vid. «Bereicherung und...», cit., pp. 353-360.

²⁸⁰ Vid., de nuevo, sobre la función reintegradora de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-93 y 106-110; LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 130; SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 310 (Rdn. 745);

un mecanismo de protección y reintegración de los derechos subjetivos absolutos o posiciones jurídico-subjetivas análogas, por medio del cual el titular del derecho usurpado puede exigir al usurpador la restitución del valor de mercado de los derechos o facultades usurpados, esto es, un valor que el ordenamiento jurídico había asignado en exclusiva al titular.

Así, el ordenamiento, al reconocer a una determinada persona un derecho subjetivo absoluto, concede a ésta la facultad de excluir a los demás de la situación de poder delimitada por dicho derecho; con la consecuencia de que cualquier tercero que pretenda explotar económicamente dicho derecho deberá recabar la autorización del titular. Ello obligará a las partes, a su vez, a negociar dicha autorización, con especial consideración al precio de dicha autorización; que, usualmente, vendrá fijado por el valor mercado del uso objeto de la negociación. En el momento en que un tercero explota de forma no autorizada un derecho ajeno, se produce una disfunción en las normas de atribución de bienes diseñadas por el ordenamiento; pues aquel tercero pretende escapar del cauce negociador y del precio de mercado impuestos por la decisión del ordenamiento de proteger a una persona con un derecho subjetivo absoluto o con una posición jurídica de contenido análogo. Por ello, al ordenamiento le interesa arbitrar un mecanismo para reconducir al usurpador a aquella negociación y a aquel precio de mercado de los que pretendía escapar; un mecanismo, pues, consistente en reconstruir la situación como si las partes hubieran acordado de forma negociada el uso en cuestión y que, de esta manera, cumplan el cauce previsto por el ordenamiento mediante su sistema de atribución de bienes en exclusiva.

Desde esta lógica exclusivamente reintegradora, se comprenderá el muy difícil encaje que tiene la restitución de las ganancias obtenidas por el intromisor en el objeto de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno²⁸¹. El objeto de la pretensión restitutoria debe limitarse, desde esta aproximación, a reintegrar en el patrimonio del titular del derecho usurpado aquello que, precisamente, el ordenamiento le había atribuido en exclusiva. Y es evidente que cuando un ordenamiento asigna en exclusiva a una persona una

CANARIS, C.W., «Der Vorrang...», cit., p. 1.119; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 89; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 194-195; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 787; SIRENA, P., «La restituzione...», cit., p. 83.

²⁸¹ Vid., en general, sobre ello, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-100; SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., pp. 458-459; LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 277-280; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 133-134 y 136-137; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 380-381; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 900-910; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 879-881.

posición jurídica absoluta sobre un bien no atribuye o garantiza a esta persona unas ganancias; sino que, simplemente, le atribuye una posibilidad de obtener ganancias mediante la facultad jurídica de explotar por sí mismo o por medio de un tercero el bien en cuestión²⁸². Así, si un tercero explota de forma no autorizada un derecho ajeno y obtiene, por medio de este acto ilícito, ganancias, no usurpa al titular dichas ganancias; sino que lo que le usurpa es la posibilidad de obtenerlas; por lo que lo que el intromisor ilegítimo debe, en concepto de enriquecimiento, al titular del derecho es cabalmente el valor de uso del derecho o facultad infringidos.

Como se comprenderá, la decisión de un ordenamiento –como, p. ej., el español– de reconocer, bajo determinados requisitos, al creador de una invención un derecho subjetivo absoluto sobre ella (derecho de patente); o la de reconocer al creador de una obra intelectual (expresión formal y original de la creatividad humana) un derecho de explotación sobre esta obra (derecho de autor); o la de reconocer a la persona física, por el mero hecho de serlo, un derecho absoluto sobre el uso de su imagen (derecho de imagen), etc. no garantizan que el titular de estos derechos obtenga unas ganancias por el uso de sus actividades inventivas o creativas, o por el uso de su imagen. Pero sí le garantizan una posibilidad de usar o explotar el objeto de sus derechos en exclusiva; por lo que si un tercero usa o explota de forma no autorizada dicho bien, estará obligado a restituir al titular el valor de mercado del uso o explotación del derecho. Como explica con rigor Basozábal, al reseñar la función reintegradora de la *condictio* por intromisión, «(l)a ganancia es el resultado de un proceso mucho más complejo que el simple ejercicio de la facultad usurpada e incluye el desarrollo de otras facultades propias como el esfuerzo, la iniciativa, la asunción de riesgo, la estrategia y la pericia de aquel que pretende obtenerla. (...). El titular de la cosa sólo tiene derecho a exigir el precio de la licencia de explotación de la cosa y no la ganancia del intromisor, porque sólo aquélla le corresponde como valor de reintegración de su derecho²⁸³».

Por todo ello, los análisis más precisos de las funciones y alcance de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno suelen limitar su objeto a la restitución del valor de uso, es decir, al precio por el cual el titular hubiera autorizado al intromisor el uso o explotación litigiosa²⁸⁴. No obstante, diversas propues-

²⁸² *Vid.*, así, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 906; en una línea parecida, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 723-724.

²⁸³ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 92.

²⁸⁴ *Vid.*, en la doctrina alemana, LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 136-137; «Bereicherungsansprüche im Wettbewerbsrecht», *WRP*, 1997, núm. 10, pp. 913-918 (IV y nota 42); SACK, R., «Die Lizenzanalogie...», cit., pp. 380-383; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 904-910; HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., p. 1.202 (§ 9 UWG Rdn. 3.4.); KRA ER, R., *Patentrecht*, cit., p. 866; ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», cit., pp. 1.427 (Rdn. 85);

tas doctrinales tratan de matizar este punto de partida, admitiendo –probablemente, desde la idea de que no resulta *justo* o *eficiente* que el intromisor ilegítimo no esté obligado a restituir las ganancias obtenidas mediante un acto ilícito– en determinados casos, especialmente en el caso de intromisores de mala fe, que la acción de enriquecimiento por intromisión comprenda dichas ganancias.

Estos intentos son especialmente intensos en Derecho alemán²⁸⁵. En éste, la configuración moderna de la *Eingriffskondiktion* como un instrumento de protección y reintegración de los derechos subjetivos con contenido de atribución llevó –de la mano del luminoso trabajo de Von Caemmerer– a reducir el objeto de dicha acción al valor de uso del derecho usurpado; entendiendo de forma objetiva el concepto de *valor* del § 818 II BGB, y negando, en consecuencia, que las ganancias pudieran integrarse en la pretensión restitutoria²⁸⁶. Sin embargo, los intentos por integrar en la pretensión de enriquecimiento las ganancias obtenidas por el intromisor han ido reiterándose bajo diversos argumentos. Por lo pronto, los seguidores de las teorías de la antijuricidad –es decir, aquellas según las cuales el criterio determinante de la obligación de restituir el enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno es el carácter ilícito o antijurídico de esta intromisión– consideraron, lógicamente, que el objeto de la pretensión restitutoria viene integrado por todo aquello que se ha obtenido ilícitamente²⁸⁷. Pero incluso desde la más refinada teoría de la atribución, se ha tratado de integrar la restitución de las ganancias a la *condictio* por intromisión. Así, por un lado, un grupo de autores²⁸⁸ sugiere una concepción subjetiva del concepto de *valor* del § 818 II BGB, que se centre en el patrimonio del deudor de la obligación restitutoria y que determine aquello que, en concreto, ha obtenido por la intromisión dicha persona; señalando, además, que la admisión de la restitución de las ganancias por medio de la acción de enriquecimiento se justifica por la distribución del riesgo en la obligación restitutoria, así como bajo el argumento de que si en el objeto de la obligación restitutoria primaria del § 818 I BGB no solo se

SCHACK, H., *Urheber- und...*, cit., pp. 387-388 (Rdn. 809). En la portuguesa, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 880-881.

²⁸⁵ Vid. un resumen de estas posiciones en ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 900-904; LIEB, M., «§ 818», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2004, pp. 1.413-1.414 (Rdn. 20-21); LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 136-137.

²⁸⁶ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 359-360; más recientemente, entre otros, SCHWAB, M., «§ 818», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 1.586 y 1.591 (Rdn. 79 y 95).

²⁸⁷ Vid., así, p. ej., SCHULZ, F., «System der...», cit., pp. 428-430. Un planteamiento parecido es insinuado, entre nosotros, por ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 185-190, esp., p. 190, bajo el concepto de «enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito».

²⁸⁸ Vid. ESSER, J. / WEYERS, H.L., *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 2, 8.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 96 (§ 51 I 1 [f]) y p. 103 (§ 51 I 4 [c]); WESTERMANN, H.P. / BUCK-HEEB, P., «§ 818 BGB», en WESTERMANN, H.P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, II, 12.^a ed., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, p. 3.403 (Rdn. 17-18). Vid. más referencias sobre estas propuestas en ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 902.

incluye –según interpretación mayoritaria– el *commodum representationis*, sino también el *commodum ex negotiatione*, la obligación de restitución del valor *ex* § 818 II BGB también debería interpretarse de forma extensiva para incluir las ganancias obtenidas por el intromisor. Por otro lado, otro sector doctrinal intenta concebir –manteniendo una interpretación objetiva del concepto *valor*– las ganancias ilícitamente obtenidas mediante la intromisión como un fruto que pertenece al titular del derecho²⁸⁹. Por su parte, la jurisprudencia ha negado que la *condictio* por intromisión pueda comprender la restitución de las ganancias obtenidas por el intromisor, *vid.* BGH 24-XI-1981²⁹⁰: la empresa *A*, dedicada a la fabricación y distribución de ventanas, comercializó marcos para ventanas utilizando un dispositivo de material plástico que se encontraba protegido como modelo de utilidad a favor de *B*. En su acción de enriquecimiento, *B* exigía a *A* la restitución de las importantes ganancias obtenidas mediante la comercialización de los marcos; pretensión que es desestimada por el BGH, al entender que la acción de enriquecimiento se limita al precio de la licencia hipotética, esto es, la remuneración que *B* hubiese exigido a *A* por la explotación de su modelo de utilidad. En el mismo sentido, se pronuncia la BGH 18-XII-1986²⁹¹.

A todo ello, conviene advertir que, en Derecho alemán, la restitución de las ganancias obtenidas por el intromisor encuentra un fundamento normativo claro, en primer lugar, en la regulación de la gestión de negocios ajenos sin mandato (§§ 687 II, 681 y 667 BGB); siempre que el intromisor o gestor haya interferido en la esfera jurídica del titular del derecho de mala fe²⁹². En segundo lugar, también se argumenta que la posibilidad de agravar la responsabilidad del deudor de la obligación de restituir el enriquecimiento que incurre en mala fe (conocimiento de la ausencia de causa, §§ 819 I y 818 IV BGB) puede conectarse con la obligación de restituir el *commodum ex negotiatione* [§ 285 BGB (antiguo § 281 BGB)], esto es, la obligación del deudor de restituir el valor del bien obtenido –mediante un negocio jurídico con un tercero– como subrogado de la obligación que ya no puede ser cumplida²⁹³. La lógica de estos postulados normativos se ha tratado de trasladar en el ámbito de la acción de enriquecimiento, considerándose, así, que el intromisor de mala fe está obligado a restituir las ganancias obtenidas; mientras que el de buena fe solo respondería por el valor

²⁸⁹ *Vid.* BRANDNER, H.E., «Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, núm. 5, pp. 360 y ss. *Vid.* Más referencias, en ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 902-903.

²⁹⁰ Caso *Kunststoffhohlprofil II*, *GRUR*, 1982, núm. 5, pp. 301-305.

²⁹¹ Caso *Chanel No. 5 I*, *GRUR*, 1987, núm. 8, pp. 520-524.

²⁹² Sobre la aplicación de este régimen normativo en el campo de las intromisiones dolosas en los derechos de la personalidad, *vid.* SCHLECHTRIEM, P., «Anmerkung zu BGH 15.11.1994», *JZ*, 1995, núm. 7, p. 364; RIXECKER, R., «Das allgemeine...», cit., p. 335 (Rdn. 251); EHMANN, H., «Anhang zu § 12», en WESTERMANN, H.-P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 12.^a ed., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pp. 125-126 (Rdn. 361-367).

²⁹³ *Cfr.* LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 277-280; CANARIS, C.W., «Bereicherung aus...», cit., pp. 92 y 94-96.

de uso²⁹⁴. Estas interpretaciones –que, en el fondo, parecen justificarse más por razones preventivas o punitivas, es decir, de política jurídica, que por cuestiones dogmáticas²⁹⁵– han sido, no obstante, criticadas –si bien con poca convicción– por desdeñar las diferencias entre la gestión de negocios ajenos y el Derecho del enriquecimiento y, en especial, por introducir un elemento subjetivo en una acción –la de enriquecimiento– insensible a cualquier reproche sobre la conducta del intromisor²⁹⁶.

En el Derecho español, la idea de agravar la obligación restitutoria del intromisor en los casos en los que éste usurpó el derecho o las facultades ajenos de mala fe también ha tenido cierta acogida. Así, se trata de defender que, en estos casos, la obligación de restituir el enriquecimiento no se limitaría al valor de uso del derecho (al precio de una hipotética licencia); sino que incluiría las ganancias obtenidas por el intromisor. Se trataría, en realidad, de establecer una excepción a la regla restitutoria y reintegradora usual de la *condictio* por intromisión para los casos de dolo o culpa grave del intromisor.

Una aceptación –algo matizada– de esta aproximación se encuentra en BASOZÁBAL ARRÚE²⁹⁷. Para este autor –que encaja elegantemente la mejor doctrina alemana sobre la función de la *condictio* por intromisión en Derecho español por medio de una interpretación en clave reintegradora de la obligación de restituir los frutos percibidos (art. 455 CC) por parte de todo poseedor no privilegiado por la singular norma del artículo 451 CC²⁹⁸–, el objeto de esta acción se limita, en buena lógica, a «la restitución del valor de uso de la cosa fructífera²⁹⁹»; lo que se traduce –«(e)quiparando “frutos percibidos” a “valor de goce de la cosa usurpada³⁰⁰”– a la restitución del precio que el mercado hubiera exigido para legitimar la conducta intromisiva³⁰¹». Ahora bien, el propio BASOZÁBAL –al hilo de la doctrina alemana que trata de dar relevancia a la conducta dolosa del intromisor para agravar la obligación restituto-

²⁹⁴ Vid., así, LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 280; CANARIS, C.W., «Bereicherung aus...», cit., pp. 91-98; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 390-392.

²⁹⁵ Así se lo parece, también, a BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 97. No deja de ser significativo que LIEB [«§ 818», cit., p. 1.413 (Rdn. 181) nota 34] afirme, con desparpajo, que, en Derecho alemán, está claro que el intromisor de mala fe está obligado a restituir las ganancias obtenidas, y que lo único que es discutible es el *Anspruchsgrundlage* (esto es, el fundamento normativo) de esta pretensión. Sorprende, pues, que el rigor que suele caracterizar a la doctrina alemana para determinar el fundamento normativo de toda pretensión se relaje aquí para garantizar –ante todo y a modo de petición de principio– una decisión de política jurídica.

²⁹⁶ Vid., así, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 907-909.

²⁹⁷ Vid. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-100, 263-267 y 331.

²⁹⁸ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 246-262, 264 y 331.

²⁹⁹ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 263.

³⁰⁰ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 265.

³⁰¹ Cfr. *ibid.*

ria³⁰²— termina por considerar que, en Derecho español, puede entenderse que, en «*supuestos de verdadera y probada mala fe (dolo) del intromisor*³⁰³», el artículo 455 CC no debe interpretarse en clave reintegradora —es decir, entendiendo, como se ha visto, que el concepto de *frutos percibidos* signifique *valor de uso*—; sino que, excepcionalmente, puede considerarse que estos *frutos percibidos* se refieren a la ganancia neta obtenida por el intromisor³⁰⁴. No obstante, conviene matizar el alcance de la solución de este autor y, en todo caso, contextualizarla en el marco de sus tesis generales. En primer lugar, Basozábal no olvida en ningún momento —algo que no siempre es claro en la doctrina alemana— que la introducción de la obligación de restituir las ganancias obtenidas en el marco de la acción de enriquecimiento injustificado responde a una finalidad preventiva o punitiva; sin ninguna relación, pues, con la función reintegradora característica de esta acción³⁰⁵. Por ello, la admisión de esta solución en este autor se produce de una forma claramente excepcional o «*extraordinaria*»³⁰⁶; y, más bien, por una razón coyuntural: en efecto, para Basozábal —asumiendo las ideas de Pantaleón³⁰⁷, ya reseñadas anteriormente—, «*es el derecho penal el que debe encargarse, al menos como punto de partida de la adopción de toda medida de carácter preventivo-punitivo*»; de manera que, mediante la inserción de la «*restitución de la ganancia*» en «*la figura del comiso penal*» se consigue de forma más coherente y más razonable —esto es, «*sin tener que otorgársela al sujeto pasivo de la intromisión*»— la finalidad de «*prevención y punición de determinadas conductas intromisivas*³⁰⁸». Pero, en el caso —más que previsible— de que el recurso a esta institución jurídico-penal «*demonstrase ser ineficaz o resultara gravemente entorpecido por la afluencia en masa de causas*», Basozábal admitiría que el Derecho privado realizara «*una labor que en principio escapa de sus funciones propias, y en la que deberá tomar todas las precauciones que su ámbito jurisdiccional permita*³⁰⁹». Así, en resumen, la extensión de la obligación restitutoria a las ganancias obtenidas por el intromisor doloso se presenta, en este autor, como una medida de carácter excepcional, sometida a importantes cautelas y con un tratamiento diferenciado en función de su carácter punitivo.

³⁰² Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 94-97.

³⁰³ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 267.

³⁰⁴ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 99, 267 y 331.

³⁰⁵ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., pp. 1.296-1.297, al afirmar que «la de reintegración» no es la función que se persigue con la restitución de «(l)os beneficios que el infractor ha obtenido», «ya que la fuerza de atribución de éstos (de los derechos) no alcanza a los beneficios que terceras personas puedan haber obtenido con la utilización de los mismos. La medida responde, en principio, a la punición de aquellas conductas cuyos autores merezcan ver frustrados los frutos de su esfuerzo, inversión e iniciativa»; también, *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 93-99.

³⁰⁶ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 98.

³⁰⁷ Vid. «Art. 1.902», cit., pp. 1.972-1.973; «La Constitución, el honor y unos abrigos», cit., pp. 1.690-1.691.

³⁰⁸ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 98.

³⁰⁹ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 99.

En cambio, para Portellano Díez³¹⁰, la admisión de la restitución de las ganancias en el seno de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno se produce con un fundamento normativo y dogmático menos excepcional y, en cualquier caso, destinada a desempeñar un protagonismo mayor. Al igual que Basozábal, este último autor asume la mejor doctrina alemana sobre el encaje dogmático y funciones de la *condictio* por intromisión y, en consecuencia, admite tanto la teoría de la atribución, como la concepción objetivista que limita la pretensión restitutoria al precio de una hipotética licencia³¹¹. No obstante, este autor no ve incompatible la asunción de este punto de partida –por el cual, recuérdese, la acción de enriquecimiento por intromisión procede con independencia de la conducta culposa o no del intromisor– con la idea de dar relevancia a la imputación subjetiva (dolo o culpa grave del intromisor) a la hora de determinar el alcance de la pretensión restitutoria³¹². Así, sobre esta base, Portellano considera que «*el contenido de la restitución será el valor objetivo de mercado de lo obtenido, salvo que concurra un plus, un elemento adicional consistente en dolo o culpa grave del infractor, en cuyo caso podrá ser el beneficio del infractor*»³¹³. La propuesta de este autor –que tiene como finalidad última, como se detallará *infra* 6.2, caracterizar los dos módulos restitutorios de la acción indemnizatoria de la LP (regalía hipotética y ganancias) como una verdadera acción de enriquecimiento distinta de aquella³¹⁴– se fundamenta normativamente en los artículos 1.683 CC, 136.2 CCo y 455 CC; de los cuales pretende extraer una suerte de regla general por la cual el intromisor de mala fe no responde por el valor objetivo de mercado, sino por los beneficios obtenidos³¹⁵.

No obstante, el encaje de este planteamiento en el Derecho español resulta poco convincente; siempre que no se quiera recurrir –con Basozábal– a un planteamiento preventivo-punitivo de la *condictio* de intromisión. De las normas que inspiran la construcción de esta acción en el Derecho español, resulta difícil extraer un principio o norma por el cual el intromisor de mala fe esté obligado a restituir las ganancias obtenidas.

Como sostiene acertadamente Basozábal Arrúe, «*al contrario de lo que ocurre en derecho alemán, el ordenamiento jurídico español carece de un precepto que de forma expresa conceda la ganancia neta del gestor malicioso al dueño del negocio y (...) tampoco los otros preceptos que en nuestro Código civil contemplan supuestos intromisivos proporcionan una base normativa sólida para admitir*

³¹⁰ Vid. *La defensa...*, cit., pp. 163-167 y 184 y ss.

³¹¹ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 163-165.

³¹² Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 165. Lo cual, ciertamente, parece del todo correcto, tal como ya había apuntado con anterioridad la doctrina alemana (*vid.*, p. ej., LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 129); y, entre nosotros, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 95.

³¹³ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 165.

³¹⁴ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 76-80.

³¹⁵ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 165-166.

*tal redistribución de la ganancia*³¹⁶». En efecto, la posibilidad – sugerida por cierta doctrina alemana – de construir una obligación de restitución del enriquecimiento que incluya las ganancias del intrusor en los supuestos de mala fe por coherencia o «*armonía*³¹⁷» con la regulación de la gestión de negocios ajenos sin mandato no puede admitirse en Derecho español. En éste, la posibilidad de construir una obligación de restituir provechos derivados de una actividad gestora en atención a la regulación del mandato (art. 1.720 CC) debe limitarse, en su caso, a la gestión de negocios propia –aquella derivada de un «*hecho lícito*» (cfr. art. 1.887 CC)–; sin que pueda extenderse, entre nosotros, a la gestión de negocios impropia³¹⁸. Mayores dificultades presenta todavía, la posibilidad de construir dicha restitución de ganancias desde la analogía –propuesta en Alemania por Canaris³¹⁹– con la norma de restitución del cómodo representativo en Derecho español; pues, existen diferencias sustanciales entre el artículo 1.186 CC y el § 285 BGB (antiguo § 281 BGB)³²⁰.

Por lo demás, la idea de PORTELLANO de fundamentar dicha solución en los artículos 1.683 CC, 136.2 CCo y 455 CC tampoco puede ser acogida sin graves reservas. Ciertamente, estos dos primeros preceptos establecen que las ganancias obtenidas por el socio civil o colectivo en virtud de la infracción de la obligación de no competir con su sociedad deben ser restituidas a ésta; e incluso parece posible relacionar dicha obligación restitutoria con una sanción típica en el ordenamiento societario español, por el cual la infracción del deber legal de no competencia conlleva la devolución del enriquecimiento³²¹. Ahora bien, intentar extraer de aquí una norma o principio genérico para tratar de cubrir todo grupo de casos intromisivos parece poco razonable³²²: resulta lógico que el

³¹⁶ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 97.

³¹⁷ Cfr. DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., p. 391.

³¹⁸ Cfr., con claridad, CARRASCO PERERA, Á., «Restitución de...», cit., pp. 138-141 y 145-147. Este mismo autor [vid. «Art. 135», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1.796-1.797] propone la aplicación de la acción de restitución en sede de gestión de negocios ajenos (en relación con el artículo 1.720 CC) en el campo del Derecho de autor, en las relaciones que se suscitan en torno a la pluriautoría y a la explotación de una obra en colaboración; es decir, casos –de nuevo– pensados para la gestión de negocios propia. MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal...», cit., p. 542, reseñan ahora –sin superarla– la objeción de CARRASCO.

³¹⁹ Vid. CANARIS, C.W., «Bereicherung aus...», cit., pp. 92 y 94-96.

³²⁰ Vid., sobre estas diferencias, CARRASCO PERERA, Á., «Restitución de...», cit., pp. 143-144; Díez-PICAZO, L., «*Commodum ex negotiatione*», cit., *passim*, esp., pp. 1.604-1.609. Para una introducción a la norma del § 285 BGB y su posible extensión al *commodum ex negotiatione*, vid. EMMERICH, V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6.ª ed., C.H. Beck, München, 2005, pp. 157-162, esp., pp. 160-161 (Rdn. 21).

³²¹ Vid., así, PAZ-ARES, C., «Art. 1.683», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. / BERCOVITZ R. / SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1.421-1.423.

³²² Advierten de ello, CARRASCO PERERA, Á., «Restitución de...», cit., pp. 137-138, esp., p. 138: «Debe, no obstante, ponerse cuidado en la extensión de las consecuencias de esta relación de fiducia a otros supuestos que no responden estrictamente a su esquema»; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 97-98 (nota 141): «Lo que está claro es que la restitución del enriquecimiento/ganancia puede jugar un papel en el ámbito de las violaciones de especiales deberes de concurrencia, pero de ninguna manera en cualquier supuesto de enriquecimiento injustificado».

socio industrial de una sociedad de abogados restituya a ésta –ya sea como enriquecimiento o como daño (lucro cesante)– las ganancias obtenidas por aquél en el ejercicio individual de la abogacía; pero lo es mucho menos que la empresa que comercializa camisetas con la imagen y el nombre de un futbolista esté obligado a restituir a éste los beneficios netos obtenidos por la comercialización ilícita³²³. En cuanto al recurso al artículo 455 CC, tampoco merece mayor aceptación. En realidad, este autor se limita, aquí, a asumir la interpretación de Basozábal, por la cual, y como se ha visto, aquel precepto constituye el fundamento normativo de una genérica acción de enriquecimiento por intromisión en el goce de cosa ajena; interpretando –de acuerdo con la función reintegradora que cabe predicar de esta acción en Derecho español– que, cuando la norma se refiere a los *frutos percibidos*, debe entenderse *valor de goce de la cosa usurpada*. Pero, aprovechando que Basozábal termina por admitir –más por razones de política jurídica, que exegéticas o dogmáticas, como se ha visto– una interpretación punitiva del artículo 455 CC –por la que *frutos percibidos* debe interpretarse como *ganancias obtenidas*– en aquellos casos de mala fe del intromisor, Portellano arrima el ascua a su sardina y da a entender que la idea de que el intromisor de mala fe responde por las ganancias es la solución normativa contemplada en el artículo 455 CC³²⁴. Sin embargo, deben señalarse las importantes diferencias entre ambas tesis. Basozábal, como se ha señalado, admite la restitución de la ganancia por medio de la *condictio* por intromisión como un supuesto claramente excepcional y singular: no solo porque esta posibilidad, debido a su carácter punitivo, «*debe reducirse a supuestos de verdadera y probada mala fe (dolo) del intromisor*»³²⁵, sino porque en caso de admitirse –cosa que el autor hace, pero sin demasiado entusiasmo, debido a su certera configuración del fundamento dogmático y funciones de esta *condictio*³²⁶–, Baso-

³²³ En realidad, la tesis de PORTELLANO DÍEZ –por la cual la acción de enriquecimiento por intromisión alcanza las ganancias obtenidas en los supuestos de intromisión de mala fe– parece presentarse con un ámbito amplio, extensible a intromisiones en cualquier derecho (al menos, a los derechos de propiedad intelectual e industrial). Sea como fuere –esto es, aun que su propuesta se limitara a la infracción del derecho de patente– no se acaba de aclarar la conexión entre los artículos 1.683 CC y 136.2 CCo y la relación jurídica-obligatoria (extracontractual) entre acreedor (titular del derecho infringido) y deudor (infractor) de la obligación de restituir el enriquecimiento. En p. 165, el autor se limita a decir que aquellos dos preceptos «se sitúan en una esfera muy próxima al tema que nos ocupa: el deber legal de no competencia»; dando a entender –lo cual no parece muy apropiado– que la estructura del deber de fidelidad de los socios o de los administradores de sociedades y, en concreto, el deber de no competencia que se desprende de aquél, puede extenderse en general al mercado de bienes inmateriales.

³²⁴ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 166.

³²⁵ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 267.

³²⁶ Sorprende, pues, que PORTELLANO [*La defensa...*, cit., p. 165 (nota 379)] considere que «una de las más notables aportaciones del trabajo de BASOZÁBAL» sea la de entender que, cuando concurre dolo en el intromisor, no se restituye el valor objetivo de mercado, sino la ganancia del infractor. Precisamente, BASOZÁBAL (*Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 98-100 y 331) admite tal posibilidad de manera ciertamente excepcional y, como hemos visto, por una razón coyuntural, consistente en que la institución del comiso penal no parece poder cumplir eficazmente su función preventivo-punitiva en el marco de las relaciones jurídico-privadas. En la medida en que, el Derecho vigente, como ha quedado dicho, reconoce, en el ámbito que nos ocupa, una acción de restitución o absor-

zábál considera que la obligación de restituir la ganancia debería tener, por su carácter punitivo, un régimen jurídico diferenciado de la obligación de restituir el enriquecimiento usual que nace de la intromisión en derecho ajeno³²⁷. En cambio, para Portellano, la acción de enriquecimiento dirigida a restituir las ganancias obtenidas por el infractor de un derecho de patente tiene un ámbito de aplicación –merced a dicha interpretación– ciertamente amplio³²⁸. No deja de ser significativo que si en el caso de Basozábal dicha acción solo procede en «*supuestos de verdadera y probada mala fe (dolo) del intromisor*»³²⁹, para Portellano se exige «*dolo o culpa grave del infractor*»³³⁰; lo que lleva a extender tal acción, p. ej., a los actos de intromisión de fabricantes e importadores de objetos patentados.

Y resulta oportuno insistir en esta falta de fundamento normativo y dogmático convincentes para admitir, en Derecho español, la restitución de ganancias bajo una acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno; pues, de otro modo, se corre el riesgo de que la utilidad de esta acción como instrumento de protección y de reintegración de derechos subjetivos absolutos o posiciones jurídicas de contenido análogo pase inadvertida en la práctica de los tribunales; diluyéndose, de esta manera, en aquella concepción unitaria y poco elaborada por la cual la acción de enriquecimiento tiene por objeto la restitución de ganancias.

Vid., así, p. ej., STS 29-XII-2006 (*autocares*), donde se estima la acción de enriquecimiento (*ex* antiguo art. 18.6 LCD [hoy art. 32.1.6.^a LCD]) de una compañía de transporte de pasajeros por carretera frente a una competidora que, aprovechando que su trayecto coincidía parcialmente con el de aquélla, infringió su posición jurídica exclusiva al recoger pasajeros en los tramos cubiertos por la concesión administrativa de la primera compañía. El TS, casando la decisión de la AP, estima la acción de enriquecimiento por las ganancias obtenidas por la compañía infractora de la exclusiva; sin reparar, al parecer, en que dichas ganancias –las consistentes en «el importe del billete de aquellos usuarios que fueron transportados por la demandada con infracción de la exclusiva» (cfr. FJ 13)– ya habían sido *restituidas* en concepto de indemnización por el lucro cesante *ex* artículo 18.5 LCD [cfr. Fallo 2.A.3 (a) y (b)]. En todo caso, el TS explica claramente que el objeto natural de la *condictio* del artículo 18.6 LCD (32.1.6.^a LCD) viene constituido por el beneficio obtenido por el infractor: «*la pretensión de enriqueci-*

ción de las ganancias en el artículo 9.2 d) LO 1/1982, cabe pensar que esa aparente necesidad preventivo-punitiva ya será cumplida por esta acción y, por lo tanto, la *condictio* por intromisión debería dejar de ser apta, en la lógica de este último autor, para restituir ganancias.

³²⁷ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 99-100.

³²⁸ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 166 y 184.

³²⁹ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 267.

³³⁰ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 165.

miento se dirige a reintegrar al titular el provecho económico obtenido indebidamente por el autor de los actos de competencia desleal, pues la Ley de Competencia Desleal ha recogido una conditio por intromisión. La reparación del daño, en que se comprende el lucro cesante, trata de reponer el menoscabo sufrido, mientras que la pretensión de enriquecimiento intenta transferir al actor la ganancia conseguida por el competidor desleal, esto es, todo el valor obtenido como consecuencia de los actos de competencia desleal, aun cuando hay que evitar, en efecto, la duplicidad indemnizatoria» (FJ 14).

Un ejemplo todavía más claro puede verse en el caso ya visto de *Elle c. Interviu* [SJMER Barcelona núm. 2 25-IV-2008 / SAP Barcelona (Secc. 15.^a) 17-XI-2009], en el que la pretensión de restitución de dichas ganancias fue fundada, en la demanda, bajo el antiguo artículo 18.5 LCD (hoy art. 32.1.5.^a LCD), es decir, como una acción indemnizatoria por los daños causados por el acto desleal; lo que fue corregido por el JMER en los siguientes términos: «dado que (...) en la demanda se determina la cantidad reclamada a partir de los beneficios obtenidos por las demandadas, la acción que se ejercita, en definitiva, es la del enriquecimiento injusto del apartado sexto del artículo 18. Al amparo de dicha norma se autoriza al demandante a reclamar todo el provecho económico obtenido por un tercero a costa del propio actor» (FJ 12).

De esta manera, y en ausencia de un fundamento normativo claro en Derecho español que permita extender el alcance de la pretensión restitutoria a las ganancias obtenidas por el intromisor, la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno –en tanto que acción construida desde la teoría de la atribución y con una función reintegradora³³¹– debe limitarse, en Derecho español, a la restitución del valor de uso del derecho o facultad infringidos³³². Claro está que, por razones de política jurídica, puede que interese, en determinados supuestos –como, por ejemplo, en los que el intromisor actuó de mala fe–, que éste resulte obligado a restituir las ganancias obtenidas por la intromisión. Ahora bien,

³³¹ Algo, indiscutible, al menos desde la acción del artículo 32.1.6.^a LCD, cfr., de nuevo, PAZ-ARES, C., «La indemnización...», cit., p. 1.819; MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., p. 549.

³³² En alguna modalidad de *conditio* por intromisión, como p. ej., la derivada de disposición (eficaz) ajena, puede argumentarse –desde unos sólidos fundamentos normativos en el CC español (cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 295-299) y desde una cierta coherencia y razonabilidad– que la medida restitutoria de la acción de enriquecimiento del titular privado de la cosa por la intromisión (disposición eficaz a favor de causahabiente del intromisor) contra éste no se concrete en el valor de mercado de la cosa objeto de la disposición indebida (pero eficaz), sino en el precio obtenido por el intromisor por la enajenación de la cosa. Nótese que, en este caso, no obstante, no aparece ningún prurito preventivo o punitivo, ni tampoco de redistribuir equitativamente ganancias; sino simplemente se trata de un expediente para facilitar la eficacia restitutoria de la acción, mediante una suerte de liquidación abstracta del enriquecimiento; facilitando la concreción del valor de mercado de la cosa (*vid.*, así, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 296).

ello no significa –acaso haya que insistir en ello– que este designio deba ser asumido por la acción de enriquecimiento³³³. Así, en primer lugar, puede entenderse que si la necesidad de instrumentalizar un remedio de naturaleza privada de restitución de ganancias solo reside en la idea de, desde una lógica preventiva o punitiva, extraer o expropiar unas ganancias ilícitas –pero sin que sigamos sin encontrar un argumento jurídico de peso por el que dichas ganancias deban revertir en el patrimonio del titular del derecho–, la solución *de lege ferenda* se encamina, más bien y como se ha apuntado ya, a la construcción de una acción de Derecho privado *sui generis* –es decir, ni indemnizatoria, ni de enriquecimiento– dirigida a condenar al intromisor a entregar el beneficio neto obtenido por la intromisión ilícita a la Hacienda Pública³³⁴. En segundo lugar, tampoco debe perderse de vista que, en algunos casos, la restitución de ganancias obtenidas por el intromisor puede encontrar un sencillo acomodo en la acción indemnizatoria; entendiéndose que, en determinados actos ilícitos, las ganancias obtenidas por el infractor equivalen al daño (lucro cesante) experimentado en el patrimonio del titular del derecho infringido.

Lógicamente, esta identidad entre ganancias del intromisor y lucro cesante del titular solo ocurre en casos muy concretos³³⁵; como, p. ej., los caracterizados por Carrasco Perera³³⁶ como de «*bilateralización del lucro cesante*», es decir, supuestos en los que «*la concurrencia de actividades económicas no diferenciadas entre sujetos en conflicto*» conlleva, usualmente, a que «*el lucro cesante del actor [sea] tendencialmente equivalente al lucro obtenido por el infractor*»; o, en otras palabras, «*la competencia entre ellos hace suponer que la pérdida del uno es la ganancia del otro*»³³⁷. En este sentido, puede verse la STS 7-VII-2009³³⁸, donde se asume el planteamiento de la instancia, según el cual, en un caso de ilícito concurrencial por infracción del artículo 11 LCD, «*es claro que el descenso de ventas de uno implica las ventas por el otro, que se ha introducido, en aquel momento, en el mercado*» (FJ 3).

Así, en nuestro objeto de estudio, si, p. ej., A (una de las dos únicas fundaciones dedicadas exclusivamente en el territorio español a la recaudación de fondos para la investigación de una deter-

³³³ Al igual que tampoco es imprescindible que esta función sea asumida por la acción indemnizatoria del daño moral, como hace el ordenamiento alemán –y hacia el ordenamiento positivo español al amparo del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982– en relación con los derechos de la personalidad incorporal, como se ha apuntado.

³³⁴ El modelo normativo de esta acción podría ser, como se ha visto, el § 10 UWG. Por ello, la acción del artículo 9.2 d) LO 1/1982 no resulta tampoco convincente.

³³⁵ Cfr. MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., pp. 547-548.

³³⁶ *Vid.* «Art. 135», cit., p. 1.796

³³⁷ *Vid.*, en un sentido parecido, PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 105 y ss.; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 274 y ss., esp., p. 291.

³³⁸ Caso *exprimidores*, RJ 2009/4328.

minada enfermedad) explota de forma no autorizada la imagen del artista *C*, quien previamente había concedido *ex* artículo 2.2 LO 1/1982 una autorización a *B* (la otra fundación con la misma actividad) para utilizar la imagen de *C* en una campaña publicitaria de recaudación de fondos, muy probablemente *B* dispondrá de una pretensión indemnizatoria contra *A* (por los daños derivados de la confusión generada respecto al origen fundacional de la campaña); y ello, no solo por el daño emergente (costes de sustitución de la campaña y costes de persecución del ilícito, p. ej.), sino también por su lucro cesante (las ganancias obtenidas por *A* con su campaña en la que utilizaba de forma no autorizada la imagen de *C*). Y piénsese que esta pretensión de *restitución de ganancias* no se concede como tal; ni en atención a la infracción de un derecho subjetivo absoluto titularidad de *B*³³⁹; ni tampoco con la finalidad de *absorber* los beneficios del infractor para satisfacer una pretendida finalidad preventiva de nuestro ordenamiento o para realizar una ofrenda floral a la eficiencia económica; sino sencillamente porque éste es el daño (concreto) ocasionado en el patrimonio de *B* (lucro cesante) derivado de la conducta negligente o dolosa de *A*.

5.2 La puesta en práctica del mecanismo de reintegración de la ventaja obtenida por el intromisor en el patrimonio del titular de los derechos a la intimidad y a la propia imagen: el precio de la autorización hipotética

La consideración de que la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno se limita a la restitución del valor de mercado del derecho o facultad usurpados resulta especialmente cierta en el ámbito de nuestro estudio, pues si hemos considerado, anteriormente, que el fundamento normativo de la *condictio* por intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen se encuentra en el artículo 9.2 a) LO 1/1982, debe recordarse que de lo que se trata es del «*restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos*»; esto es, y en la interpretación aquí propuesta, de reintegrar el derecho infringido mediante una acción por la cual el infractor debe al titular el precio que éste le hubiese exigido por la autorización (lícita) para la intromisión. En la medida en que en los casos de intromisión ilegítima en el goce de derechos subjetivos absolutos –como, por ejemplo, los derechos de la perso-

³³⁹ En la lógica descrita, *B* por la autorización obtenida por medio de *C* no ostenta una posición jurídica dotada de absolutidad (derecho subjetivo absoluto) sobre el uso de la imagen de *C*; pues, por medio del acto de disposición del derecho fundamental a la propia imagen (consentimiento o autorización *ex* art. 2.2 LO 1/1982), el titular no puede transmitir su derecho. En consecuencia, *B* no dispone, aquí, de las acciones de reintegración de la lesión de derechos subjetivos absolutos (inhibitoria, de remoción y de restitución del enriquecimiento injustificado); sino que debe limitarse, en su caso, a la acción indemnizatoria (*ex* art. 1.902 CC o art. 32.1.5.º LCD) para la defensa de sus intereses jurídicos patrimoniales.

alidad incorporeal— la ventaja patrimonial que el intromisor obtiene por el uso no autorizado presenta una naturaleza incorporeal, el mecanismo restitutorio exige una reconstrucción del contrato que las partes hubiesen hipotéticamente celebrado para llegar a la transferencia patrimonial producida por la intromisión³⁴⁰.

Debe precisarse que la utilización de este expediente para determinar el valor del enriquecimiento del intromisor no significa que el titular autorice al intromisor con efectos retroactivos; ni que las partes celebren un contrato con estos efectos³⁴¹. Por ello, el titular del derecho infringido, al ejercitar la acción restitutoria por el precio de la autorización hipotética, no renuncia a otras pretensiones que pueden derivarse de la intromisión ilegítima en su derecho de la personalidad (inhibitoria, de remoción o de indemnización por el daño moral o por el daño patrimonial).

El hecho de que la puesta en funcionamiento del mecanismo restitutorio de reintegración de la usurpación de derechos de la personalidad exija la reconstrucción ficticia de un contrato entre titular del derecho infringido e intromisor puede plantear problemas en aquellos supuestos en los que, a pesar de que este titular hubiese podido autorizar el uso ilícito —en ejercicio de las facultades positivas de su derecho—, resulta claro que esta persona no hubiese autorizado jamás al intromisor para el uso en cuestión o parecidos.

Un buen ejemplo de esta situación puede encontrarse, como hemos apuntado *supra* I, en el caso visto por la SAP Sevilla 2-VI-2011 (*Duquesa de Alba y A. Díez c. Sálvame*), donde los tribunales conocieron de una demanda por intromisión en el derecho a la intimidad (y en el derecho al honor) por la reproducción, durante la emisión de un reportaje en un programa de televisión, de una conversación telefónica privada e íntima, en la cual dos conocidos personajes públicos, se intercambiaban expresiones cariñosas y afectivas. Parece claro que, en este caso, los afectados no habrían tenido ningún interés en difundir públicamente —ni a cambio de precio ni gratuitamente— dichos mensajes. Recuérdese, en todo caso, que los afectados, en tanto que titulares de sus derechos fundamentales a la intimidad, podrían haber autorizado *ex artículo 2.2 LO 1/1982* la intromisión; es decir, podrían haber autorizado al programa de televisión —onerosa o gratuitamente— para la emisión de la conversación telefónica privada e íntima y, de esta manera, legitimar la intromisión en sus derechos a la intimidad personal.

Otros ejemplos pertinentes podrían encontrarse en el citado caso de la STS 7-VII-2004 (*Naomi Campbell c. Interviú*); o en el

³⁴⁰ Vid., así, LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 278; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 894; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 90; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 168-169.

³⁴¹ Vid., así, PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 168; RIXECKER, R., «Das allgemeine... », cit., p. 334 (Rdn. 250).

caso visto por la STS 21-I-1988³⁴², en el que un actor y bailarín solicitó la protección de los tribunales frente al uso publicitario de su nombre artístico de forma no autorizada; dando a entender su radical oposición a que su identidad y sus prestaciones artísticas se vincularan a campañas publicitarias de naturaleza comercial.

En estos casos, pues, podría argumentarse que la falta de predisposición del titular a explotar económicamente su derecho o, simplemente, a autorizar para la intromisión producida impediría concebir la reconstrucción hipotética de un contrato entre las partes y, en especial, la fijación de un precio por el uso legítimo del derecho usurpado; con lo que, desde esta posición, la eventual acción de enriquecimiento que el titular del derecho de la personalidad (intimidad o imagen) ejercitara debería ser desestimada.

De hecho, ésta ha sido la posición defendida por la jurisprudencia alemana durante muchos años. En efecto, la admisión de una acción de enriquecimiento *ex* § 812 BGB por la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen en la BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*) introdujo un remedio sencillo y razonable de protección de los derechos de la personalidad y mediante el cual los demandantes podían fijar con cierta seguridad la cuantía de la pretensión económica derivada de la lesión a su derecho de la personalidad; lo que motivó que las víctimas de una intromisión en estos derechos acudieran, con frecuencia, al expediente de la *Lizenzanalogie*, ya fuera como criterio de fijación abstracta del daño patrimonial sufrido o, en mejor lógica jurídica, como remedio restitutorio por el incremento patrimonial indebidamente obtenido por el intromisor ilegítimo. No obstante, el Tribunal Federal Supremo, en BGH 14-II-1958 (*jinete aficionado*)³⁴³, limitó esta posibilidad bajo el argumento de que, en aquellos casos en los que el titular del derecho no hubiera autorizado económicamente el uso por el que solicita la indemnización o la restitución, dicho titular no ha sufrido ningún daño patrimonial ni, en la lógica del enriquecimiento, tampoco se ha producido un desplazamiento patrimonial ni un empobrecimiento en su patrimonio. Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, por BGH 18-III-1959³⁴⁴: demanda de una cantante por la utilización de su nombre en un anuncio publicitario de una marca de desinfectantes para prótesis dentales; BGH 19-IX-1961³⁴⁵: utilización del nombre de un reputado profesor de Derecho eclesiástico para la promoción de plantas medicinales; son asimismo de interés, por su relato fáctico, OLG München 9-III-1995³⁴⁶: explotación no autorizada de la imagen de una modelo en un reportaje en el que se

³⁴² Caso *Antonio Gades*, RJ 1988/131.

³⁴³ En el caso, se trataba de la demanda de un empresario cervecero, cuya imagen captada durante el transcurso de un concurso de hípica fue explotada de forma no autorizada por una empresa farmacéutica para la campaña de un estimulante sexual.

³⁴⁴ Caso *Caterina Valente*, GRUR, 1959, núm. 9, pp. 430-435.

³⁴⁵ Caso *ginseng*, NJW, 1961, núm. 45, pp. 2.059-2.061.

³⁴⁶ Caso *Telefon-Sex-Foto*, NJW-RR, 1996, núm. 9, pp. 539-541.

da cuenta del negocio del sexo telefónico; y la ya citada AG Hamburg 4-XI-1990 (*Normalbürger*).

Probablemente por las autorizadas críticas lanzadas por la mejor doctrina alemana a este razonamiento –inspiradas en la idea de que la predisposición de la víctima de la intromisión a comercializar el uso litigioso es completamente irrelevante en sede de la acción de enriquecimiento³⁴⁷– la jurisprudencia parece querer olvidar aquella doctrina y, por consiguiente, prescindir de la exigencia del requisito de aquella predisposición para la estimación de la *Eingriffskondition* derivada de la intromisión en los derechos de la personalidad: *vid.*, así, un cambio de criterio explícito, y asumiendo el planteamiento doctrinal, BGH 26-X-2006 (*Oskar Lafontaine*)³⁴⁸.

En el campo del Derecho de autor –es decir, un terreno apto para que se reproduzcan las mismas objeciones para excluir la acción de enriquecimiento en aquellos casos en los que el titular de los derechos de explotación sobre la obra intelectual (el autor, esencialmente) no hubiese autorizado jamás la explotación litigiosa–, la doctrina alemana no duda en admitir, con prescindencia de esta cuestión, dicha acción de enriquecimiento³⁴⁹.

A pesar de que pueda parecer sugestiva, la idea de excluir la acción de enriquecimiento en aquellos supuestos en los que el titular del derecho de la personalidad infringido no hubiese querido de ningún modo autorizar el uso litigioso no resulta convincente. La función de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, como se ha visto, reside en erigirse en un instrumento de reintegración de un derecho subjetivo; esto es, de reintegrar en el patrimonio del titular del derecho infringido la ventaja patrimonial que el intromisor ha obtenido mediante la usurpación del derecho o facultad y que el ordenamiento, mediante el reconocimiento de un derecho subjetivo absoluto a aquel titular, había atribuido en exclusiva a éste.

Como señala Canaris, el Derecho del enriquecimiento no se ocupa de proteger a la persona frente a la minoración de su patrimonio, sino de restituir enriquecimientos; de ahí, pues, que sea irrelevante preguntarse si el titular del derecho hubiese aumentado su patrimonio de no haberse producido la intromisión de forma ile-

³⁴⁷ *Vid.*, entre otros, SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 464; «Privacy, Publicity and Restitution of Wrongful Gains...», cit., p. 6; *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 399; CANARIS, C.W., «Gewinnabschöpfung bei...», cit., pp. 89-90; ULLMANN, E., «Persönlichkeitsrechte in Lizenz?», *AfP*, 1999, p. 212; GÖTTING, H.-P., «Die bereicherungsrechtliche Lizenz analogie...», cit., pp. 68-69; EHMANN, H., «Anhang zu § 12», cit., pp. 124 (Rdn. 355).

³⁴⁸ *Vid.*, ampliamente sobre la trascendencia de esta resolución al respecto, BALTHASAR, S., «Eingriffskondition bei unerlaubter Nutzung von Persönlichkeitsmerkmalen – Lafontaine in Webeannonce», *NJW*, 2007, pp. 664-666.

³⁴⁹ *Vid.* DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., p. 259; «§ 97», cit., pp. 1.361-1.362 (Rdn. 61); «§ 102a», en DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.429-1.433 p. 1.431 (Rdn. 4); WILD, G., «§ 97», cit., p. 1.887 (Rdn. 154).

gítima³⁵⁰. Así, no resulta correcto el planteamiento de la SAP Madrid (Secc. 9.ª) 12-IX-2005³⁵¹ para rechazar la acción de enriquecimiento de una mujer de notoriedad pública, cuya imagen en *top-less* fue publicada de forma no autorizada por la revista *Inter-viú*: «*ni puede ser dable hablar de enriquecimiento injusto, que requeriría, como la jurisprudencia tiene de continuo declarado, amén del enriquecimiento de una parte, el correlativo empobrecimiento de la otra, que obviamente no se aprecia*» (FJ 2). Ya se ha insistido antes debidamente en lo poco útil que resulta la aplicación de los requisitos tradicionales de nuestra jurisprudencia sobre la genérica acción de enriquecimiento –especialmente, el relativo al empobrecimiento– en el terreno de las intromisiones en el goce de un derecho subjetivo absoluto³⁵².

Que luego una persona no tenga interés, por razones de índole moral o de cualquier otro tipo, en explotar o rentabilizar el valor económico que el mercado asigna al objeto de su derecho es una cuestión irrelevante para el Derecho del enriquecimiento. Piénsese que, para éste, la disfunción que pretende corregir ya se ha producido: un valor económico (el uso comercial o publicitario de la imagen de una persona, la explotación económica de datos de su vida íntima) que, por virtud del reconocimiento por parte de un ordenamiento jurídico de unos derechos subjetivos absolutos (derecho a la imagen, derecho a la intimidad), está atribuido en exclusiva a su titular ha sido injustificadamente transferido al patrimonio de una persona, que no ha recabado la autorización de aquél. Por todo ello, el propio ordenamiento arbitra un remedio a disposición de los titulares de derechos para obtener la reintegración del valor patrimonial indebidamente transferido³⁵³; y piénsese que este mecanismo debe reconocerse con independencia de la predisposición que tenía el titular, con anterioridad a la intromisión, de legitimar por virtud del ejercicio de la autorización, la ventaja patrimonial generada injustificadamente por la usurpación; pues, desde la lógica del enriquecimiento, dicha disfunción –esto es, la obtención por parte del intromisor ilegítimo de una ventaja patrimonial generada injustificadamente por la usurpación del derecho, alterándose las normas de asignación de bienes diseña-

³⁵⁰ Cfr. LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 275; CANARIS, C.W., «Gewinnabschöpfung bei...», cit., p. 89; en el mismo sentido, GÖTTING, H.-P., «Die bereicherungsrechtliche Lizenzanalogie bei Persönlichkeitsverletzungen», en AHRENS, H.-J., / BORNKAMM, J. / KUNZ-HALLSTEIN, H.P. (Hrsg.), *Festschrift für Eike Ullmann*, Juris, Saarbrücken, 2006, pp. 68-69; SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 339; EHMANN, H., «Anhang zu § 12», cit., pp. 124 (Rdn. 355).

³⁵¹ Caso *top-less Ibiza*, AC 2005/1847.

³⁵² *Vid. supra* II.

³⁵³ Huelga decir que el mismo ordenamiento dispone, para el caso de una infracción de un derecho subjetivo, de otras pretensiones de naturaleza distinta, como, p. ej., la inhibitoria, la de remoción o, fuera del ámbito de protección de los derechos subjetivos, la de resarcimiento de los daños causados.

da por el ordenamiento— se produce con prescindencia de dicho factor. Por las mismas razones, la alegación por parte del infractor del derecho de que no hubiese recabado jamás la autorización del titular es, en sede de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno, del todo irrelevante³⁵⁴.

Así, en los casos de la SAP Sevilla 2-VI-2011 (*Duquesa de Alba y A. Díez c. Sálvame*), de la STS 7-VII-2004 (*Naomi Campbell c. Interviú*) y de la STS 21-I-1988 (*Antonio Gades*), los afectados por los usos no autorizados de datos de la vida privada, de la imagen y del nombre con finalidad comercial podrían haber ejercitado —además de las acciones inhibitorias, de remoción e indemnizatoria, en su caso— una acción de enriquecimiento contra las personas responsables del programa de televisión, de la revista y de la campaña publicitaria, y dirigida a reintegrar en su patrimonio el valor de mercado de aquellos usos. Asimismo, los demandados, frente a esta última acción, no podrían alegar que, de ningún modo, hubiesen recabado una autorización para estos usos, ni en consecuencia hubiesen remunerado al titular por esta autorización.

Por otro lado, la correcta determinación del precio de la autorización que el titular del derecho de la personalidad infringido y el intromisor hubiesen hipotéticamente acordado para la explotación del derecho o facultad en cuestión —como expediente para dilucidar el valor objetivo de mercado de este derecho o facultad— exige tener en cuenta una serie de parámetros y factores relevantes para esta reconstrucción³⁵⁵.

El recurrente recurso al criterio del precio de una hipotética licencia en el campo de la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial, especialmente, del derecho de patente (ya sea como expediente de liquidación abstracta del daño o como pauta para fijar el enriquecimiento susceptible de restitución), ha permitido sistematizar los parámetros necesarios para proceder a esta reconstrucción hipotética³⁵⁶. Así, se destaca la conveniencia de

³⁵⁴ *Vid.*, así, desde el Derecho alemán, BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*); DREIER, TH., «§ 97», cit., p. 1.362 (Rdn. 61); «§ 102a», cit., pp. 1.430 (Rdn. 4); «KUG §§ 33 ff.», cit., p. 1.629 (Rdn. 13); ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 895; SCHACK, H., *Urheberund...*, cit., p. 374 (Rdn. 780); HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 225 (Rdn. 749).

³⁵⁵ *Vid.*, sobre ello, en general, MANKOWSKI, P. / SCHREIER, M., «Zum Begriff des Wertes und des üblichen Preises, insbesondere in § 818 Abs.2 BGB. Zugleich zur Verzahnung von Zivil- und Kartellrecht», *AcP*, 2008, pp. 725-776.

³⁵⁶ *Vid.*, sobre ello, BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., pp. 1.294-1.295; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 169-172; DREIER, TH., «§ 97», cit., pp. 1.362-1.364 (Rdn. 62-63); WILD, G., «§ 97», cit., pp. 1.888-1.890 (Rdn. 155-159); ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», cit., pp. 1.418-1.422 (Rdn. 65-71); KRABER, R., *Patentrecht*, cit., pp. 858-861; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 894-899; TETZNER, V., «Der Verletzerzuschlag bei der Lizenzanalogie», *GRUR*, 2009, núm. 1, pp. 9-10; NIEDER, M., «Die Ansprüche aus der Patentverletzung», en ERDMANN, W. / ROJAHN, S. / SOSNITZA, O. (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts – Gewerblicher Rechtsschutz*, 2.ª ed., Carl Heymann, Köln, 2011, pp. 119-122 (Rdn. 492-504); centrado en el Derecho de marcas, GOLDMANN, M., «Die Berechnung des Schadensersatzanspruchs vor und nach Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie», *WRP*, 2011, pp. 955-957.

partir de una situación (ficticia) en la que el titular del derecho infringido –predisuesto a autorizar el uso en cuestión– y el infractor –igualmente predisuesto a obtener una autorización a cambio de un precio– hubiesen negociado y acordado diligentemente un precio para dicha autorización³⁵⁷. Asimismo, desde esta lógica, suelen señalarse las diferencias entre ese infractor (reconducido ficticiamente por exigencias de la mecánica restitutoria en una suerte de falso licenciatario o persona debidamente autorizada) y el auténtico licenciatario o beneficiario de la autorización del titular. Así, p. ej., se destaca que el precio de la licencia de aquél –*rectius*, la deuda de valor por la obligación (extracontractual) de restituir el enriquecimiento– deberá incluir, a diferencia del precio de la licencia de éste, los intereses devengados por dicha cuantía desde que hubiese sido regularmente abonada en el momento de la intromisión ilegítima³⁵⁸.

En concreto, en el campo de la infracción de derechos de la personalidad con contenido de atribución, será relevante, por de pronto, que el mismo uso litigioso o parecido hubiese sido anteriormente autorizado a cambio de una remuneración por el titular a favor de una persona distinta al infractor; con lo que, dicha remuneración pueda servir como base para calcular el precio de esta licencia o autorización hipotética³⁵⁹.

Vid., así, p. ej., en los tribunales alemanes, LG Hamburg 15-X-1993³⁶⁰: publicación no autorizada por parte de la revista *Super Illu* de unas fotografías de una conocida cantante semidesnuda. Las mismas fotografías habían sido publicadas anteriormente en la revista *Max*, en virtud de un contrato celebrado entre la editora de esta revista y la cantante. El tribunal, para medir el objeto de la acción de enriquecimiento ejercitada por la cantante contra la primera de las revistas, tiene en cuenta la remuneración otorgada por la primera publicación –no así otros contratos por los que la cantante había autorizado el uso de imágenes de naturaleza distinta–; si bien, el tribunal aplica una reducción respecto a esta remuneración, por tratarse, en el caso, de una segunda publicación. En la órbita de nuestros tribunales, *vid.* SAP Madrid

³⁵⁷ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 169-170; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 877; ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», cit., pp. 1.477-1.478 (Rdn. 63-64); DREIER, TH., «§ 97», cit., p. 1.361 (Rdn. 61); WILD, G., «§ 97», cit., p. 1.888 (Rdn. 155); HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 225 (Rdn. 748). Asumiendo este planteamiento, el art. VII. – 5:103 (1) de los *Principios Europeos del Enriquecimiento Injustificado* (cfr. VON BAR, C. / CLIVE, E. / SCHULTE-NÖLKE, H. (Ed.), *Principles, Definitions...*, cit., p. 324) establece que: «El valor pecuniario del enriquecimiento es la suma de dinero que dos operadores económicos con intención verdadera de comprometerse hubiesen acordado legítimamente como precio» (traducción propia).

³⁵⁸ *Vid.* BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 1.295; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 170-171; DREIER, TH., «§ 97», cit., p. 1.364 (Rdn. 63); «102a», cit., p. 1.431 (Rdn. 4); ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», cit., p. 1.422 (Rdn. 71).

³⁵⁹ *Vid.*, no obstante, MANKOWSKI, P. / SCHREIER, M., «Zum Begriff...», cit., p. 775.

³⁶⁰ Caso *Nena II*, AfP, 1995, núm. 2, pp. 526-528.

(Secc. 11.^a) 25-III-2009³⁶¹, que, ante la pretensión resarcitoria de una modelo por el uso no autorizado de su imagen en una campaña publicitaria, se tiene en cuenta, para calcular el *daño*, la remuneración acordada anteriormente por los tribunales en un caso similar entre las mismas partes litigantes, si bien se reduce dicha cuantía por la menor duración de la campaña publicitaria en el segundo caso. Resulta, asimismo, interesante reparar, a los efectos de la fijación del precio de una hipotética licencia en sede de la acción de enriquecimiento, en el relato fáctico de la SAP Málaga (Secc. 7.^a) 24-IV-2002³⁶²: reportaje publicado en la revista *Interviú* sobre los problemas de los transexuales destinados en las cárceles. Para ilustrar el reportaje, la revista utilizó la imagen de la demandante, funcionaria de prisiones de condición transexual. Ésta había autorizado, tiempo atrás, la utilización de su imagen y de la publicación de datos de su vida privada, al hilo de una entrevista en la que daba cuenta de las dificultades que su condición de transexual le había ocasionado en el ámbito profesional. La SAP destaca que cobró, por dicha entrevista, una cantidad de dinero. Después de que los tribunales acreditaron que, en efecto, la autorización dada para el uso de la imagen y datos de la vida privada de la demandante no amparaba su uso para el reportaje litigioso, declaran la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de aquélla, condenando a la editora de la revista a abonarle una indemnización de 1.000.000 ptas. / 6.010,12 € por el daño moral causado. Pues bien, con independencia de las acciones inhibitoria, de remoción e indemnizatorias³⁶³ que pudiera ostentar la demandante, ésta podría haber ejercitado una acción de enriquecimiento por intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen *ex* artículo 9.2 a) LO 1/1982. Y a efectos de acreditar el objeto de esta última acción, parece razonable acudir al precio convenido por la editora de la revista y la demandante para el primer uso de la imagen de ésta; aunque, claro está, aplicando una corrección en función de las diferencias entre el primer uso (entrevista) y el segundo (reportaje).

Evidentemente, pues, hay que tener en cuenta, en esta tarea de determinación del precio de la autorización hipotética por referencia a otros usos autorizados, su diferente naturaleza y alcance, *vid.*, sobre ello, el interesante caso de la LG Berlin 19-II-2002³⁶⁴: una conocida actriz alemana celebró un contrato con la empresa titular de la revista *Playboy*, por el cual autorizaba a ésta la publicación de

³⁶¹ Caso *modelo cocinas*, JUR 2009/248336.

³⁶² Caso *funcionaria de prisiones transexual*, AC 2002/1269.

³⁶³ Es muy discutible que la demandante en el caso haya sufrido, por la segunda publicación no autorizada de su imagen y datos de la vida privada, un daño moral; o, cuando menos, que la indemnización de 6.010,12 € no lo sobrecompense. Aun entendiendo que la segunda publicación era ilegítima –por no estar amparada por la primera autorización, ni por un límite– y que, en consecuencia, existe lesión, como mínimo, del derecho fundamental a la propia imagen, es difícil creer que el reportaje causara a la demandante una repercusión psíquica negativa de entidad. Recuérdese que este dato no impediría –en el caso, reiteramos, que se considere que la segunda publicación era ilícita– que la demandante ejercitara pretensiones inhibitorias y de remoción; o, como se viene detallando, una restitutoria por el enriquecimiento injustificado.

³⁶⁴ Caso *Nina Bott*, AfP, 2004, núm. 5, pp. 455-457.

distintas fotografías en las que aparecía aquella desnuda o semidesnuda. El contrato incluía, asimismo, una cláusula por la que la actriz concedía en exclusiva a la revista la facultad de autorizar el uso de las imágenes con fines publicitarios en otras revistas; si bien, tal posibilidad se limitaba temporalmente a los dos días anteriores a la publicación del número de la revista *Playboy*. No obstante, el periódico *Bild* publicó dos de las fotografías en cuestión fuera del período autorizado; por lo que la actriz ejerció una acción de enriquecimiento injustificado (*ex* § 812 BGB) contra la empresa titular de este periódico; acción que es estimada, fijándose el valor monetario de la ventaja patrimonial indebidamente obtenida por la demandada en 5.000 €. De nuevo, si bien la remuneración obtenida por la actriz por la autorización a *Playboy* de las fotografías es una buena pauta para fijar el valor de mercado de las imágenes litigiosas, su utilización en el periódico debía de enmarcarse en un contexto algo distinto, lo que influye en la determinación del precio hipotético de la autorización.

No obstante, en la mayoría de casos, la reconstrucción hipotética del acuerdo al que hubiese llegado racionalmente el titular del derecho infringido y el intromisor se determinará recurriendo a las cuantías usuales y razonables existentes en el sector en el que se ha producido la intromisión. Así, la existencia de un mercado usual facilitará la fijación del precio de la licencia o autorización hipotética.

Así, p. ej., puede intuirse que las remuneraciones por la explotación autorizada de la imagen semidesnuda de modelos sin notoriedad pública en la portada y en las páginas de interior de la revista *Interviú* debe de estar lo suficientemente estandarizada como para que, en el supuesto de que la demandante en el caso de la SAP Barcelona (Sec. 11.^a) 8-IV-2003³⁶⁵ hubiese ejercitado –además (o en vez) de una adulterada pretensión indemnizatoria por el daño moral– un acción de enriquecimiento por intromisión, la determinación del precio de la licencia hipotética no hubiese planteado excesivos problemas. *Vid.*, así, desde los tribunales norteamericanos, *Whisper Wear, Inc. V. Morgan*, 627 S.E.2d 178 (2006): demanda de una modelo contra una empresa que comercializa dispositivos de aumento de pechos, por un anuncio en la que se utilizaba de forma no autorizada la imagen de aquella. Para valorar el *reasonable market value* de la modelo, se da validez, por parte de los tribunales, a la cifra propuesta por el agente de la modelo (25.000 USD), buen conocedor, al parecer, de los usos del sector; desde los alemanes, LG München I 13-III-2002³⁶⁶ / OLG München 2-VIII-2002³⁶⁷: utilización no autorizada de la imagen de un extenista profesional para un anuncio publicitario insertado en un periódico de difusión nacional. Sobre la base de un completo dictamen presentado en el proceso sobre los usos del sector publicitario en relación con el uso

³⁶⁵ Caso *concurso de belleza*, AC 2003/1612.

³⁶⁶ Caso *Boris Becker-Saturn*, ZUM, 2002, pp. 565-567.

³⁶⁷ Caso *Boris Becker-Saturn*, AfP, 2003, pp. 71-72.

de la imagen de celebridades, se fija la remuneración hipotética en el caso; si bien, reducida por el hecho de que el anuncio no genera la impresión de que el efigiado recomendará el producto (80.784,12 €); LG München I 22-II-2006³⁶⁸ (*Boris Becker-FAZ*) / OLG München 6-III-2007³⁶⁹: campaña publicitaria en la que se anuncia la inminente comercialización de la nueva edición y formato del *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, y en la cual se emplea la imagen de un extenista profesional. De nuevo, los tribunales acuden a un dictamen por el cual se determina la cantidad que razonablemente hubiese podido exigir el demandante por la autorización para el uso litigioso (1.200.000 €)³⁷⁰; en LG Düsseldorf 10-IV-2002³⁷¹, una prueba pericial determinó que el valor de mercado del uso publicitario del nombre de un conocido actor en un anuncio de *Deutsche Telekom* era de 61.355,03 €; en LG Frankfurt a.M. 12-III-2009³⁷², se presta particular atención a la duración y contenido de la campaña publicitaria en la que se utilizó de forma no autorizada la imagen de un futbolista para concederle a éste 30.000 €.

En algunos casos, puede suceder que no exista mercado usual o que la reconstrucción hipotética del precio se antoje difícil, por el escaso desarrollo de autorizaciones remuneradas en relación con determinados usos de la imagen u otros atributos de la personalidad incorporal.

Vid., así, p. ej., los casos vistos por la SAP Madrid 7-XII-2005 (*petardas*): digitalización y difusión de una fotografía de un matrimonio en el transcurso de una escena familiar en un portal de Internet de contenido pornográfico; por la SAP Murcia (Secc. 4.^a) 30-IV-2004³⁷³: utilización de la fotografía de una joven para ilustrar una noticia en la que se alerta de la comercialización de unos productos que provocan la anorexia; la joven, cuando anteriormente padecía dicha enfermedad, había autorizado a la editora para el uso de su imagen en un reportaje.

No obstante –y aun admitiendo su dificultad–, no debería renunciarse, ante el ejercicio válido de pretensiones de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad incorporal en estos casos, a la fijación de una cantidad razonable que permita medir la ventaja patrimonial que el intromisor ha obtenido con la utilización comercial o publicitaria del signo característico del titular del derecho infringido. Cuestión distinta es que ese mercado no solo sea inusual, sino que además

³⁶⁸ Caso *Boris Becker-FAZ*, *AfP*, 2006, núm. 4, pp. 382-386.

³⁶⁹ Caso *Boris Becker-FAZ*, *ZUM-RD*, 2007, núm. 7, pp. 360-367.

³⁷⁰ La BGH 29-X-2009, caso *Boris Becker-FAZ*, *NJW-RR*, 2010, núm. 12, pp. 855-858 ha acordado la revisión del importe concedido al demandante a efectos de la determinación de la cuantía del procedimiento.

³⁷¹ Caso *Manfred Krug*, *AfP*, 2003, núm. 1, pp. 77-79.

³⁷² Caso *Jens Lehmann*, *NJOZ*, 2009, núm. 33, pp. 2.843-2.847.

³⁷³ Caso *anorexia*, *JUR* 2004/172444.

sea irrazonable acudir hipotéticamente a él para cuantificar el valor de mercado del uso de la personalidad incorporal litigioso³⁷⁴.

VI. DELIMITACIÓN RESPECTO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

6.1 La confusión entre remedios de reintegración del derecho lesionado y remedios de resarcimiento del daño causado

Tradicionalmente, la acción indemnizatoria ha funcionado como el instrumento central de defensa de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en Derecho español; lo que, muy probablemente, encuentre su explicación en la deficiente construcción dogmática y normativa de las acciones de reintegración del derecho subjetivo lesionado y en la lamentable confusión entre estas acciones y los remedios de resarcimiento del daño causado.

Ello puede observarse, por lo pronto, en el influyente trabajo de Salvador Coderch³⁷⁵. Este autor entiende –en significativo punto de partida– que «*los derechos al honor y a la propia imagen podían –y pueden– considerarse manifestaciones de un derecho general a la personalidad, supuestos concretos de un ilícito civil genéricamente contemplado en el artículo 1902 del Código civil (...)*»³⁷⁶; de ahí que no deba sorprender que, en otro momento de este trabajo, el mismo autor sostenga que «*(d)esde una perspectiva puramente civil, la acción derivada de la LO 1/1982 es, materialmente, una especificación de la acción general de responsabilidad civil derivada del artículo 1902 del Código civil. La especificación procede, en el caso del derecho español, del hecho de que el honor, la intimidad y la imagen constituyen el objeto de sendos derechos fundamentales. Por eso, su tutela está especialmente reforzada de dos maneras; una de naturaleza procesal, que permite el enjuiciamiento de los actos que los vulneran por un procedimiento preferente y sumario y otra de naturaleza estrictamente constitucional, que permite el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE)*»³⁷⁷. Como se comprenderá, la *perspectiva civil* no se limita a la reparación de daños, sino que, como venimos diciendo, comprende la asignación al titular del derecho subjetivo infringido de acciones de reintegración de su posición jurídica lesionada³⁷⁸.

³⁷⁴ Recuérdese, sobre la exclusión de la *condictio* en estos últimos casos, *supra* 3.2.3.

³⁷⁵ Vid. *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

³⁷⁶ Cfr. *El mercado...*, cit., pp. 23-24.

³⁷⁷ Cfr. *El mercado...*, cit., p. 117.

³⁷⁸ Esto es algo que, obviamente, no es ignorado por SALVADOR CODERCH, *vid.*, así, con posterioridad, y con mayor rigor, en SALVADOR CODERCH, P. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y Castigar...*, cit., pp. 38-42; pero nótese, asimismo, que el recurso a técnicas distintas de la responsabilidad civil (como p. ej., la «*acción declarativa*» o la «*acción*

Además, obsérvese que el reconocimiento –como sucede en el caso español– de unos derechos fundamentales sobre el honor, la intimidad y la propia imagen con vocación de ser directamente de aplicación en las relaciones entre particulares no puede contemplarse como un mero reforzamiento procesal de una acción de daños, sino, ante todo, como el reconocimiento –esto es, la asignación normativa (*ex constitutione*, en nuestro caso)– de unos derechos subjetivos absolutos sobre unos concretos bienes de la personalidad que confieren al titular un conjunto de pretensiones protectoras, que son objeto de desarrollo por la LO 1/1982. Por la misma razón, resulta criticable la posición de Rubio Llorente, quien –de nuevo, desde la errónea idea de que la protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen se consigue por medio de la reparación de daños– deja a entender que esta protección se podría obtener mediante «*las cláusulas generales del Código Civil sobre el derecho de daños*», prescindiendo perfectamente de una normativa protectora de derechos absolutos como la LO 1/1982³⁷⁹. Igualmente, para Díez-Picazo Giménez, los derechos de la personalidad son «*derechos absolutos o erga omnes, cuya infracción ha de repararse por vía de indemnización*»³⁸⁰.

En la misma línea, López Jacoiste ha afirmado que «*la reintegración del afectado por vulneraciones a los derechos de la personalidad constituye palpitante y extendido designio de las acciones de responsabilidad civil*»³⁸¹; algo que, ciertamente, se constata en su particular insistencia en ubicar los instrumentos de protección

negatoria) como «*instrumento de tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*» es presentado como algo novedoso, bajo un epígrafe titulado «*Algunas propuestas recientes*». Además, en p. 161, se considera el «*reconocimiento público de la violación del derecho de que se trate*» o «*la prestación de garantías de la abstención de futuras violaciones, etc.*» como «*medidas reparatorias*».

³⁷⁹ Cfr. RUBIO LLORENTE, F., «Jurisdicción constitucional y jurisdicción civil», en BASTIDA, F.J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 54: «Es evidente que si el legislador de 1982 se hubiera ahorrado el trabajo de dictar esa ley, quizás para bien de todos, las señoras que, como la demandante del pleito de marras, sintieran violada su intimidad por la garrulería indiscreta de una "empleada del hogar", tendrían tantas posibilidades como hoy tienen de obtener una reparación, aunque naturalmente hubieran de apoyarse para lograrla en las cláusulas generales del Código Civil sobre el derecho de daños». Conviene recordar, no obstante, que si la demandante del caso Preysler (al que se refiere el autor) pudo obtener –de forma indiscutida– de los tribunales la cesación y la abstención de la explotación ajena de su intimidad e imagen fue, precisamente, gracias a la claridad con la que el artículo 9.2 LO 1/1982 –desarrollo del artículo 18.1 CE– reconoce, entre otras, unas acciones inhibitorias. Por lo demás, la existencia de un régimen jurídico específico de responsabilidad civil extracontractual en la LO 1/1982 ha respondido –en línea con los desarrollos experimentados en otras jurisdicciones– a la preocupación del legislador orgánico de otorgar una protección adecuada a los derechos fundamentales de la personalidad incorporada, por medio de la previsión de algunas especialidades –discutibles, claro está– respecto a la acción de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 CC.

³⁸⁰ Cfr. *Sistema de...*, cit., p. 42.

³⁸¹ Cfr. «Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil», en VV. AA., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VI, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 539.

de estos derechos en la exclusiva órbita del Derecho de daños³⁸². Para ROJO AJURIA, «(l)a tutela civil del derecho a la intimidad va a jugar fundamentalmente en la reparación del daño causado, por lo tanto creo que bastaría, para evitar una "aplicación excesiva" de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la aplicación por la Jurisprudencia de los principios generales que rigen en la responsabilidad civil contractual y extracontractual³⁸³». Más recientemente, puede observarse una posición parecida en DE VERDA Y BEAMONTE. Para este autor, el reconocimiento de derechos subjetivos sobre bienes de la personalidad no posee una relevancia técnico-jurídica, sino «que cumple una función, que pudiéramos llamar «axiológica», respecto de un sector del ordenamiento jurídico, al que tantas veces se le ha achacado su excesiva "patrimonialización" ³⁸⁴». Se entiende, pues, que este mismo autor afirme luego que «es evidente que, desde un punto de vista civil, el principal problema que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen plantean no es el de su conceptualización dogmática, sino el del resarcimiento del daño derivado de las intromisiones ilegítimas³⁸⁵»; o que «la finalidad fundamental» de la protección civil de los derechos del art. 18.1 CE sea la de «posibilitar la reparación del daño moral resultante de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen³⁸⁶».

Adviértase que la adopción de estos planteamientos por los tribunales no solo ha tenido una significativa repercusión en la caracterización del daño derivado de la infracción de los derechos de la personalidad, como ahora se indicará, sino que también ha motivado –lo que parece mucho más preocupante– una confusión entre los presupuestos jurídicos de la intromisión ilegítima y los presupuestos de la acción indemnizatoria. De esta manera, no es infrecuente que los tribunales exijan la presencia de dolo o culpa en la conducta del intromisor para apreciar la ilicitud o antijuricidad de la intromisión, lo que, en términos prácticos, significa concluir que el dolo o negligencia del intromisor no solo es presupuesto jurídico-material de la acción indemnizatoria, sino también de las acciones declarativa, de cesación y de remoción. Cfr., así, p. ej., la desafortunada argumentación seguida en la SAP Alicante (Secc. 6.ª) 19-VII-2002³⁸⁷, por la que se desestima la demanda de un conocido piloto de motociclismo contra la empresa que comercializaba reproducciones en miniatura de las motos participantes en el Campeonato Mundial de Moto GP, y que utilizaba el apellido de aquél en uno de los modelos comercializados³⁸⁸. Para llegar a esta desestimación, la AP trata de dilucidar –con buen criterio– si la actividad comercial de la demandada constituía una violación del derecho a

³⁸² Vid. el significativo epígrafe que –con el título «Los derechos de la personalidad en el contexto del Derecho civil de daños»– preludia su «Aproximación tópica a los derechos de la personalidad», ADC, 1986, pp. 1.059-1.064.

³⁸³ Cfr. «La tutela civil del Derecho a la intimidad», ADC, 1986, p. 150.

³⁸⁴ Cfr. *Veinticinco años...*, cit., p. 18.

³⁸⁵ Cfr. *Veinticinco años...*, cit., p. 18.

³⁸⁶ Cfr. *Veinticinco años...*, cit., p. 155.

³⁸⁷ Caso *Emili Alzamora*, JUR 2002/246202.

³⁸⁸ De la resolución judicial citada, no puede saberse con certeza qué concretas pretensiones integraban dicha demanda. No obstante, no resulta difícil imaginar que, como mínimo, debía de incluir la cesación de la comercialización litigiosa.

la imagen o los derechos de la personalidad del demandante; esto es, y en la lógica de la LO 1/1982, si, en el caso, se ha producido una intromisión ilegítima en dichos derechos. Pero para responder a esta última cuestión la AP –desde una incomprensible concepción penal de la LO 1/1982– entiende que *«debe tenerse en cuenta que el propio concepto legal de “intromisiones ilegítimas” sugiere de inmediato una naturaleza de ilícitos civiles, por acción u omisión, que de encontrarse tipificados en la ley penal como delitos serán ilícitos penales»* (FJ 2). Configurado, pues, el concepto de intromisión ilegítima desde una lógica delictual, la AP conecta seguidamente la infracción de un derecho subjetivo con los requisitos de la acción de responsabilidad civil: *«De ahí que tales conductas fueran anteriormente encuadrables en el artículo 1902 CC y, de hecho, la reparación de los perjuicios que ocasionaban antes de la entrada en vigor de la LO 1/82 se lograra por aplicación de aquella norma (así, SSTs 6-12-1912 y 7-2-1962)... Pareciendo consustancial a las mismas conductas, en cuanto delitos, la producción de un resultado, es decir, la lesión y no sólo la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal, también cabe sostener que su consideración como ilícitos civiles deba comportar el requisito de un perjuicio causado al titular del derecho fundamental, tal y como se desprende de los términos “perjudicado” y “perjuicio” que aparecen en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 9 LO 1/82, lo que corroboraría su pertenencia al género de las acciones u omisiones dañosas contempladas en el artículo 1902 CC, bien entendido que el daño puede ser exclusivamente moral. Finalmente, siguiendo en la misma línea, se llegaría al elemento o requisito de la culpabilidad, como necesario para la apreciación no sólo de todo delito o falta (art. 5 CP) sino también de los ilícitos civiles que queden al margen de los casos de responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo»* [...] *«Quiere decir esto último que, además del requisito de la antijuridicidad, será preciso que en la conducta del demandado como responsable civil de una intromisión ilegítima tipificada en la LO 1/82 se aprecie culpabilidad en cualquiera de sus dos formas posibles, sea dolo como voluntad de dañar, sea culpa como imprudencia o negligencia, es decir, como inobservancia de la diligencia exigible al agente en función, de un lado, de la actividad en cuyo ejercicio se haya producido la denunciada intromisión y, de otro, de las circunstancias en que tal actividad se haya llevado a cabo»* (ibid.). Y, en consecuencia, desestima la demanda porque *«no cabe advertir»* en la empresa responsable de la comercialización de las motos *«rastros alguno de culpabilidad»*; *«faltando, en definitiva, por completo en la conducta que se le reprocha el elemento de la culpa, sin el cual no puede considerarse su actuación como constitutiva de la intromisión ilegítima tipificada en el apdo. 6 del art. 7 de la LO 1/82»* (ibid.).

El mismo razonamiento fue empleado, en el caso *Revlon*, por la SAP Barcelona 15-I-2001, para desestimar las pretensiones de una modelo (de remoción, indemnizatorias e, implícitamente, inhibitorias) contra la empresa que había explotado sin la pertinente autorización su imagen para una campaña publicitaria. Sorpren-

dentemente, la STS 22-VII-2008 (*Revlon*) –que confirma aquella decisión– incurre en la misma confusión, incluso con mayor determinación: la Sala 1.^a, en este caso, «no niega que se haya vulnerado el derecho a la imagen de la recurrente; lo que se considera es que *REVLON, SA* no lo ha hecho al concurrir la cesión expresa efectuada por quien aparecía como titular de la imagen reproducida, lo que creó una apariencia en la que confió la recurrida, de que quien le estaba cediendo los derechos era titular de los mismos»; es decir, la intromisión en el derecho a la propia imagen no puede imputarse a *Revlon* «porque aquí falta el elemento de negligencia que le obligaría a indemnizar» (FJ 5 [2.º]). Esta desafortunada interpretación ha sido asumida por la SAP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 3.^a) 19-XII-2008³⁸⁹, en la que se desestiman las acciones de cesación y de indemnización ejercitadas por una modelo contra el anunciante de leche maternizada que venía explotando la imagen de aquélla. La AP, además de apreciar la ausencia de límites en la autorización concedida por la modelo, considera que no puede «estimarse la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la actora por JSP [anunciante], pues es lo cierto que la citada demandada adquirió de buena fe, la imagen de la actora en la fotografía que ésta había cedido a cambio de precio a D.ª Marta [...]» (FJ 6).

No obstante, como es bien sabido, las mejores aportaciones de la ciencia jurídica continental han diseñado, desde ya hace muchos años, una serie de pretensiones que no tienen como finalidad el resarcimiento de los daños causados, sino que se dirigen a reintegrar al titular en la posición jurídica conferida por la norma de atribución del derecho subjetivo³⁹⁰. De ahí, que la construcción teórica de estas pretensiones prescinda por completo de los presupuestos jurídico-materiales básicos de la acción de responsabilidad extracontractual como son la existencia de un daño o la culpa del infractor³⁹¹. Se trata, pues, de las pretensiones reivindicatoria, negatoria,

³⁸⁹ Caso *Millac Lactantes 2*, AC 2009/263. Resolución confirmada por la STS 30-XI-2011 (*Millac Lactantes 2*, JUR 2011/423740), si bien bajo una argumentación de fondo distinta.

³⁹⁰ *Vid.*, para la construcción dogmática de la protección jurídica de los derechos subjetivos sobre bienes materiales, LARENZ, K. / WOLF, M., *Allgemeiner Teil...*, cit., pp. 253-254; BAUR, F. / STÜRNER, R., *Sachenrecht*, 18.ª ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 104-148; y, con anterioridad, BAUR, F., «Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB», *AcP*, 1961, pp. 465-493, *passim*, esp., pp. 466-467, 470-472, 480-484 y 487 y ss. Para una acertada presentación de las acciones de defensa de derechos subjetivos absolutos en Derecho español, CARRASCO PERERA, Á. / ZURILLA CARIÑANA, M.Á., «La defensa de los derechos», cit., pp. 368-381 [adviértase, no obstante, que en relación con la acción de enriquecimiento en el ámbito de los derechos a la propiedad intelectual e industrial y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (p. 380), la información normativa no está debidamente actualizada].

³⁹¹ En Derecho español, la distinción entre normas de atribución o protección de derechos subjetivos absolutos y las normas de responsabilidad civil extracontractual ha sido laboriosamente desarrollada por PANTALEÓN PRIETO, F., «Art. 1.902», cit., p. 1.972; «La prevención...», cit., pp. 29-32; le siguen DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, cit., pp. 291-292; *Fundamentos...*, V, cit., pp. 297-298; REGLERO CAMPOS, L.F., «Conceptos gene-

inhibitoria (cesación y prohibición), de remoción, así como de la pretensión objeto de este estudio, esto es, la restitutoria derivada del enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno (*condictio* por intromisión).

6.2. El valor del precio de la autorización hipotética como daño resarcible

De la confusión reseñada en el apartado anterior, se desprende igualmente el hecho de que la acción indemnizatoria haya acabado por desempeñar funciones aparentemente ajenas al Derecho de daños; como lo demuestra el que, en los ordenamientos más representativos de la Europa continental, se utilice, asiduamente, el precio de una hipotética licencia o autorización (o regalía hipotética) como criterio de cuantificación del daño sufrido por el titular de un derecho de la personalidad infringido.

Ciertamente, este papel central de la acción indemnizatoria como remedio contra las intromisiones en los derechos de la personalidad incorporal y, más en particular, contra las explotaciones indebidas de la imagen u otros rasgos característicos de la personalidad con valor económico ha obligado, asimismo, a la jurisprudencia a relajar –de forma más o menos explícita– los presupuestos de aplicación de la acción de responsabilidad civil extracontractual; y ello, precisamente, para que la ausencia de uno de estos requisitos –o la dificultad de su prueba– no implicaran ni la desestimación de la pretensión y, en consecuencia, la infraprotección del titular de los derechos de la personalidad; ni, tampoco, el dejar sin condena al infractor. En el caso que ahora nos ocupa, no resulta difícil imaginar que la acreditación, por parte del titular de un derecho de la personalidad infringido, de la existencia de un daño patrimonial –muy especialmente, de un lucro frustrado esperado– o la prueba de la relación de causalidad entre la intromisión y dicha ganancia dejada de obtener siempre han presentado notables dificultades. No debe sorprender, pues, que ya en la primera mitad del siglo xx,

rales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 96-97. El mejor tratamiento doctrinal de las acciones de defensa de los derechos de propiedad intelectual e industrial separa entre acciones reintegratoras y acciones de resarcimiento, *vid.*, entre otros, CARRASCO PERERA, Á., «Art. 139», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 1.673; «Art. 133», p. 1.746; PORTELLANO DíEZ, P., *La defensa del derecho de patente*, cit., *passim*, esp., p. 25. En el ámbito de la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, *vid.* una clara distinción entre acciones indemnizatorias y acciones reintegratoras en CARRASCO PERERA, Á. / MARÍN LÓPEZ, M.J., «Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas», *RdP*, 2008, núm. 21, pp. 27-28.

los tribunales –desde un razonamiento más bien intuitivo– buscaran fórmulas cómodas para facilitar dicha prueba, asegurando, de este modo, la consistencia económica de la posición jurídica exclusiva reconocida al titular de dichos derechos.

Desde luego, no es éste un expediente exclusivo, ni originario, de la defensa de los derechos de la personalidad incorporal. En realidad, la respuesta jurisprudencial –y, posteriormente, legislativa– a las inquietudes para facilitar el resarcimiento del daño patrimonial –singularmente, la prueba del lucro cesante– mediante el criterio de la regalía hipotética tiene su origen en el ámbito del Derecho sobre los bienes inmateriales, en la ya descrita teoría del *triple cómputo del daño*³⁹².

En el caso de los derechos de la personalidad incorporal, el criterio del precio de una autorización (o regalía) hipotética, como método para valorar el daño sufrido por el titular del derecho infringido, fue –con independencia de la adopción de la teoría del triple cómputo del daño– rápidamente asumido por los tribunales de los ordenamientos italiano, alemán y francés; erigiéndose, así, en un cómodo expediente para liquidar el daño patrimonial en los casos de explotación de un atributo de la personalidad –normalmente, la imagen– con valor comercial o publicitario.

Destacan, por su prontitud, los tribunales italianos, quienes, bajo la técnica del *prezzo del consenso*, vienen resarciendo –ya desde principios del siglo xx– el daño patrimonial sufrido por el titular del derecho a la imagen mediante la condena al intromisor a abonar a aquél, o bien la cantidad que hubiese tenido que pagar de haberle solicitado la autorización, o bien la usual en el sector en cuestión; *vid.*, p. ej., App. Genova 15-IV-1936³⁹³, donde para identificar el daño material alegado por una conocida modelo, cuya imagen fue indebidamente explotada en unos folletos de actividades turísticas, el tribunal afirma que: «*il danno materiale invece esiste corrispondente al diritto di una adeguata retribuzione, consacrata dall'uso quotidiano nella pubblicità commerciale, la quale retribuzione sarebbe spettata all'attrice se il suo ritratto fosse stato oggetto (...) di una volontaria cessione mediante compenso per gli indicati fini pubblicitari*» (p. 77); posteriormente, *vid.*, entre otras muchas, Cass. 10-XI-1979³⁹⁴: el daño patrimonial sufrido por un futbolista por la comercialización no autorizada de muñecos que reproducen su imagen es valorado mediante el precio de una hipotética licencia; Cass. 11-X-1997³⁹⁵: explotación no autorizada de la imagen y el nombre de un futbolista por una marca deportiva; el daño patrimonial se valora en atención a la remuneración que el

³⁹² *Vid. supra* 5.1.

³⁹³ Caso *Miss Italia 1930*, *Dir. Aut.*, 1937, pp. 70-80.

³⁹⁴ Caso *Mazzola*, *GRUR Int.*, 1982, núm. 7, p. 462.

³⁹⁵ Caso *Gianluca Vialli*, n. 9880, *Juris data*.

futbolista podría haber recibido de otras empresas del mismo sector; App. Milano 16-V-1989³⁹⁶; indemnización de 200.000.000 liras / 103.291,37 € por el daño patrimonial sufrido por una actriz por la explotación no autorizada de su imagen –extraída del fotograma de una película– para un anuncio publicitario; el daño patrimonial por la explotación publicitaria de la imagen de una persona puede valorarse, según el tribunal, en atención a los criterios usuales en el sector, comparando remuneraciones equivalentes; Trib. Monza 26-III-1990³⁹⁷: explotación comercial de la imagen de una actriz, extraída del fotograma de una película en la que ésta aparecía desnuda; según el tribunal, el daño patrimonial sufrido por la actriz «può quantificarsi, in mancanza di prove certe», o bien por medio de las ganancias obtenidas por el infractor, o bien mediante la remuneración que, presumiblemente, hubiese exigido la persona efigiada³⁹⁸. Más recientemente, es significativa la Cass. 16-V-2008³⁹⁹: demanda de un modelo contra la editora de un periódico y contra una empresa fotográfica por la reproducción no autorizada de la imagen de aquél en un reportaje publicitario. La instancia, a pesar de declarar la ilicitud de la reproducción y difusión de la imagen del demandante, y en consecuencia estimar su pretensión inhibitoria, desestima las pretensiones indemnizatorias por el daño patrimonial y el daño moral. Centrándonos ahora en el primero, la instancia argumentó –bajo un razonamiento usual, también, en Derecho español, en sede de valoración del daño derivado de una infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial– que el demandante, a pesar de haber sufrido, ciertamente, una infracción de su derecho de imagen, no había conseguido acreditar la existencia de un daño en su patrimonio. La Corte de Casación, no obstante, revoca la decisión de la instancia y estima la pretensión resarcitoria por el daño patrimonial bajo una explicación con claros resabios restitutorios: la única persona que ostenta «il diritto esclusivo sulla propria immagine ed è il solo titolare del diritto di sfruttarla economicamente», por lo que, «con la pubblicazione non autorizzata l'autore dell'ilecito si appropria indebitamente di vantaggi economici che sarebbero spettati alla vittima» (núm. 5.1.). No obstante ello, la pretensión sigue siendo de naturaleza indemnizatoria, y dirigida a *resarcir* un daño patrimonial; daño que, según consolidada jurisprudencia, debe cuantificarse «con riferimento al prezzo del consenso», esto es, la «somma corrispondente al compenso che (el titular del derecho a la imagen) avrebbe presumibilmente richiesto per dare il suo consenso alla pubblicazione» (núm. 8).

³⁹⁶ Caso *Liz Taylor*, *Foro it.*, 1991, I, pp. 2.861-2.862.

³⁹⁷ Caso *actriz desnuda*, *Foro it.*, 1991, I, pp. 2.862-2.863.

³⁹⁸ *Vid.*, para más referencias sobre el *prezzo del consenso* como técnica de resarcimiento del daño patrimonial derivado de la explotación no autorizada de la imagen, BARENGUI, A., «Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione», *Dir. Inf.*, 1992, pp. 565-585, esp., pp. 575 y ss.; RESTA, G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene Editore, Napoli, 2005, pp. 157 y ss.; ZENOVICH, V., «Art. 10», en ALPA, G. / MARICONDA, V., *Codice Civile Commentato*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 248; algo más confuso, BIANCA, C.M., *Diritto civile, I, la norma giuridica i soggetti*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 151.

³⁹⁹ Caso *Kodak*, n. 12433, *Juris data*.

Del mismo modo, la jurisprudencia alemana –en un primer momento, sin referencias explícitas de la *dreifache Schadensberechnung*– recurrió al criterio de la *Lizenzgebühr* o *Lizenzanalogie* para resarcir el daño material sufrido por el titular del derecho a la imagen o el nombre en los casos de apropiación comercial no autorizada; *vid.*, p. ej., BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*: pretensión resarcitoria estimada, pero solo contra el fotógrafo); BGH 14-II-1958 (*jinete aficionado*: pretensión resarcitoria desestimada, si bien se acepta el criterio de la *Lizenzanalogie* para determinados supuestos). En estas primeras aproximaciones, la convalidación del BGH del recurso a la regalía hipotética se debía a una aproximación más bien práctica, desde una lejana e implícita analogía con la solución jurisprudencial en el campo del Derecho de autor [cfr. BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*, p. 429)]. No obstante, la verdadera confirmación de este criterio de valoración abstracta del daño en el terreno de los derechos de la personalidad se produjo con la BGH 1-XII-1999⁴⁰⁰, por la cual el Tribunal Supremo Federal alemán extiende, de forma explícita, la aplicación de la *dreifache Schadensberechnung* al resarcimiento de los daños derivados de la explotación de la vertiente patrimonial del derecho general de la personalidad; de esta manera, en el caso, la titular derivativa de la hija de una actriz fallecida cuya imagen –extraída de la película *El Ángel Azul* (Josef v. Sternberg, 1930)– fue explotada sin autorización por una empresa dedicada a la comercialización de máquinas fotocopiadoras en un anuncio publicitario puede liquidar el daño sufrido en su patrimonio mediante (i) la prueba del daño concreto; (ii) la *Lizenzanalogie*; o (iii) la restitución de las ganancias obtenidas por el infractor (cfr. p. 717). Después de que la demandante, en el citado caso, eligiera el criterio del precio de la licencia que hubiese exigido por la explotación litigiosa, se ha vuelto a discutir, en los tribunales, los criterios a tener en cuenta para fijar dicha cuantía, *vid.* OLG München 17-I-2003⁴⁰¹, donde se fija dicha *Lizenzgebühr* en 70.000 €; más recientemente, *vid.* LG Hamburg 27-X-2006⁴⁰², donde se concede una licencia hipotética de 200.000 € a un político retirado cuya imagen fue utilizada sin autorización en una campaña publicitaria. Nótese que, en esta última resolución, el tribunal destaca que dicha cantidad es procedente tanto como daño resarcible por medio de la acción indemnizatoria *ex* § 823 BGB, como mediante la *Eingriffskondiktion ex* § 812 BGB⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Caso *der blaue Engel*, GRUR, 2000, núm. 8, pp. 715-720.

⁴⁰¹ Caso *der blaue Engel*, NJW-RR, 2003, núm. 11, pp. 767-768.

⁴⁰² Caso *Joschka Fischer*, NJW, 2007, núm. 10, pp. 691-694.

⁴⁰³ *Vid.* más referencias sobre el uso de esta técnica para valorar el daño patrimonial derivado de la intromisión en los derechos de la personalidad en RIXECKER, R., «Das allgemeine...», cit., pp. 326-327 (Rdn. 234-235); GÖTTING, H.P., «Rechtsfolgen der Verletzung des Rechts am einen Bild», en SCHRICKER, G. / LOEWENHEIM, U. (Hrsg.), *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 1.215-1.217 (Rdn. 9-15); DREIER, TH., «KUG §§ 33 ff.», p. 1.885 (Rdn. 18); EHMANN, H., «Anhang zu § 12», cit., p. 126 (Rdn. 368) y pp. 127-128 (Rdn. 374); WAGNER, G., «§ 823», cit., pp. 1.595-1.596 (Rdn. 174); MÜLLER, G., «Der Anspruch auf materiellen Schadensersatz», en GÖTTING, H.-P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 810-811 (Rdn. 37).

Desde una aproximación teórica bien distinta, pero alcanzando la misma solución, los tribunales franceses, desde la decisión de la CA Paris 1-XII-1965⁴⁰⁴, admiten pretensiones resarcitorias valoradas en la remuneración que el titular del derecho a la imagen podría haber exigido a su infractor, bajo el fundamento de la *manque à gagner*, esto es, como la ganancia dejada de obtener por dicho titular; *vid.* TGI Lyon 17-XII-1980⁴⁰⁵: el daño sufrido por un jugador de baloncesto, cuya imagen disputando un encuentro fue utilizada sin su consentimiento para un anuncio, «*résultait essentiellement de la perte de la rémunération que'elle aurait pu percevoir si son autorisation avait été demandée*»; CA Paris 9-XI-1982⁴⁰⁶: utilización del precio de la licencia hipotética para medir el daño patrimonial sufrido por una modelo, por la publicación no autorizada, en una revista, de 16 fotografías en las que aquella aparecía desnuda; TGI Nanterre 6-IV-1995⁴⁰⁷: el futbolista cuya imagen ha sido indebidamente explotada en el número especial de una revista sufre «*un préjudice patrimonial lié au fait qu'il a été privé des droits d'exploitation qu'il pouvait légitimement espérer recevoir s'il avait donné son autorisation à de telles utilisations de son image et de son nom*»; con menor claridad, *vid.* TGI Paris 3-XII-1975⁴⁰⁸, donde se resarce el daño patrimonial derivado de la imitación publicitaria de la voz de un actor cómico mediante una referencia a la remuneración que éste podría haber obtenido por el uso litigioso; más recientemente, CA Versailles 2-V-2002⁴⁰⁹: explotación no autorizada por parte de una revista de las distintas fotografías de una actriz y modelo, que previamente habían sido publicadas, con el consentimiento de la actriz, en un calendario. La efigiada, «*du seul fait de la privation de la rémunération qu'elle pouvait légitimement recevoir si elle avait cédé ses droits sur les photographies en question*», ha sufrido un daño patrimonial. La lógica radicalmente resarcitoria en la que opera este criterio en los tribunales franceses lleva a éstos, en ocasiones, a desestimar la pretensión de resarcimiento del daño patrimonial valorado en la regalía hipotética, si el demandante no acredita el daño o no aporta una prueba del «*prix de son image*», *vid.* TGI Paris 12-IX-2000⁴¹⁰: pretensión resarcitoria de una modelo profesional por los daños morales y patrimoniales sufridos por la explotación no autorizada de su imagen; el tribunal estima la pretensión resarcitoria del daño moral (concediendo a la demandante 1 franco), pero desestima la relativa al daño patrimonial: éste, según el tribunal, debe tener en cuenta el «*montant de la rémunération qu'aurait reçu le mannequin professionnel s'il avait autorisé la publication de ces photographies*», sin que la demandante haya aportado ninguna prueba sobre este extremo.

⁴⁰⁴ Caso *Petula Clark*, JCP, 1966, II, 14711: demanda de una actriz y cantante contra la editorial responsable de una publicación de carácter publicitario que usó fotografías de aquella sin autorización.

⁴⁰⁵ Caso *jugadores del ASVEL Villeurbanne*, D., 1981, I, pp. 202-203.

⁴⁰⁶ Caso *Absous*, D., 1984, I, pp. 30-32.

⁴⁰⁷ Caso *Eric Cantona*, *Gaz. Pal.*, 1995, jurisprud., p. 285.

⁴⁰⁸ Caso *Claude Piéplu*, D., 1977, I, pp. 211-212.

⁴⁰⁹ Caso *Monica Bellucci*, *Légipresse*, 2002, núm. 192, p. 69.

⁴¹⁰ Caso *Adriana Karembeu*, *Légipresse*, 2001, núm. 180, p. 36.

En el Derecho norteamericano –desde una lógica jurídica, pues, distinta, especialmente, en sede de la configuración de remedios jurídicos de protección de derechos subjetivos absolutos– el criterio del precio de la licencia hipotética (*rectius*, del *fair market value*) es, asimismo, un recurso habitual para liquidar el daño compensatorio –no punitivo– derivado de la infracción del *right of publicity*; *vid.*, p.ej., *Weinstein Design Group, Inc. V. Fielder*, 884 So.2d 990 (2004): utilización publicitaria no autorizada del nombre de un jugador de béisbol en el anuncio de una casa de diseño. El daño material sufrido por el jugador es valorado –por un jurado, en función de los informes de expertos– sobre la base de la remuneración obtenida por aquél en otros acuerdos publicitarios y por la valoración del valor de mercado del uso en cuestión; *Hoffman v. Capital Cities / ABC, Inc.*, 33 F. Supp. 2d 867 (U.S. District Court California 1999): un conocido actor, cuya imagen, extraída de una película y manipulada, fue utilizada en la campaña publicitaria de una revista californiana, «*is entitled to compensatory damages in the amount of \$ 1,500,000.00, which represents the fair market value of the right to utilize Mr. Hoffman's name and likeness in the manner in which it was used by Los Angeles Magazine*» (p. 875)⁴¹¹.

Desde una lógica igualmente distinta, los tribunales ingleses también recurren a la *reasonable endorsement fee* para liquidar abstractamente el daño sufrido por la persona cuyos rasgos distintivos son explotados de forma no autorizada con finalidad comercial o publicitaria; *vid.*, p. ej., *Irvine v Talksport* (2003) F.S.R. 35: explotación no autorizada de la imagen de un conocido piloto de Fórmula 1 por parte de la titular de una cadena de radio en un anuncio publicitario. La Corte de Apelación estima el recurso formulado por el piloto contra la resolución de primera instancia que había valorado su daño en 2.000 £ y, considerando aplicables los criterios de cuantificación del daño derivado de la infracción de patentes, concede al demandante una indemnización de 25.000 £, y ello, bajo la argumentación de que «*a reasonable endorsement fee in the context of the instant case must represent the fee which, on a balance of probabilities, TSL would have had to pay in order to obtain lawfully that which it in fact obtained unlawfully*» (p. 644).

De una manera menos intensa y, en todo caso, menos explícita, también los tribunales españoles se han ido asentando cómodamente en el criterio del precio de la licencia o autorización hipotética como expediente para valorar el daño patrimonial sufrido por determinados titulares de derechos de la personalidad, especialmente de la imagen.

Una de las primeras utilizaciones del criterio del precio de la licencia hipotética como expediente de liquidación del daño derivado de la explotación no autorizada de la imagen ajena puede

⁴¹¹ *Vid.*, para más información sobre esta forma de liquidar el daño patrimonial en sede del *right of publicity*, MCCARTHY, J.T., *The Rights of Publicity and Privacy*, II, Thomson-West, 2005, pp. 678-688 (§ 11:32) (actualizado por medio de *Westlaw International* [RTPUBPRIV]).

encontrarse en la STS 9-V-1988⁴¹², donde el TS, confirma la condena, fijada en la instancia, a una empresa que había explotado sin autorización la imagen de los futbolistas participantes en el campeonato de fútbol nacional 1982-1983. La condena –por intromisión en los derechos fundamentales a la propia imagen de los futbolistas– se concreta en la obligación de abonar una indemnización a éstos de 10.000.000 de ptas. / 60.101,21 €; cantidad que había sido fijada, en la demanda, por los propios demandantes como la cantidad que éstos deberían haber percibido de haber autorizado a la sociedad demandada el uso litigioso⁴¹³. Con anterioridad, en la STS 21-I-1988 (*Antonio Gades*), el recurrente en casación equipara el daño material sufrido por la explotación no autorizada de su nombre en un anuncio publicitario con la remuneración «*que presumiblemente hubiera podido obtener con el libre comercio de su nombre*» (FJ 3); sin que la Sala 1.^a se pronuncie al respecto⁴¹⁴.

Más recientemente, y con mayor claridad, determinadas decisiones de segunda instancia han recurrido a este criterio en dos grupos de casos: (i) explotación indebida de los rasgos característicos de personas famosas en anuncios publicitarios, *vid.* SAP Madrid (Secc. 14.^a) 16-II-2007⁴¹⁵, donde se concede una indemnización de 18.000 € a un conocido presentador de televisión, cuyos atributos característicos fueron parodiados por un cómico durante el transcurso de un anuncio publicitario. Da toda la impresión que dicho daño es valorado mediante el criterio del «*precio que hubiera recibido el actor en caso de haber autorizado el uso de su nombre e imagen en la publicidad*» (cfr. FJ 7); también, AAP Barcelona (Secc. 17.^a) 26-IX-2007⁴¹⁶; pleito derivado de la discusión entre las partes sobre la determinación de la cuantía del daño sufrido por el bailarín por la intromisión en su derecho a la propia imagen resultante de la utilización de un doble del bailarín en el anuncio de un batido de chocolate, y cuya concesión había sido acordada previamente por los tribunales⁴¹⁷. El perito judicial fija dicha indemnización partiendo de las remuneraciones en «*las campañas publicitarias de otros productos, que había realizado el ejecutante*» (FJ 2); SAP Barcelona (Secc.

⁴¹² Caso *Panini*, RJ 1988/4049.

⁴¹³ Cfr. STS 9-V-1988 (AH). No obstante, la valoración del daño en este caso –que no fue objeto de discusión en casación– presenta importantes singularidades, debido a la extraña configuración de la legitimación activa tanto en el planteamiento de la demanda, como en su respuesta por los tribunales.

⁴¹⁴ En realidad, el recurrente en casación alegaba que, bajo la indemnización que le había otorgado la instancia (100.000 ptas.), los tribunales solo habían resarcido el daño material sufrido; pero no el daño moral. La Sala 1.^a del TS –en desafortunada argumentación– contesta al recurrente que el hecho de que la AP no detalle expresamente, a la hora de valorar el daño, en qué conceptos se concede la indemnización fijada no significa que no se tenga en cuenta el daño moral sufrido por el recurrente, pues no debe olvidarse que una sentencia es «*un todo orgánico*» (sic).

⁴¹⁵ Caso *Crónicas Marcianas*, JUR 2007/152650.

⁴¹⁶ Caso *Joaquín Cortés*, AC 2008/52.

⁴¹⁷ Obsérvese que el fallo en la instancia condenaba a la demandada a pagar al actor la «*suma que se determine en ejecución de sentencia en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le han sido ocasionados [...] con la emisión del anuncio de su producto CacaoLat*» (cfr. SAP Barcelona 28-VI-2002, caso *Joaquín Cortés*, AC 2002/2012, AH y Fallo).

14.^a) 17-XI-2000⁴¹⁸, donde se sostiene que un deportista de élite se ha «visto privado por la conducta ilegítima de (la fabricante y distribuidora en España de aparatos gimnásticos que reproducen su imagen) de la retribución habitual por la cesión de su uso» (FJ 4) [750.000 ptas. / 4.507,59 €]; en la SAP Madrid 23-VI-2009 (*Javier Bardem c. In Touch*), el perjuicio patrimonial experimentado por un conocido actor por la utilización no autorizada de su imagen en la campaña publicitaria relativa al lanzamiento de una nueva revista es caracterizado como un «daño patrimonial» cuyo «origen (...) está en la fijación de una indemnización correspondiente al importe que el demandante afectado por la publicación habría podido cobrar por prestar su consentimiento a la participación con su imagen en la campaña publicitaria seguida (...) se trata de una valoración en relación a la ficción de consentimiento en su caso para esa participación, y los parámetros en los se basa vienen determinados por el llamado cachet, que viene a ser el rango o categoría económica de esa misma persona en otros contratos similares respecto de los cuales se aporta la oportuna prueba e información por el demandante» (FJ 3); asimismo, en la SAP Almería 20-I-2011 (*David Bisbal*) se resarce el daño derivado de la utilización no autorizada de la imagen de un conocido artista en un anuncio publicitario y se define este daño como «la pérdida de ingresos por la publicitación de la imagen de un cantante de fama internacional y consiguientemente enriquecimiento de la persona que ha usado esa imagen sin su autorización, evitando así un contrato en donde se hubiesen previsto compensaciones económicas» (FJ 4); (ii) también parece ser usado el criterio de la regalía hipotética en los recurrentes casos que tienen por objeto la explotación publicitaria no autorizada de la imagen de un modelo profesional anónimo, *vid.*, p. ej., SAP León (Secc. 2.^a) 5-V-1998⁴¹⁹, donde se indemniza a un modelo profesional por la cantidad que «habría percibido de haberse contratado la utilización de su fotografía a través de la agencia que le representa» (FJ 5); SAP Madrid (Secc. 9.^a) 30-III-2006⁴²⁰: «el parámetro más adecuado para fijar tal indemnización sería el importe de los honorarios o retribución que se [sic] suele cobrar el actor por este tipo de actividades, teniendo en cuenta su profesión como modelo profesional, y que la imagen del mismo ha sido extraída de los folletos publicitarios para cuya publicación y divulgación dio su consentimiento el actor aunque con otra finalidad» (FJ 4); SAP Madrid (Secc. 9.^a) 4-XI-2003⁴²¹: para cuantificar la indemnización que corresponde a una modelo, cuya imagen fue explotada sin su autorización en una campaña publicitaria, deben tenerse en cuenta «los ingresos obtenidos por la misma por trabajos similares» (FJ 5); SAP Madrid (Secc. 10.^a) 10-I-2006⁴²²: determinación del daño patrimonial sufrido por dos actores –que habían sido contratados para la realización de un cortometraje de finalidad publicitaria, y cuya imagen fue utilizada indebidamente en una campaña publicita-

⁴¹⁸ Caso *aparatos gimnásticos*, JUR 2001/109659.

⁴¹⁹ Caso *striptease masculino*, AC 1998/6133.

⁴²⁰ Caso *panel publicitario Conde de Casal*, AC 2006/811.

⁴²¹ Caso *modelo Telefónica Móviles*, AC 2004/273.

⁴²² Caso *Brandy Soberano II*, AC 2006/312.

ria posterior— sobre la base de la remuneración al actor principal de dicho corto por «*postproducción*» (1.644.500 ptas.); para, así, conceder sendas indemnizaciones de 1.000.000 ptas. / 6.010,12 €.

La enorme utilidad práctica que representa, a primera vista, el criterio del precio de una licencia hipotética como expediente de liquidación abstracta del daño patrimonial sufrido por el titular de los derechos de la personalidad incorporal no debe hacer olvidar las objeciones dogmáticas que igualmente provoca; objeciones que, como enseguida se desarrollará, se traducen en algunos inconvenientes prácticos notables. Así, en primer lugar, es bien sabido que la caracterización de la regalía hipotética —esto es, el valor de mercado del uso de un derecho estimado en función de un juicio hipotético— como el daño abstracto que sufre el titular de un derecho infringido constituye la utilización, bajo una acción resarcitoria, de un criterio restitutorio; en una confusión manifiesta entre el Derecho de daños y el Derecho del enriquecimiento injustificado.

Al menos en Alemania, ello tiene una explicación histórica bien identificada por la doctrina⁴²³: la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno (*Eingriffskondiktion*) no fue reconocida en el ámbito de la protección de los derechos sobre bienes inmateriales de manera generalizada hasta finales del siglo XX⁴²⁴. Ello motivó que el desarrollo jurisprudencial de las acciones de defensa de estos derechos —limitadas, en consecuencia, a la acción de cesación (*Unterlassungsanspruch*) e indemnizatoria (*Schadenersatzanspruch*)— incorporara remedios restitutorios o preventivos (la restitución del valor de uso del derecho y la de las ganancias obtenidas por el infractor) a la acción de daños; lo que se consiguió, como se ha visto, mediante la *dreifache Schadensberechnung*.

En efecto, como se ha apuntado ya en este trabajo⁴²⁵, la restitución de las ventajas patrimoniales (en este caso, el uso ajeno de un derecho) que obtiene el intromisor de un derecho subjetivo absoluto es una consecuencia de la decisión de política jurídica de asignar en exclusiva al titular todos los rendimientos derivados del ejercicio de su derecho; y cuya configuración corresponde, según la dogmática más autorizada, al Derecho del enriquecimiento, mucho

⁴²³ Vid., recientemente, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 591 y ss.

⁴²⁴ El reconocimiento de esta acción para las patentes y modelos de utilidad no se produce hasta la decisión del BGH 30-XI-1976, caso *Kunststoffhohlprofil I*, GRUR, 1977, núm. 5, pp. 250-256; para las marcas y otros signos distintivos, hasta la BGH 18-XII-1986 (*Chanel No. 5 I*). En cambio, en el caso del Derecho de autor, la propia jurisprudencia del Reichsgericht —el mismo tribunal que había descartado la aplicación de la acción de enriquecimiento para los derechos de propiedad industrial— sí reconoció esta acción, si bien desde una concepción dogmática muy primitiva, recuérdense RG 4-IV-1917 (*Erikamuster*); y RG 9-VI-1928 (*Frauenberufe*).

⁴²⁵ Vid. *supra* 3 y 5.1.

mejor orientado para ofrecer soluciones a los complejos problemas derivados la articulación práctica de este mecanismo de reintegración que el Derecho de daños, preocupado, primariamente, en resarcir –a lo que ahora nos ocupa– los daños concretos sufridos en el patrimonio de una persona⁴²⁶.

No es éste, indudablemente, el lugar oportuno para valorar debidamente el entrecruzamiento entre criterios resarcitorios y restitutorios en la acción indemnizatoria por los daños causados al titular de un derecho subjetivo sobre un bien incorporal. El debate –inexistente en el terreno de los derechos de la personalidad, que es el que nos ocupa en este trabajo– ha adquirido una notable intensidad en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial. En el Derecho español, en el que, como se ha explicado, dicho entrecruzamiento está explícitamente reconocido en las leyes protectoras de estos derechos, el esclarecimiento sobre la verdadera naturaleza –resarcitoria o restitutoria– y, sobre todo, el juego práctico de las acciones de resarcimiento del daño por medio de la regala hipotética y de la restitución de las ganancias del infractor reviste cierta urgencia⁴²⁷. No se piense, por lo demás, que las dificultades de delimitación entre la acción de daños y la acción de enriquecimiento son exclusivamente imputables a la falta de pericia dogmática del legislador en este ámbito; pues, desde la rigurosa diferenciación entre estas acciones de la LCD (cfr. arts. 32.1.5.^a y 32.1.6.^a), los tribunales españoles están teniendo dificultades parecidas⁴²⁸.

No obstante, el encaje dogmático y sentido práctico de la implementación de la teoría del *triple cómputo del daño* en las leyes de propiedad intelectual e industrial no debería perder de vista tres ideas⁴²⁹. En primer lugar, no puede soslayarse que –a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los derechos de la personalidad– las pretensiones de restitución del precio de una hipotética licencia o de las ganancias obtenidas por el infractor de un derecho de propiedad intelectual o industrial están configuradas *ex lege* como acciones de responsabilidad civil extracontractual, esto

⁴²⁶ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 354-355; y LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., C.H. Beck, München, 1987, pp. 514-515, advirtiendo de que, a pesar de que se configure como un método de cuantificación del daño, no guarda relación con éste. La crítica doctrinal a la *dreifache Schadensbe-rechnung* desde la denuncia de confusión entre Derecho de daños y Derecho del enriquecimiento suele destacar las siguientes objeciones: (i) la deformación del concepto de daño, ensanchándolo indebidamente; y (ii) la relajación del requisito de culpa en la acción resarcitoria, *vid.*, entre otros, SACK, R., «Die Lizenzanalogie...», cit., pp. 388-396; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 639-651. En la doctrina española, *vid.* una bien fundada crítica a la teoría del triple cómputo del daño en BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., pp. 1.274 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, cit., pp. 54-56; *Fundamentos...*, V, cit., pp. 42-44; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 57 y ss.

⁴²⁷ En contra, no obstante, CARRASCO PERERA, Á., «Art. 135», cit., p. 1.791.

⁴²⁸ Recuérdense, p. ej., STS 29-XII-2006 (*autocares*); SJMER Barcelona núm. 2 25-IV-2008 / SAP Barcelona 17-XI-2009 (*Elle c. Interviú*); o SJMER Barcelona 28-VI-2011 (*Phercab*).

⁴²⁹ Ideas también relevantes para la construcción teórica de las acciones resarcitorias y restitutorias en el campo de los derechos de la personalidad incorporal.

es, como acciones de daños⁴³⁰. Ello no significa (i) ni que esta acción no presente, obviamente, particularidades respecto a, p. ej., la acción del artículo 1.902 CC⁴³¹; (ii) ni que excluya el ejercicio de una acción de enriquecimiento si concurren los requisitos de ésta, sin perjuicio, claro está, de la reducción por concurrencia de resarcimiento y enriquecimiento por el mismo concepto⁴³². Por todo ello, las referencias en la reciente jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS a la *condictio* por intromisión y al Derecho del enriquecimiento para explicar el criterio del precio de la licencia hipotética como expediente para valorar el daño derivado de la lesión de un derecho de propiedad intelectual o industrial⁴³³ no pasan de ser un innecesario guiño al erudito, carente de consecuencias prácticas concretas: si se quiere recurrir al Derecho del enriquecimiento para

⁴³⁰ Es artificiosa la tesis patrocinada por PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 76 y ss., según la cual los módulos reparatorios de la acción indemnizatoria del artículo 66.2 LP son, en realidad, «*plasmación de la acción de enriquecimiento*», bajo el argumento de que el reconocimiento, por parte del legislador español, de una acción de enriquecimiento en el artículo 18.6 LCD (hoy 32.1.6.^a LCD) –según las enseñanzas de la teoría de la atribución y diferenciada de la acción de daños– obliga a ello. Aparte de que, evidentemente, el planteamiento del legislador del art. 32 LCD está alejado del legislador –nacional y comunitario– del resarcimiento de daños derivado de la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial, tampoco es tan claro, como cree el autor citado, que la restitución de ganancias sea uno de los criterios usuales para medir el enriquecimiento obtenido por el autor de un acto de competencia desleal *ex* artículo 32.1.6.^a LCD, tal y como hemos señalado *supra* 5.1.

⁴³¹ Así, a modo de ejemplo, en la acción de daños fundada en la restitución del precio de una hipotética licencia el demandante, en buena lógica, no tiene que probar –a diferencia de la acción de daños tradicional (art. 1.902 CC)– la existencia concreta de un daño, pues el propio legislador determina su existencia y cuantía de forma abstracta, *vid.*, así, CARRASCO PERERA, A., «Art. 140», cit., p. 1.696; BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., p. 1.298; MARÍN LÓPEZ, J.J., «Dos cuestiones procesales (legitimación activa y jurisdicción competente) y dos sustantivas (límites al derecho de autor e indemnización de daños) en materia de propiedad intelectual», *pe.i.*, 1992, p. 61; SAP Barcelona (Secc. 15.^a) 23-VI-2005, caso *plagio sellos*, AC 2006/1174 (FJ 5). La Sala 1.^a no parece ser ajena a esta idea en sus últimos pronunciamientos, *cfr.*, p. ej., STS 2-III-2009, caso *Lladró*, RJ 2009/2789 (FJ 7); o la STS 31-V-2011, caso *sibutramina*, RJ 2011/3999 (FJ 2); aunque, anteriormente, apegada a la lógica resarcitoria, seguía exigiendo, en estos casos, la prueba del daño real; lo que le llevó a desarrollar la discutible –por imprevisible– doctrina del *daño ex re ipsa*, *cfr.*, entre otras, STS 23-II-1998 (*Cola-Cao*, FJ 2); STS 12-VI-2007 (*películas Disney*, FJ 6); STS 17-VII-2008 (*patente Solac*, FJ 2); *vid.*, crítico con esta jurisprudencia, CARRASCO PERERA, A., «Art. 140», cit., p. 1.696; «Aranzadi vs. El Derecho...», cit., pp. 10-12. En la jurisprudencia alemana, es indiscutida la idea de que, cuando el demandante solicita la indemnización mediante el criterio de la *lizenzanalogie*, no es presupuesto de la acción la prueba del daño, *cfr.*, entre otros, HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 226 (Rdn. 753); HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen...*, cit., p. 1.191 (§ 9 UWG Rdn. 1.42).

⁴³² *Vid.*, en el mismo sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., pp. 1.298-1.299; en contra, al parecer, CARRASCO PERERA, A., «Art. 135», cit., p. 1.798. La compatibilidad –a salvo la reducción citada– entre acción resarcitoria basada en criterios reparatorios y acción de enriquecimiento (*Eingriffskondition*) es la solución normativa del Derecho alemán; lo que ha convertido a esta última en una acción relevante en la práctica en aquellos casos en los que el infractor demandado no actuó de forma negligente, *vid.*, p. ej., HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 227 (Rdn. 757); GÖTTING, H.P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, cit., p. 213 (Rdn. 30); SCHACK, H., *Urheber- und...*, cit., p. 387 (Rdn. 808), quien destaca, además, el interés práctico por el distinto plazo prescriptivo entre la acción indemnizatoria y la de enriquecimiento.

⁴³³ *Vid.*, p. ej., entre otras, las citadas STS 2-III-2009 [*Lladró*, FJ 7 (I, 2.^o)] y STS 31-V-2011 (*sibutramina*, FJ 2).

explicar que, en estos casos, el titular del derecho infringido no tiene que acreditar el daño, resulta mucho más sencillo –y, en todo caso, más coherente con la configuración normativa vigente de las acciones de indemnización en las leyes de propiedad intelectual e industrial y en la Directiva 2004/48/CE– afirmar que lo que prevén dichas normas es una liquidación abstracta de un daño patrimonial que se considera normativamente producido por el mero hecho de la conducta antijurídica, y que, por ello, no resulta necesario acreditar una disminución o decremento patrimonial o la frustración de un incremento o aumento esperado. En segundo lugar, las críticas españolas a la *dreifache Schadensberechnung* –indudablemente, bien fundadas dogmáticamente– no pueden olvidar, ni mucho menos tratar de ocultar, que aquélla no es, al menos en la doctrina alemana actual, una «reliquia histórica»⁴³⁴; o un «*nomen iuris*» que solo se mantiene «por razones históricas hoy en día absolutamente desacreditadas»⁴³⁵. Al contrario: a las numerosas críticas a esta teoría, cabe contraponer otras voces que no solo se limitan a reseñar acriticamente la posición jurisprudencial y conferirle un sentido práctico; sino que defienden, también con rigor, dicha construcción, especialmente, la posibilidad de liquidar el daño patrimonial de forma abstracta mediante la *Lizenzanalogie*⁴³⁶. Y,

⁴³⁴ Cfr., así, BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., p. 1.286, quien, en referencia al Derecho alemán, afirma: «*deberíamos aceptar que la dreifache Schadensberechnung es una "reliquia histórica" de un tiempo en el que la exclusión de las acciones de enriquecimiento obligó a la jurisprudencia a construir una particular criatura (...)*»; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 60: «(u)na reliquia histórica y dogmática (...)».

⁴³⁵ Cfr., así, PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 76, según el cual, en la actualidad existe «un clima doctrinal entre los autores más atentos absolutamente contrario a la dreifache Schadensberechnung».

⁴³⁶ Vid., p. ej., como en uno de los trabajos más completos de la doctrina actual alemana en relación con las acciones de defensa de los derechos sobre bienes inmateriales se defiende, desde un buen conocimiento del funcionamiento práctico de estas acciones, esta última opción: DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 263-274 y p. 291; más recientemente, «§ 97», cit., pp. 1.360-1.361 (Rdn. 59) y pp. 1.361-1.362 (Rdn. 61); también se defiende la configuración dogmática de la *Lizenzanalogie* como criterio de medición del daño en BODEWIG, Th. / WANDTKE, A., «Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie», *GRUR*, 2008, núm. 3, esp., p. 225. No se piense, tampoco, que es ésta una posición defendida exclusivamente por los especialistas del Derecho sobre bienes inmateriales, sino que «los cultivadores de la Parte General del Derecho de Obligaciones y Contratos» (cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 57) también convalidan esta práctica, encontrándole un encaje en el *Schadensersatzrecht*, vid., p. ej., VON BAR, C., «Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und allgemeine Schadentheorie», *UFITA*, 1978, núm. 81, pp. 68-71 (justificación bajo el concepto de *daño normativo*; le siguen, ahora, SCHACK, H., *Urheber- und...*, cit., p. 374 [Rdn. 779]; STIEPER, M., «Dreifache Schadensberechnung...», cit., p. 626); para una explicación de la *Lizenzanalogie* como *daño abstracto*, justificada por la especial vulnerabilidad de los derechos sobre bienes inmateriales y las dificultades de prueba del daño concreto, vid. ESSER, J. / SCHMIDT, E., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2, 7.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 205; recientemente, les sigue OETKER, H., «§ 252», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2007, p. 472 (Rdn. 56), quien –sin ignorar los problemas dogmáticos de la *dreifache Schadensberechnung* (cfr. Rdn. 55)– encuentra una explicación procesal, bajo la cual la utilización de los criterios de la regálfa hipotética y las ganancias del infractor como método de valoración del daño cobran sentido; de forma parecida, WAGNER, G., «Prävention und...», cit., p. 374; incluso, vid., ahora, MEDICUS, D., *Bürgerliches Recht*, cit., pp. 530-531 (Rdn. 833).

en tercer y último lugar, tampoco puede ignorarse que si, en efecto, una de las causas de la aparición de la tan denostada *dreifache Schadensberechnung* fue la ausencia, en su momento, de una convincente construcción teórica y normativa de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno, la situación del Derecho español en este terreno, no se aleja demasiado, lamentablemente y con la consabida excepción del artículo 32.1.6.^a LCD, de aquel panorama.

En todo caso, la utilización del criterio del precio de una licencia hipotética como método de cuantificación abstracta del daño patrimonial sufrido por el titular de los derechos de la personalidad incorporal presenta algunos inconvenientes prácticos, que desaconsejan –o, cuando menos, dificultan– su adopción generalizada en Derecho español. Y es que no resulta dudoso que este recurso implica, como va reiteradamente dicho, el reconocimiento de un expediente de liquidación abstracta del daño; pero que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los derechos de propiedad intelectual e industrial, no tiene apoyo en un fundamento normativo, ni se desprende de una doctrina de los tribunales clara, bajo la cual puedan identificarse y sistematizarse los grupos de casos en los que dicho recurso podrá ser admitido y de la que pueda predecirse, con cierta seguridad, el alcance de la pretensión indemnizatoria.

Así, el carácter automático de esta medida, con *abstracción* del real incremento esperado por el titular y que se ha visto frustrado por la intromisión ilegítima, puede generar dudas respecto del alcance de la pretensión, p. ej., en aquellos casos –muy frecuentes– en los que la remuneración hipotética no coincide con aquel incremento. Piénsese que, en los casos de las citadas SAP Madrid 30-III-2006 (*panel publicitario Conde de Casal*) y SAP Madrid 4-IX-2003 (*modelo Telefónica Móviles*) que tienen por objeto la imagen de un modelo profesional, éste –como, de hecho, así sucedía en la SAP Madrid 4-IX-2003 (*modelo Telefónica Móviles*)– puede haber celebrado, con anterioridad a la intromisión, un contrato con su agencia de modelos, por el que aquel autoriza a ésta la búsqueda de un destino publicitario para algunas de sus fotos y, llegado el caso contratar, en su nombre, la pertinente autorización. En este supuesto, en el que, previsiblemente, las partes del contrato pactarán que un porcentaje elevado de la remuneración de la agencia de publicidad al modelo corresponda a la agencia de modelos por la gestión de ésta, el daño patrimonial experimentado por el modelo no se corresponde, pues, con dicha remuneración. Y lo que quiere destacarse aquí es que, en estos casos, va a resultar dudoso si el deudor de la obligación de resarcir dicho daño abstracto podrá alegar –en la lógica resarcitoria, esto es, aquella que atiende a los «daños y perjuicios causados» [cfr. art. 9.2 (c) LO 1/1982] al

acreedor, y no a la ventaja patrimonial obtenida por el deudor⁴³⁷— que el daño de la víctima no se corresponde con el valor de mercado objeto de la pretensión.

Por otro lado, admitir la medición del daño patrimonial bajo el criterio del precio de una licencia hipotética representa, asimismo, aceptar un criterio de fijación abstracta del daño por parte de los tribunales; lo que abre las puertas a que éstos puedan fijar el daño en conformidad con otros criterios de valoración abstracta, que, en determinados supuestos, pueden ser —aparentemente— tan razonables como el de la regalía hipotética.

Es significativo, al respecto, el caso visto por la SAP Barcelona 8-IV-2003 (*concurso de belleza*): publicación no autorizada por parte de la revista *Interviú* de distintas fotografías de una mujer desnuda, que habían sido realizadas, con consentimiento de la actriz, durante el transcurso de un concurso de belleza. Ante la pretensión rescaritoria por el daño derivado de la intromisión en el derecho a la propia imagen de la mujer, la primera instancia concede una indemnización a determinar conforme a «*la suma más elevada que en concepto de retribuciones u honorarios hubieran satisfecho (el director y la sociedad titular de la revista) durante el año 2000 por un reportaje fotográfico con desnudos, incrementada en un 25 %*» (cfr. SAP Barcelona 8-IV-2003 AH 1)⁴³⁸. Piénsese que este criterio de determinación del daño —es decir, la cantidad más alta que la revista *Interviú* pagó como remuneración por la publicación de un reportaje del año 2000 incrementada con un porcentaje de sabor, más bien, preventivo-punitivo— es tan abstracto como lo puede ser el de la regalía hipotética *stricto sensu*⁴³⁹. *Vid.*, igualmente, con anterioridad, SAT Barcelona 30-IX-1985⁴⁴⁰, que también utiliza otro criterio de fijación abstracta del daño patrimo-

⁴³⁷ *Vid.*, con carácter general, MANKOWSKI, P. / SCHREIER, M., «Zum Begriff ...», cit., p. 775.

⁴³⁸ Esta última decisión, no obstante, revoca la decisión de primera instancia, precisamente, por la valoración del daño contenida en ella; y fija la indemnización, según los criterios de valoración del daño moral (sic) *ex art.* 9.3 LO 1/1982, de una manera más ortodoxa, y, desde luego, menos cuantiosa.

⁴³⁹ La utilización del criterio de la *Lizenzanalogie* incrementada por un porcentaje corrector (habitualmente el 100 %: *doppelte Lizenzgebühr*) es una expediente usual, en la jurisprudencia alemana, de cuantificación del daño en las pretensiones rescaritorias ejercitadas por las entidades de gestión colectiva de derechos de autor. Dicha jurisprudencia, no obstante, no justifica tal instrumento desde argumentos punitivos o preventivos, sino compensatorios de los costes de vigilancia y de persecución de las infracciones de derechos de autor que asumen dichas entidades, *vid.*, sobre ello, HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 213 (Rdn. 707); DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 89-91; WAGNER, G., «Prävention und...», cit., pp. 376-378; OETKER, H., «§ 249», cit., p. 350 (Rdn. 200). En nuestro Derecho, esta cuestión ha sido tangencialmente abordada por la STS 17-V-2010, caso *Cedro – tarifas*, RJ 2010/3900, en la que se admite, como doctrina jurisprudencial, la posibilidad de aplicar un porcentaje de incremento sobre la tarifa prevista por la entidad de gestión, si bien simplemente como expediente para determinar la regalía hipotética y «*de acuerdo con la real importancia económica de los derechos objeto de la infracción*» (FJ 4); en el mismo sentido, STS 6-VI-2011 (RJ 2011/4389, FJ 3).

⁴⁴⁰ Caso *Charo López*, RJC, 1986, núm. 1, p. 67.

nial derivado de la explotación comercial no autorizada de la imagen de una persona. En concreto, ante la pretensión resarcitoria de una actriz cuya imagen desnuda había sido publicada por dos revistas de contenido erótico, a través de los fotogramas de una película en la que había participado aquélla, la AT acude, para fijar la cuantía para resarcir el daño material, al precio cobrado por dicha actriz por su interpretación en la película (500.000 ptas. / 3.005,06 €), argumentando –con poca convicción, no obstante– que el precio del contrato de prestación de servicios artísticos con el productor de la película «permite interpretar que por unas escenas sueltas de dicha interpretación no puede pedir indemnización mayor aunque la trascendencia en cuanto a su difusión de las mismas y el tiempo transcurrido desde que se obtuvieron en 1979 hasta que se publicaron en 1981, pudiera haber alterado en alza la cotización de la actriz». De esta manera, la AT condena a las dos editoras de la revista a sendas indemnizaciones por el daño patrimonial de aquella cantidad. También ofrece un claro ejemplo de la inseguridad que genera la admisión judicial generalizada de criterios de fijación abstracta del daño patrimonial la SAP Pontevedra (1.^a) 20-IV-1994⁴⁴¹: después de acreditar la ilicitud de la explotación de la imagen de un menor para un uso publicitario, el JPI fijó el daño patrimonial sufrido por el menor «en función de las tarifas vigentes en el mercado para las campañas publicitarias en las que son utilizados modelos infantiles, tenidas en cuenta por las agencias publicitarias»; por lo que, acudiendo al «baremo correspondiente a la publicidad en prensa diaria acoge la cifra mínima de 45.000 pesetas» / 270,46 €. No obstante, la AP entendió que la fijación del daño patrimonial en el precio que el demandado debería haber pagado por el uso litigioso «no es equitativa». En cambio, sí estima «como ajustada la indemnización que comprende un 5 por 100 del beneficio obtenido por la agencia que, extralimitándose de lo convenido, utilizó la imagen (...) lo que supone una cifra total de 141.328 pesetas» / 849,40 € (cfr. FJ 5).

Por ello, admitir criterios judiciales de fijación abstracta del daño patrimonial incentivará a los demandantes a buscar –ya sea en el ordenamiento o en su imaginación– métodos de valoración que les asignen una indemnización mayor a la del daño patrimonial realmente sufrido, *vid.*, p. ej., SAP Madrid (Secc. 21.^a) 11-V-1999⁴⁴², donde, en la determinación del daño sufrido por unos menores, cuya imagen fue utilizada en una campaña institucional, se pretende fijar aquel daño por medio de la remuneración que obtuvo el fotógrafo que realizó las fotografías litigiosas. Pero es que, incluso en casos en los que tal medida restitutoria puede ser razonable, su configuración como un daño que puede ser resarcido mediante una valoración judicial en abstracto no deja de generar una indeseable inseguridad jurídica; *vid.* el caso visto por la STS 24-IV-2000 (*Lydia Bosch*): contrato celebrado entre una conocida actriz y su hermana y un estudio fotográfico para la realización de un reportaje gráfico de la boda de la última. Algunas de las fotogra-

⁴⁴¹ Caso *Moda Galicia menores*, AC 1994/624.

⁴⁴² Caso *campaña publicitaria del Ayuntamiento de Madrid*, AC 1999/8433.

fías de este reportaje aparecieron posteriormente publicadas, de forma no autorizada, en la revista *Diez Minutos*. Prescindiendo del planteamiento de la demanda en este caso y de su solución, cabe plantearse, ante una hipotética demanda de las hermanas contra el estudio fotográfico y contra la revista por los daños materiales causados por la intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen, si el tribunal podría fijar este daño, según, p. ej., la remuneración de la revista al estudio; o las ganancias obtenidas por la titular de la revista con la venta del número litigioso. La exigencia de un mínimo de seguridad jurídica sugiere descartar tales opciones bajo el argumento de que dichas cantidades no se corresponden con el concreto daño patrimonial sufrido por las demandantes⁴⁴³.

En todo caso, la falta de una norma o una doctrina jurisprudencial en la que fundar la fijación del daño patrimonial sufrido por el titular del derecho a la propia imagen infringido en el precio de una hipotética licencia provoca que, en no pocos casos, los tribunales rechacen esta forma de liquidación del daño, sin una mayor argumentación que la que ofrecen las decisiones que sí la aceptan.

Vid., así, SAP A Coruña (Secc. 4.ª) 7-IV-2008⁴⁴⁴: pretensión indemnizatoria de una modelo, cuya imagen fue indebidamente explotada en una campaña publicitaria. La modelo –que solicitaba una indemnización de 36.000 €– consideraba que una partida de dicho daño debía integrarse por los honorarios de una modelo profesional (6.000 €), en concepto de ahorro de gastos experimentado por los demandados. Tal forma de valoración del daño es denegada con claridad por el tribunal: «*Que no basta simplemente como criterio indemnizatorio ponderar el costo de unas fotos de dicha naturaleza en el mercado, pues ello vendría a refrendar la imposición de un contrato, en contra de los más elementales principios que disciplinan las relaciones jurídicas convencionales, corriéndose el indiscutible riesgo de la consagración de una inadmisibles práctica, consistente en la reproducción de la imagen de una persona, a sabiendas de que el costo de tal ilícito proceder supondría el simple pago, en concepto indemnizatorio, del precio que cobraría un o una modelo, que, por el contrario, si autorizase expresamente la reproducción de su imagen, trasladándose, de tan irregular forma, la disposición de un derecho fundamental personalísimo a quien conscientemente lo ha vulnerado, por lo que, en modo alguno, insistimos, éste puede ser el cánón indemnizatorio, que suponga, como advierte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes citada, una efectiva tutela jurídica y no una protección meramente ritual y simbólica*» (FJ 3). Huelga decir que el razonamiento, como decimos, es tan poco convincente como el usualmente utilizado para admitir el resarcimiento del daño patrimonial bajo la regalía hipotética, pues sostener que dicho expe-

⁴⁴³ Nótese que el caso planteado tiene una solución más sencilla, y en todo caso, más segura, desde la acción de enriquecimiento injustificado, en los términos expuestos *supra* 3.2.3, 4 y 5.2.

⁴⁴⁴ Caso modelo *Leche Pascual*, AC 2008/1036.

diente de liquidación del daño constituye una «*inadmisibile práctica*» o de una «*irregular forma*» resulta una respuesta insuficiente para aquella demandante que, precisamente, quería que su lesión al derecho a la propia imagen fuere reparada o restituida mediante el pago del valor de uso de su imagen.

Y es que, en definitiva, no será infrecuente que para configurar el daño patrimonial –tanto el daño emergente como el lucro cesante– que sufre el titular de un derecho fundamental de la personalidad incorporal infringido, y que puede ser resarcido mediante la acción resarcitoria del artículo 9.2 c) LO 1/1982, se acuda, como punto de partida, a las pautas generales tradicionales del concepto de daño en Derecho español.

Y éste suele determinarse –reiteramos, generalmente, y en ausencia de un criterio normativo distinto⁴⁴⁵– desde una concepción subjetiva y real-concreta⁴⁴⁶; esto es, desde una valoración que tenga en cuenta, en todo momento, las concretas circunstancias de la persona que sufre el daño⁴⁴⁷; así como los singulares factores del daño, con independencia de otros elementos ajenos a éstos⁴⁴⁸.

Desde esta lógica, la remuneración que el titular del derecho de la personalidad infringido hubiese obtenido a cambio de la autorización por el uso intromisivo podrá ser considerada como daño resarcible *ex* artículo 9.2 c) LO 1/1982 en aquellos casos en los que dicho titular pueda acreditar que la disposición onerosa proyectada –ya fuera a favor del intromisor o de un tercero– no se ha producido debido, precisamente, a la concurrencia de la intromisión ilegítima.

⁴⁴⁵ Como los contenidos en los artículos 140.2 LPI; 43.2 y 43.5 LM; art. 66.2 LP; artículo 55.2 LPJDI; art. 22.3 *in fine* LPOV, o en el art. 1.108 CC, *vid.*, en un sentido parecido, CARRASCO PERERA, Á., «Art. 140», cit., p. 1.692. No se acaba de entender muy bien la crítica que BASOZÁBAL («Método triple...», cit., pp. 1.290-1.291) y PORTELLANO (*La defensa...*, cit., pp. 64-65) dirigen a la afirmación de aquel autor, por la cual la liquidación del daño por medio de la regalía hipotética del artículo 140.2 (b) LPI es –al igual que en el art. 1.108 CC– abstracta. Afirmar esto no es más que una constatación normativa, sin que signifique convalidar la solución dogmática o de política jurídica que subyace bajo la *dreifache Schadensberechnung*. Y es que el hecho de que esta teoría sea un *juristische Mißgeburt* –cuestión siempre discutible– no debe prejuzgar el análisis del Derecho positivo.

⁴⁴⁶ Cfr. PANTALEÓN, F., «Art. 1.902», cit., pp. 1.990-1.991; Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, cit., p. 314; *Fundamentos...*, V, cit., p. 336; SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 36. *Vid.*, para una asunción judicial de las bases dogmáticas de esta tesis, SJPI Santander núm. 3 26-X-2004, JUR 2005/43661 (FJ 3 y 4).

⁴⁴⁷ Así, en el citado caso del *concurso de belleza* (SAP 8-IV-2003), si admitimos que la efigiada sufrió, a causa de la explotación no autorizada de su imagen, un lucro cesante, porque, p. ej., estaba negociando, en ese momento, la autorización para publicar las fotografías en otra revista, la valoración de este daño deberá tener en cuenta las características profesionales de la modelo; sin que pueda admitirse como válida, según la concepción subjetiva del daño, la remisión a la remuneración de una modelo, actriz, etc. de mayor repercusión social (como, en cambio, hizo la SJPI en el caso).

⁴⁴⁸ De esta manera, en el mismo caso (*concurso de belleza*), el daño patrimonial (lucro cesante), en la hipótesis planteada en nota anterior, será el mismo aun en el caso de que la publicación no autorizada de las fotografías en la revista *Interviú* hubiese ocasionado a la modelo notables ventajas patrimoniales, en forma de contratos de prestación de servicios artísticos en televisión, etc.

En síntesis, las objeciones a la adopción del criterio del precio de la autorización hipotética como expediente para cuantificar, de forma abstracta, el daño patrimonial experimentado por el titular del derecho de la personalidad infringido no se dirigen a satisfacer el prurito dogmático; sino, antes bien, a advertir de los riesgos que supone su admisión generalizada y sin el apoyo de unos criterios claros acerca de su encaje práctico. No obstante, es claro que la acción indemnizatoria –tanto por el daño patrimonial como por el moral– y la acción de enriquecimiento injustificado pueden concurrir; y, en el caso de que se admita –como así hacen nuestros tribunales– que la acción indemnizatoria del daño patrimonial *ex* artículo 9.2 c) LO 1/1982 permite exigir al intromisor el precio de la autorización hipotética habrá que aplicar una reducción por concurrencia del resarcimiento y el enriquecimiento por el mismo concepto⁴⁴⁹.

En cualquier caso, la liquidación del precio o remuneración por la autorización que el titular hubiese concedido al intromisor encuentra un acomodo práctico sencillo, coherente y razonable en la acción de enriquecimiento, bajo el fundamento dogmático, normativo y alcance expuestos en este trabajo. Además, el desarrollo de esta acción en la práctica de la protección de los derechos de la personalidad incorporal podría resultar igualmente sugestivo desde un punto de vista político-normativo, del modo en que se desarrolla a continuación.

6.3 La acción de enriquecimiento injustificado como instrumento de superación de la irracionalidad e imprevisibilidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral

La utilidad que representa la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión como instrumento de reintegración de las lesiones de derechos de la personalidad ha llevado a que, a nivel doctrinal, se haya tratado de asignarle una mayor importancia en este ámbito. En concreto, la poco convincente y razonada práctica de los tribunales en la concesión de indemnizaciones por el daño moral derivado de la lesión de aquellos derechos ha tratado de ser corregida desde propuestas por las que se entiende que la acción de enriquecimiento podría asumir, con mayores dosis de coherencia y corrección dogmática, aquellas funciones no estrictamente compensatorias que, como se ha visto, suelen atribuirse, desde distintos ordenamientos, a la indemnización del daño moral.

⁴⁴⁹ Del modo en que lo hace la norma del artículo VII.- 7:102 DCFR, como también se ha apuntado *supra* IV.

En la doctrina alemana, CANARIS –soliviantado por la jurisprudencia que atribuye una función preventiva o disuasoria a la indemnización del daño moral derivado de aquellas intromisiones en el derecho general de la personalidad deliberadamente ideadas para obtener ganancias⁴⁵⁰– ha propuesto erigir a la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno en un instrumento de restitución de ganancias en estos supuestos. De esta manera, se conseguiría, por un lado, una solución dogmática coherente en sede del Derecho del enriquecimiento⁴⁵¹; y, por otro –y sobre todo– se evitaría que la acción de indemnización del daño moral viera perturbada su función estrictamente compensatoria con la introducción, en su seno, de finalidades o funciones punitivas o preventivas⁴⁵².

Desde el Derecho español, cabe insistir en que no resulta conveniente asignar una función preventivo-punitiva a la acción de enriquecimiento injustificado, pues de este modo, su fundamento y alcance como mecanismo de reintegración de la lesión del contenido de atribución de determinados derechos subjetivos se diluiría indebidamente en una concepción unitaria y vulgar de dicha acción, inspirada en un principio de equidad, y dirigida a retirar las ganancias ilícitamente obtenidas por el intromisor. Y mucho menos adecuado resultaría dotar la acción de enriquecimiento con esta función preventivo-punitiva solo para así evitar que la acción indemnizatoria del daño moral termine por asumir aquella función⁴⁵³. No obstante, sí es cierto que, en el ámbito de la defensa de los derechos de la personalidad incorporal, la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno puede contribuir indirectamente –y más allá de su función dogmática y normativa– a superar la irracionalidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral derivado de la lesión de aquellos derechos⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Vid. BGH 15-II-1994 (*Carolina de Mónaco I*); BGH 5-XII-1995 (*Carolina de Mónaco II*); BGH 5-X-2004, caso hijo *Carolina de Mónaco y Ernesto de Hanover*, NJW, 2005, núm. 4, pp. 215-218; y *supra* 5.1.

⁴⁵¹ Recuérdese –*supra* 5.1.– que para este autor es posible, en Derecho del enriquecimiento alemán, identificar la pretensión restitutoria con las ganancias obtenidas por un intromisor en derecho ajeno de mala fe.

⁴⁵² Vid. «Bereicherung aus...», cit., *passim*, esp., pp. 98-99 y 108-110. Un razonamiento parecido –si bien, con fundamentos normativos algo distintos– es defendida por SIEMES, C., «Gewinnabschöpfung bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Presse», *AcP*, 2001, *passim*, esp., pp. 212-215 y 226-231.

⁴⁵³ Bajo este argumento, la indiscutida necesidad de prevenir ilícitos civiles y fiscalizar las conductas generadoras de éstos acaba por convertirse –como ha señalado WAGNER («Prävention und...», cit., p. 360)– en una *heiße Kartoffel* que va pasando por las distintas manos de las áreas de conocimiento, bajo las cuales hemos convenido –muchas veces por razones incomprensibles a la razón práctica– en compartimentar el ordenamiento jurídico.

⁴⁵⁴ Esta idea ha sido certeramente apuntada, en la doctrina española, por MIERES MIERES, L.J., «Nimiedades privadas...», cit., pp. 1.759-1.761, al hilo de un comentario al caso *Preysler*.

En efecto, la determinación de la cantidad económica idónea para compensar la lesión a los intereses morales o personales derivada de la infracción de un derecho de la personalidad viene sometida a fuertes dosis de discrecionalidad judicial; que, en el fondo, conllevan una cierta irracionalidad y, en todo caso, imprevisibilidad. Ello no tiene por qué ser así; pues los criterios de valoración del daño moral en la LO 1/1982 y, sobre todo, las funciones que el ordenamiento jurídico español pretende conferir a la indemnización del daño moral derivado de la lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen constituyen una pauta normativa adecuada para que los tribunales desarrollen, bajo grupos de casos, criterios más previsibles de determinación de dichas cuantías. No obstante, esta labor judicial –ya difícil de por sí– se presenta en los tribunales españoles con –por decir lo menos– un escaso desarrollo; con lo que es razonable pensar que, en ausencia de estas bases, la determinación de la cuantía en este ámbito sigue estando sometida a las mencionadas discrecionalidad, irracionalidad e imprevisibilidad.

Sin este desarrollo judicial, la determinación de la cuantía idónea para indemnizar el daño moral en recurrentes casos de vulneración de los derechos de la LO 1/1982 resulta, ciertamente, muy difícil de prever. *Vid.*, p. ej., el caso de la STS 11-XI-2004⁴⁵⁵ (caso *Mar Flores y Alessandro Lecquio*): la revista *Interviú* publicó un reportaje en el que se daba cuenta de que una conocida exmodelo –sentimentalmente vinculada a un conocido empresario– había mantenido, esporádicamente, una relación con otro personaje de notoriedad pública en Italia. El reportaje se ilustró, entre otras fotografías íntimas de la exmodelo con su nuevo amante, de una fotografía de éstos en la cama de la habitación de un hotel; al parecer, captada por los propios efigiados. Ante la demanda de la exmodelo frente a la editora de la revista, los tribunales no dudaron en estimar que la publicación en cuestión había lesionado los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la demandante; lo que fue confirmado por el TS. No obstante, en cuanto a la pretensión de indemnización del daño moral, solo puede saberse, de las decisiones publicadas, que su cuantía se determinó en ejecución de sentencia; limitándose el JPI a afirmar que «*la referida publicación ha ocasionado graves daños morales a Doña María del Mar F. C.*» (*apud* STS 11-XI-2004, AH 1). Tratar de prever la cuantía que, aproximadamente, podrían conceder los tribunales en este caso es una actividad sumamente compleja, por no decir imposible⁴⁵⁶. Ciertamente, parece que, en el pre-

⁴⁵⁵ RJ 2004/6660.

⁴⁵⁶ Son útiles, para comprender la inquietud que genera esta situación en la praxis, las reflexiones de ENRICH, E., «El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión. El pleito Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones contra Hello! a la luz del derecho comparado», *RJC*, 2004, p. 811, quien, después de criticar la falta de racionalidad y previsibilidad de los criterios manejados por los tribunales en los casos de infracción de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, termina por preguntarse: «¿cómo asesorar a

sente caso, la lesión a los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la exmodelo –quien, como se desprende de la resolución citada, fue víctima, al parecer, de una estrategia económica entre su amante, un intermediario y el medio de comunicación demandado– revistió cierta gravedad: no solo se daba conocimiento al público de una información sobre la vida privada de una persona, sino que, además, se publicaban unas imágenes de una escena claramente íntima. Además, el hecho de que la conducta de la demandante había sido dirigida a la obtención de un beneficio económico con la intromisión debería ser un elemento a tener en cuenta, en principio, para incrementar la cuantía, de acuerdo con la interpretación propuesta del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982⁴⁵⁷. De esta manera, podría pensarse, en un primer momento, que la cuantía en este caso se ubicaría entre los parámetros más altos concedidos por los tribunales en casos similares: p. ej., STS 17-VII-1993⁴⁵⁸ [caso *Marta Chávarri* (204.348,11 €)]; SAP Madrid 27-VI-2007 [paternidad *Gonzalo Miró* (300.000 €)]⁴⁵⁹; STS 28-XI-2008⁴⁶⁰ [*Jose Toledo y Cristóbal M. Bordiú* (180.302 €)]; STS 30-XII-2010⁴⁶¹ [caso *Pepe Navarro* (270.000 €)]; SAP Madrid (Secc. 11.ª) 30-XII-2010⁴⁶² [caso *Pepe Navarro II* (150.000 €)]; SAP Madrid (Secc. 11.ª) 23-I-2008⁴⁶³ [caso *famoso desnudo en terraza* (120.000 €)]; SAP Sevilla (Secc. 5.ª) 16-II-2006⁴⁶⁴ [caso *Eugenia Martínez de Irujo*

la revista que publica imágenes de este tipo si no sabemos cuál puede ser la sanción por su actuación? ¿cómo recomendar al personaje público que ha sufrido una intromisión ilegítima a su derecho de imagen si al final el Tribunal Supremo puede valorar el perjuicio en 200 euros?».

⁴⁵⁷ Vid. *supra* 5.1.

⁴⁵⁸ RJ 1993/6458. Publicación no autorizada en una revista de la imagen de un conocido personaje de la prensa del corazón, captada en una discoteca, y en la que aparecía sin ropa interior. Esta resolución, que confirma la condena indemnizatoria de la instancia, deja la fijación de la cuantía indemnizatoria para el período de ejecución de sentencia. Según noticia publicada en *El País* (30-VII-1994) –bajo el título «*Entreviú pagará 34 millones a Marta Chávarri por la foto sin ropa interior*»–, ésta fue la cuantía fijada finalmente por los tribunales.

⁴⁵⁹ Adviértase, no obstante, que esta resolución –y, lógicamente, la valoración del daño moral en ella contenida– ha sido revocada por la STS 30-VI-2010 (RJ 2010/5691), al entender que la divulgación por los medios demandados de la paternidad del demandante –celosamente ocultada al público por éste y por su madre ya fallecida– no quedaba comprendida en el ámbito objetivo de protección del derecho a la intimidad.

⁴⁶⁰ RJ 2009/1352. Publicación de catorce fotografías en las que una presentadora de televisión y un conocido personaje de la prensa del corazón aparecen desnudos.

⁴⁶¹ RJ 2011/1793. Divulgación en distintos programas de una cadena de televisión de datos de la vida íntima («*vida sentimental del actor, infidelidades, paternidades hasta el momento no conocidas, acoso sexual en el ámbito laboral y amenazas de despido*») de un presentador.

⁴⁶² AC 2011/782. Imputación a un presentador de infidelidades y de la paternidad del hijo de una actriz en un programa de televisión.

⁴⁶³ JUR 2008/114896. Emisión en un programa de televisión de la imagen de un famoso en la que se reproduce su «*cuerpo completo (...) caminando por el interior de la terraza de su vivienda-chalet, incluyendo sus movimientos para desprenderse de su traje de baño*».

⁴⁶⁴ JUR 2006/180481. Imputación de infidelidades matrimoniales en distintos programas de televisión a un conocido personaje de notoriedad pública, quien, a su vez, es calificado en dichos programas como «*la bajita platea*» o «*duquesita*».

(90.151,81 €); SAP Madrid (Secc. 20.ª) 30-X-2008⁴⁶⁵ (caso *Terelu Campos – discoteca*) (150.000 €); SAP Sevilla 2-VI-2011 [*Duquesa de Alba y A. Díez c. Sálvame* (300.000 €)]; STS 10-X-2011⁴⁶⁶ [caso *Norma Duval c. Aquí hay tomate* (140.000 €)]; SAP Madrid (Secc. 13.ª) 5-X-2010⁴⁶⁷ [caso *Norma Duval c. Hormigas Blancas* (125.000)]; SAP Madrid (Secc. 20.ª) 3-XII-2009⁴⁶⁸ [caso *Marta Chávarri c. Aquí hay tomate* (146.666 €)]; STS 12-IX-2011⁴⁶⁹ [caso *Anna Kournikova y Enrique Iglesias* (336.000 €)]. No obstante –y aparte de que estas cantidades tampoco constituyen, como se comprenderá, una pauta orientativa fiable– podría ser que, a la hora de determinar, la cuantía del daño moral sufrido por la demandante en el caso *Mar Flores y Alessandro Lecquio*, los tribunales argumentaran, para justificar una cantidad inferior a aquéllas, que, p. ej., la exmodelo «*havia estat objecte d'especial atenció per l'anomenada "premsa del cor", i que, per tant, era conscient que havia de protegir-se si volia emparar la seva privacitat, i que li és exigible una especial diligència per a aquesta finalitat*⁴⁷⁰»; o que la afectada «*no ejercía(n), ni había(n) ejercido cargo público*⁴⁷¹»; o que debe tenerse en cuenta «*la menor repercusión que un medio escrito tiene frente a los programas de televisión dedicados a estos temas*⁴⁷²» (FJ 8); o que la cuantía de la indemnización por el daño moral debe cifrarse con relación a la remuneración que el medio de comunicación ha abonado a la persona que ha divulgado la información o imagen

⁴⁶⁵ AC 2008/2103. Emisión en programa de televisión de unas imágenes (con «*un inequívoco componente sexual*») captadas en una discoteca, en las que puede verse a dos periodistas bailando.

⁴⁶⁶ JUR 2011/386965. Durante el transcurso de un programa de televisión, se especula sobre «*las experiencias sexuales de la actora, la atribución de actuaciones relacionadas con terceras personas, o abortos llevados a cabo*».

⁴⁶⁷ JUR 2011/36331. Emisión de un reportaje en un programa de televisión sobre la trayectoria privada de una conocida vedet, durante el transcurso del cual se insinuó su bisexualidad.

⁴⁶⁸ JUR 2010/69811. Reproducción en un programa de televisión de una imágenes en las que puede verse a un conocido personaje de la prensa del corazón, junto con su nueva pareja sentimental, en la terraza de su casa; lo que supone la revelación de una relación sentimental que sus protagonistas habían querido preservar del público.

⁴⁶⁹ JUR 2011/336227. Emisión en el programa de televisión *Aquí hay tomate* de un reportaje que, bajo el título «*El desnudo del año*», muestra unas fotografías en las que se ve a dos conocidos personajes públicos en una playa. Las fotografías habían sido manipuladas, para dar la impresión de que su protagonista aparecía completamente desnuda, cuando –al parecer– en el momento de ser tomadas, aquélla llevaba una pieza de baño.

⁴⁷⁰ Argumento empleado, entre otras, por la SAP Barcelona (Secc. 13.ª) 28-II-2002 [caso, *Daniel Ducruet*, TOL 247.846 (60.101,21 €), FJ 11]. Publicación en dos números de 1996 de la revista *Interviú* de sendos reportajes fotográficos que mostraban al que por aquel entonces era marido de Estefanía de Mónaco manteniendo relaciones sexuales con otra mujer. En el segundo de los números, dicha revista distribuyó junto al ejemplar en papel un vídeo que reproducía al completo los detalles de la infidelidad.

⁴⁷¹ Argumento utilizado por la SAP Madrid (14.ª) 14-VII-2009 (caso *A. Botella y J.M. Aznar*, AC 2009/1870, confirmada por STS 29-VII-2011, RJ 2011/6285) para justificar el hecho de que la cuantía concedida en este caso (90.000 € para cada uno de los afectados) fuera superior respecto a un «*supuesto similar*» enjuiciado por la misma AP (40.000 y 30.000 € para cada uno de los afectados).

⁴⁷² Argumento desarrollado por la SAP Madrid (Secc. 21.ª) 8-IV-2008 (caso *Álvarez-Cascos c. ¡Qué me dices!*, JUR 2008/180431) para rebajar la cuantía indemnizatoria a 24.000 € (FJ 8).

litigiosa⁴⁷³; y ello, de manera que la cuantía se determinara de conformidad con otras concedidas por los tribunales, también en supuestos parecidos: SAP Madrid 2-VI-2004⁴⁷⁴ [caso *concurante Gran Hermano* (30.000 €)]; STS 24-IV-2000 [*Lydia Bosch* (3.005,06 €)]; STS 14-III-2011⁴⁷⁵ [caso *Andreu Buenafuente* (55.000 €)]; STS 27-XII-2010 [caso *boda Ronaldo - Qué me dices*, (30.000 €)]; STS 15-VI-2011 [caso *boda Ronaldo - Hola* (60.000 €)]; SAP Madrid (Secc. 25.^a) 17-VII-2009⁴⁷⁶ [caso *entrevista Aquí hay tomate* (24.000 €)]; SAP Valladolid 27-XII-2010⁴⁷⁷ [caso *pareja Patricia Conde* (35.209,87 €)]; SAP Madrid (Secc. 11.^a) 11-III-2010⁴⁷⁸ [caso *amiga futbolista Real Madrid* (10.000 €)]; STS 22-XI-2010⁴⁷⁹ [caso *Julián Muñoz* (36.000 €)]; STS 27-X-2011⁴⁸⁰ [caso *Fran Rivera - A tu lado* (20.000 €)]; STS 29-VII-2011 [caso *Darek c. DEC* (15.000 €)]; STS 18-VII-2011 (*Pepe Navarro IV* [17.000 €]); o, en fin, que dicha indemnización coincidirá con la que han acordado los tribunales por la redifusión de las imágenes

⁴⁷³ Como hizo el JPI en el caso visto por la STS 29-VII-2011, caso *Darek c. DEC*, RJ 2011/6284: emisión en programa de televisión de una entrevista a la examante de un modelo profesional –conocido públicamente por su relación sentimental con un personaje habitual de la prensa del corazón española– en la que revela que siguió manteniendo relaciones sexuales con el modelo con posterioridad a que éste iniciase dicha relación sentimental. Para el Juzgado, «se considera más ajustada una indemnización de 15.000 euros, que es el precio total que se pagó por la entrevista» (apud STS 29-VII-2011, AH 1). La Sala 1.^a, en la resolución citada, ha confirmado la resolución del Juzgado, tras revocar la de apelación. O como hizo la STS 18-VII-2011, caso *Pepe Navarro IV*, RJ 2011/6124: la demanda de un conocido presentador de televisión por la publicación en la revista *Interviú* de la entrevista a una examante de aquél, en la que detalla aspectos de su vida íntima, se interpuso exclusivamente frente a la entrevistada. A la hora de fijar la cuantía indemnizatoria por la lesión al derecho a la intimidad del demandante, la Sala 1.^a –que aumenta la cuantía fijada por la AP (6.000 €)– tiene en cuenta la remuneración obtenida por la demandada por la concesión de la entrevista (34.560 €), si bien aplica una reducción del 50%: «esta Sala, teniendo en cuenta que la LPDH exige que se tenga en cuenta la difusión de la publicación, que es notoriamente de gran tirada, y el beneficio obtenido, estima adecuado señalar como indemnización la mitad (17 000 €) del beneficio que la Audiencia Provincial declara obtenido por la demandada por la publicación del reportaje» (FJ 2).

⁴⁷⁴ AC 2004/1836. Publicación en la revista *Interviú* de un reportaje ilustrado en el que se da cuenta de la anterior actividad profesional como prostituta de una concursante de un conocido programa de televisión.

⁴⁷⁵ RJ 2011/2770. Publicación en una revista de la imagen de un conocido humorista «en una solitaria cala de Ibiza desnudo quitándose el bañador».

⁴⁷⁶ JUR 2009/362592. Emisión en dos programas de televisión de las declaraciones de una persona en las que se contienen comentarios sobre la «vida sexual, íntima y privada» de un conocido personaje público y en las que, más en concreto, se facilitan datos sobre la orientación sexual de éste.

⁴⁷⁷ Emisión de un reportaje en un programa de televisión de *Telecinco* en el que se identifica a una joven (sin notoriedad pública) y se asegura que ésta podría mantener una relación sentimental con una conocida presentadora.

⁴⁷⁸ AC 2010/962. Publicación en una revista y en un programa de televisión de un reportaje en el que se reproduce de forma no autorizada la imagen de una mujer y se califica a ésta como la nueva amante de un conocido futbolista.

⁴⁷⁹ RJ 2011/565. Afirmación, en distintos programas de la cadena de televisión *Telecinco*, de que un personaje de notoriedad pública había tenido un hijo fruto de una relación con una prostituta.

⁴⁸⁰ RJ 2012/1129. Emisión de una entrevista en la que la examante de un torero detalla las relaciones mantenidas con éste.

en cuestión en un programa de televisión: STS 15-VI-2011⁴⁸¹ [caso *Mar Flores y Alessandro Lecquio II* (30.000 €)].

No se propone aquí, ni mucho menos, sustituir la acción indemnizatoria del daño moral por la acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen; pues, lógicamente, ambas acciones tienen funciones distintas y complementarias; y, desde luego, no se trata de obligar a los titulares de estos derechos a liquidar la lesión de sus intereses morales o personales en una suerte de mercado mefistofélico, a la búsqueda del precio de mercado de la explotación litigiosa. Pero sí resultaría conveniente un cierto desarrollo práctico de la acción de enriquecimiento en el grupo de casos que venimos reseñando y en los que, indudablemente, existe un mercado que remunera el uso legítimo de datos de la vida privada de las personas, así como la reproducción y difusión de escenas pertenecientes a la esfera moral o personal de la imagen de las personas⁴⁸². El hecho de que el precio de estas remuneraciones usuales sea el objeto de una acción que, con fundamento en el artículo 9.2 a) LO 1/1982 –y sin necesidad de probar una conducta negligente o dolosa de la persona responsable de la explotación no autorizada de aquellos atributos de la personalidad ajena– está a disposición de los titulares de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, permitiría a estos titulares y a los jueces y tribunales encontrar una cifra más segura en la que fijar el *coste del ilícito*.

⁴⁸¹ RJ 2011/4632.

⁴⁸² En la esfera profesional o pública, huelga decir que la *condictio* por intromisión resulta plenamente pertinente y que la acción indemnizatoria del daño moral no debería desempeñar un papel muy destacado. Para entendernos: parece poco probable que los demandantes en los casos de las SAP Madrid 23-VI-2009 (*Javier Bardem c. In touch*) o SAP Almería 20-I-2011 (*David Bisbal*) hayan sufrido una repercusión psíquica negativa de entidad que merezca ser compensada con una cantidad indemnizatoria elevada. Por ello, resulta más que criticable la tendencia que califica el daño que tiene por objeto el precio de mercado de la imagen de una modelo como daño moral derivado de una explotación no cubierta por la autorización inicial, *vid.*, entre otras, SAP Barcelona (Secc. 17.ª) 26-III-2001, caso *modelo Micro*, JUR 2001/161312 (AH 1); SAP Madrid (13.ª) 31-V-2002, caso *Mónica Pont*, AC 2003/427 (AH 1); SAP A Coruña (6.ª) 11-IV-2006, caso *modelo sustituta*, JUR 2006/152591 (Fallo 3), confirmada por STS 3-XII-2008, RJ 2008/6942. Como razonamiento ejemplar de esta criticable tendencia, *vid.*, también, SAP Las Palmas (Secc. 4.ª) 23-X-2008, caso *bailarina striptease*, JUR 2009/122012: la AP considera que el perjuicio sufrido por una bailarina profesional de *striptease* cuya imagen, mientras prestaba sus servicios artísticos en una discoteca, fue reproducida de forma no autorizada en una revista constituye «un indudable daño moral, incuestionablemente producido, en cuanto la actora pretendía mantener su actividad nocturna en un ámbito de conocimiento limitado o de alcance reducido trascendiendo, en contra de su voluntad, a su propio entorno familiar y personal violándose su intimidad agravada mediante la difusión pública de su imagen desnuda persiguiéndose por el infractor un fin comercial o lucrativo» (FJ 5). Y nótese, no obstante, que la propia AP admite que «(l)a actora tiene una página web en internet en la que promociona sus servicios. Sus fotos aparecen publicadas en la puerta de la discoteca anunciando el show (...)» (FJ 1).

Determinar el precio de la licencia hipotética en este sector también puede ser difícil⁴⁸³; pero, como decimos, el grado de desarrollo del mercado de las exclusivas en la prensa amarilla permite que –con ayuda de dictámenes de profesionales del sector– se pueda establecer, con cierta aproximación, el precio que, p. ej., la revista *Interviú* habría hipotéticamente pagado a la exmodelo por desvelar su relación amorosa y publicar una fotografía íntima (STS 11-XI-2004, *Mar Flores y Alessandro Lecquio*); o el que la revista *Diez Minutos* hubiese pagado por la publicación de las fotografías de la boda de la hermana de una conocida actriz (STS 24-IV-2000, *Lydia Bosch*); o el que las revistas *Qué me dices* y *Hola* hubiesen pagado por la publicación de las fotografías de la boda de un futbolista (STS 27-XII-2010 y STS 15-VI-2011, *boda Ronaldo*); o el que una persona de notoriedad pública hubiese hipotéticamente podido exigir a la revista *Interviú* para que ésta publicara, en la portada de uno de sus números, su imagen desnuda o semidesnuda (STS 28-XI-2008, *Jose Toledo y Cristóbal M. Bordiú*; STS 7-VII-2004, *Naomi Campbell c. Interviú*).

Por otro lado, la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno es compatible con otros remedios de reintegración, así como indemnizatorios. De esta manera, en el caso *Mar Flores y Alessandro Lecquio*, p. ej., la editora de la revista *Interviú*, si así lo hubiese solicitado la demandante en el caso, podría haber sido condenada, además de restituir el precio del valor de uso de la intimidad e imagen de la demandante, a publicar la sentencia por la que se declara la intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de la exmodelo (acción de remoción); a la destrucción de los ejemplares no distribuidos de la revista, y a eliminar la publicación litigiosa de su página web (acción de remoción). Igualmente, la exmodelo sigue ostentando una pretensión indemnizatoria por el daño moral que la publicación le haya causado.

Así las cosas, estamos convencidos de que, por un lado, si muchos de los demandantes afectados por las prácticas intromisivas en los derechos de la personalidad que venimos reseñando pudieran obtener la restitución del precio de mercado del uso en cuestión, la piel que envuelve los intereses morales o personales de su intimidad e imagen se tornaría menos sensible; y, por otro, si nuestros jueces y tribunales pudieran condenar a determinados medios responsables de aquellas prácticas a abonar a las víctimas de ellas dicha cantidad, las indemnizaciones por el daño moral derivado de la lesión de los derechos de la personalidad se reconducirían seguramente a parámetros más racionales y previsibles.

Y, desde una perspectiva distinta, también podría contribuir, en fin, a incentivar que los contenidos de los que se nutren los medios del corazón o del entretenimiento sensacionalista sean el resultado

⁴⁸³ Vid. *supra* 5.2.

de acuerdos contractuales previos con aquellas personas que desean participar en ellos; y no la consecuencia de conductas empresariales inspiradas en un mero cálculo de los costes-beneficios del ilícito⁴⁸⁴, y cuyo acierto dependa exclusivamente de la decisión que hayan de tomar los tribunales con respecto a la valoración de la cuantía idónea para resarcir el daño moral de la víctima premeditada de la intromisión.

VII. CONCLUSIONES

1. Sobre la base del planteamiento diferenciador o tipológico del Derecho del enriquecimiento propuesto en nuestra doctrina, resulta posible identificar, entre los remedios de reintegración del derecho lesionado, una acción de enriquecimiento injustificado (*condictio*) por intromisión dirigida a restituir en el patrimonio del titular del derecho de la personalidad la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor.

2. El fundamento dogmático de esta acción reside en el contenido de atribución de la posición jurídico-subjetiva reconocida positivamente al titular de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y, más en particular, en la asignación normativa al titular de estos derechos de los rendimientos económicos derivados de su ejercicio. La delimitación del ámbito objetivo de protección de la *condictio* por intromisión en los derechos de la personalidad debe atender, asimismo, a la existencia de un mercado usual y razonable en el que acudir como medio de determinación y valoración de la eventual ventaja patrimonial que adquiere el intromisor no autorizado; lo que implica que dicha acción solo resulte de aplicación para los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

3. El fundamento normativo de esta acción se encuentra en el artículo 9.2 a) LO 1/1982, de conformidad con su naturaleza reintegradora y su idoneidad, una vez producida una intromisión ilegítima en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, para el «restableci-

⁴⁸⁴ Una «*cold-blooded cost-benefit calculation*», como señala la jurisprudencia inglesa al definir los comportamientos de determinados medios en los grupos de casos en los que resulta oportuno recurrir, en ese ordenamiento, a los *exemplary damages*, cfr., p. ej., *Kiam v MGN Ltd.* (2002) 3 W.L.R. 1036 (n. 75); *vid.*, también, la precisa descripción del razonamiento que deben de seguir dichos medios antes de tomar la decisión en cuestión: «*Well, it will help the circulation of our newspaper. He may sue, he may not. If he does not so much better. If he does we will try to settle and get out as quickly as we can. If we cannot do that and it goes to court we still think that the total cost to us, adding everything, damages and the legal costs, all the lot, will make it worth the gain for us to publish it. So we will go ahead*», cfr. *John v MGN Ltd.* (1997) Q.B. 586 (p. 624).

miento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos (...) y la reposición del estado anterior». Su régimen sustantivo y procesal se determina por las normas de la tutela procesal civil de los derechos fundamentales (art. 18.1 CE; LO 1/1982 y arts. 52.1.6.º, 249.1.2.º, 477.2 1.º y 524.5 LEC), siempre que el uso o explotación en cuestión quede comprendido en el ámbito objetivo de protección del artículo 18.1 CE y de la LO 1/1982.

4. El objeto de la acción se concreta en la restitución al titular del derecho de la personalidad infringido de su valor de uso, es decir, del precio por el cual el titular hubiera autorizado al intromisor el uso o explotación litigiosa; para cuyo cálculo puede recurrirse fácilmente a los criterios desarrollados por la práctica en relación con la determinación del precio de la licencia hipotética en los casos de infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial. Las ganancias obtenidas por el intromisor no quedan comprendidas en el alcance de la *condictio* por intromisión –ni en el ámbito de los derechos de la personalidad, ni en general–; ni ello, tampoco, cuando el intromisor ha actuado de mala fe. La restitución o absorción de las ganancias obtenidas por el infractor –salvo cuando constituyen un daño concreto resarcible por medio de la acción indemnizatoria por el lucro cesante– obedece a una finalidad preventivo-punitiva, de la que la acción de enriquecimiento injustificado debe quedar completamente ajena.

5. La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen completa, de forma coherente y razonable, el conjunto de pretensiones derivadas de la intromisión ilegítima en su ámbito de protección [acciones inhibitorias (cesación y prohibición), de remoción e indemnizatorias]. Por ello, resulta compatible con todas ellas, sin perjuicio de la necesidad de reducir la cuantía debida en concepto de enriquecimiento y en concepto de indemnización en determinados casos. Además, su admisión y desarrollo podría contribuir, adecuadamente, a superar la irracionalidad e imprevisibilidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral en este ámbito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 12.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004.
 — *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, 18.ª ED., Edisofer, Madrid, 2009.
 ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.

- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento sin causa*, 3.ª ed., Comares, Granada, 1993.
- ATIENZA NAVARRO, M.L., «Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 281-306.
- BADOSA COLL, F., «Les altres fonts d'obligacions al Llibre Sisè, en especial, l'enriquiment injustificat», INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Ed.), *Contractes, responsabilitat i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Documentia Universitaria, Girona, 2012, pp. 357-421.
- BALTHASAR, S., «Eingriffskondiktion und Lizenzbereitschaft bei der unerlaubten Nutzung von Persönlichkeitsmerkmalen in Werbung und Berichterstattung», *ZUM*, 2005, pp. 874-897.
- «Eingriffskondiktion bei unerlaubter Nutzung von Persönlichkeitsmerkmalen – Lafontaine in Webeannonce», *NJW*, 2007, pp. 664-666.
- VON BAR, C., «Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und allgemeine Schadentheorie», *UFITA*, 1978, núm. 81, pp. 57-73.
- «Die Überwindung der Lehre von den Quasiverträgen in den Privatrechten der Europäischen Union», en HOHLOCH, G. / FRAN, R. / SCHLECHTRIEM, P., *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 93-112.
- VON BAR, C. / CLIVE, E. / SCHULTE-NÖLKE, H. (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2008.
- VON BAR, C. / SWANN, S., *Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, Sellier, Munich, 2010.
- BARENGUI, A., «Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione», *Dir. Inf.*, 1992, pp. 565-585.
- BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *ADC*, 1997, pp. 1.263-1.299.
- BAUR, F., «Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB», *AcP*, 1961, pp. 465-493.
- BAUR, F. / STÜRNER, R., *Sachenrecht*, 18.ª ed., C.H. Beck, München, 2009.
- BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., «Construcción jurídica de los derechos de la personalidad», en *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño el día 29 de marzo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, pp. 16-109.
- BÉNABENT, A., *Droit Civil. Les obligations*, 11.ª ed., Montchrestien, Paris, 2007.
- BERCOVITZ, R., «La dignidad de las víctimas de delitos», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 6/2010, BIB 2010/1814.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Otros: cesión de derechos de imagen y bienes de la personalidad. *Merchandising*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [Dir.], *Tratado de contratos*, IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 4.606-4.633.
- BIANCA, C.M., *Diritto civile*, 5, *la responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994.
- *Diritto civile*, 1, *la norma giuridica i soggetti*, 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 2002.

- BLASCO GASCÓ, F.P., *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2008.
- BODEWIG, Th. / WANDTKE, A., «Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie», *GRUR*, 2008, núm. 3, pp. 220-229.
- BRANDNER, H.E., «Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, núm. 5, pp. 359-364.
- BROX, H. / WALKER, W.-D., *Allgemeiner Teil des BGB*, 34.^a ed., Franz Vahlen, München, 2010.
- BUCHER, A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 2.^a ed., Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1992.
- BUSTO LAGO, J.M. / PEÑA LÓPEZ, F., «Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, núm. 1, pp. 141-166.
- CABEZUELO ARENAS, A.L., *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en DÖLLE, H. / RHEINSTEIN, M. / ZWEIGERT, K. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel*, I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pp. 333-401.
- «Wandlungen des Deliktsrechts», en VON CAEMMERER, E. / FRISENHANN, E. / LANGE, R., *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, II, C.F. Müller, Karlsruhe, 1960, pp. 49-136.
- «Grundprobleme des Bereicherungsrechts», en LESER, H.G. (Hrsg.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften*, I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, pp. 370-392.
- CANARIS, C.W., «Der Vorrang außerbereicherungsrechtlicher, insbesondere dinglicher Wertungen gegenüber der Saldotheorie und dem Subsidiaritätsdogma», *JZ*, 1992, pp. 1.114-1.120.
- «Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts», en AHRENS, H.-J. / VON BAR, C. / FISCHER, G. / SPICKHOFF, A. / TAUPITZ, J., *Festschrift für Erwin Deutsch*, Carl Heymann, Köln *et alii*, 1999, pp. 85-109.
- CAPELO DE SOUSA, R.V.A., *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento sin causa», en LÓPEZ, Á. / MONTÉS, V.L. / ROCA, E., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 287-296.
- CAPITANT, H., «Sur l'abus des droits», *RTDC*, 1928, pp. 365-376.
- CAPITANT, H. / TERRÉ, F. / LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10.^a ed., Dalloz, Paris, 1994.
- CARRASCO PERERA, Á., «Comentario a la Sentencia de 25 de noviembre de 1985», *CCJC*, 1986, pp. 3.215-3.226.
- «*Ius aedificandi*» y *accessión*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- «Restitución de provechos», *ADC*, 1988, pp. 1.056-1.148 y pp. 5-151.
- *Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1996.
- «Art. 135», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1.789-1.801.
- «Aranzadi vs. El Derecho. Las deficiencias del sistema de protección de los derechos de propiedad incorporal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 627, pp. 8-15.
- «Art. 139», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1.672-1.690.

- «Art. 140», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1.690-1.714.
- *Derecho de contratos*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.
- CARRASCO PERERA, Á. / MARÍN LÓPEZ, M.J., «Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas. El ejemplo de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición», *RdP*, 2008, núm. 21, pp. 25-63.
- CARRASCO PERERA, Á. / ZURILLA CARIÑANA, M.Á., «La defensa de los derechos», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Derecho Civil*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2011.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., «Prólogo», en NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.
- «Los derechos de la personalidad», *RGLJ*, 1952, pp. 6-62.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral, I-2*, 11.^a ed., Reus, Madrid, 1971.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996.
- COING, H., *Europäisches Privatrecht*, II, C.H. Beck, München, 1989.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995.
- *Daños punitivos*, Civitas, Cizur Menor, 2012.
- DE CASTRO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *ADC*, 1959, pp. 1.237-1.275.
- *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972.
- DÍEZ DÍAZ, J., «¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?», *RGLJ*, 1963, I, pp. 858-901.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, M. / DÍEZ-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 15-132.
- «Art. 125», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 1.694-1.698.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- «Commodum ex negotiatione», *ADC*, 2007, pp. 1.601-1.617.
- «Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 236-254.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, 9.^a ed., Madrid, 2003.
- *Sistema de Derecho Civil*, I, 11.^a ed., Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*, 3.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DREIER, TH., *Kompensation und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- «§ 97», en DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.328-1.377.
- «§ 102a», en DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.429-1.433.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.Á., «Ley 508», en RUBIO TORRANO, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2002, pp. 1.730-1.738.
- EHMANN, H., «Anhang zu § 12», en WESTERMANN, H.-P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 12.^a ed., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pp. 18-135.

- EICHMANN, H., «§ 42», en EICHMANN, H. / VON FALKENSTEIN, R.V., *Geschmacksmustergesetz*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010.
- EMMERICH, V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2005.
- *BGB – Schuldrecht Besonderer Teil*, 12.^a ed., C.F. Müller, 2009.
- *Unlauterer Wettbewerb*, 8.^a ed., C.H. Beck, München, 2009.
- ENNECCERUS, L. / LEHMANN, H., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Recht der Schuldverhältnisse*, 11.^a ed., Elmert, Marburg, 1930.
- *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Recht der Schuldverhältnisse*, 15.^a ed., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958.
- ENRICH, E., «El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión. El pleito Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones contra Hello! a la luz del derecho comparado», *RJC*, 2004, pp. 795-812.
- ESPÍN, E., «Los derechos de la esfera personal», en LÓPEZ GUERRA, L. / ESPÍN, E. / GARCÍA MORILLO, J. / PÉREZ TREMPES, P. / SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, I, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ESSER, J. / SCHMIDT, E., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2, 7.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1993.
- ESSER, J. / WEYERS, H.L., *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 2, 8.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2000.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- «Posición jurídica del titular de la marca», en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. / OTERO LASTRES, J.M. / BOTANA AGRA, M., *Manual de la propiedad industrial*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2009, pp. 637-683.
- FEZER, K.H., *Markenrecht*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2009.
- FRANQUET SUGRAÑES, M.T., *El contrato de personalidad merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- FUSI, M., «Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità», *Diritto Industriale*, 2006, pp. 89-115.
- GALLO, P., *L'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 1990.
- GAREIS, C., «Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes», *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts*, 1877, pp. 185-210.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS BOURIE, E. / GARCÍA RUBIO, M.P./ MORALES MORENO, A.M., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 79-133.
- GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, 10.^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli / Roma, 2003.
- GEIGER, CH., «La remise en cause du droit à l'image des biens : une privatisation du domaine public enfin freinée ?», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2005, núm. 6, pp. 6-8.
- VON GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Imagen (Derecho a la propia)», en VV. AA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XI, Seix, Barcelona, 1962, pp. 301-376.
- GOLDMANN, M., «Die Berechnung des Schadensersatzanspruchs vor und nach Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie», *WRP*, 2011, pp. 955-957.
- GÓMEZ, F., «El asunto Preysler y la teoría de juegos», *Indret*, 1/2000.
- «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret* 3/2007.

- GONZÁLEZ GOZALO, A., «La Propuesta de Directiva relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual», *pe.i.*, 2003, núm. 14, pp. 41-89.
- «Modificaciones que afectan a los medios de tutela de la propiedad intelectual», en BERCOVITZ, R. / GARROTE, I. / GONZÁLEZ GOZALO, A. / SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 201-257.
- GONZÁLEZ POVEDA, P. / MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. / PAZ RUBIO, J. M., «Los derechos de la personalidad», en SANTOS BRIZ, J. (Dir.) / SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Tratado de Derecho Civil*, 1, Bosch, Barcelona, 2003.
- GÖTTING, H.-P., *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995.
- «Die bereicherungsrechtliche Lizenzanalogie bei Persönlichkeitsverletzungen», en AHRENS, H.-J., / BORNKAMM, J. / KUNZ-HALLSTEIN, H.P. (Hrsg.), *Festschrift für Eike Ullmann*, Juris, Saarbrücken, 2006, pp. 65-78.
- *Gewerblicher Rechtsschutz*, C.H. Beck, München, 2007.
- «Rechtsfolgen der Verletzung des Rechts am einen Bild», en SCHRICKER, G. / LOEWENHEIM, U. (Hrsg.), *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 1.211-1.223.
- GÖTTING, H.-P. / LAUBER-RÖNSBERG, A., «Noch einmal: Die Himmelscheibe von Nebra», *GRUR*, 2007, núm. 4.
- GORE, F., *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Dalloz, Paris, 1949.
- GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.
- «La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)», *Derecho Privado y Constitución*, 2011, núm. 25, pp. 97-136.
- HECK, PH., *Grundriß des Schuldrechts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929.
- HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 29.^a ed., C.H. Beck, München, 2011.
- HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, 2.^a ed., C.H. Beck, München, 2008.
- HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Los derechos de la personalidad», en PUIG FERRIOL, LL. / GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / GIL RODRÍGUEZ, J. / HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 331-369.
- HUBMANN, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.^a ed., Böhlau, Köln, 1967.
- IGARTUA ARREGUI, F., *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Tesis doctoral, inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1986 (Dir.: Prof. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano).
- *La apropiación comercial de la imagen y nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991.
- KLASS, N. «Anhang zu § 12», en WESTERMANN, H.P. / GRUNEWALD, B. / MAIER-REIMER, G., *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011.
- KLIPPEL, D., «Die Theorie der Persönlichkeitsrechte bei Karl Gareis (1844-1923)», en LOEWENHEIM, U. / RAISER, T. (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag*, Deutscher Fachverlag, Frankfurt am Main, 1994.
- KOHLER, J., *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung*, Fischer, Jena, 1880.
- *Das Recht des Markenschutzes*, Stahel, Würzburg, 1884.
- «Das Individualsrecht als Namenrecht», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1891, pp. 77-110.
- «Zur Konstruktion des Urheberrechts», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1895, pp. 241-286.

- *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, Carl Heymanns, Berlin, 1906.
- KÖHLER, H., «Der Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht», *NJW*, 1992, núm. 23, pp. 1.477-1.482.
- *BGB Allgemeiner Teil*, 34.^a ed., C.H. Beck, München, 2010.
- KÖNDGEN, J., «Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns», *RabelsZ*, 2000, núm. 64, pp. 661-695.
- KÖNIG, D., *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht*, Alfred Metzner, Berlin, 1967.
- KOZIOL, H., «Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter?», en BUCHER, E. / CANARIS, C.W. / HONSELL, H. / KOLLER, TH. (Hrsg.), *Norm und Wirkung. Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Stämpfli, C.H. Beck, Bern, München, 2005, pp. 449-468.
- «Gewinnherausgabe bei sorgfaltswidriger Verletzung geschützter Güter», en BEUTHIEN, V. / FUCHS, M. / ROTH, H. / SCHIEMANN, G. / WACKE, A. (Hrsg.), *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, Carl Haymann, Köln, 2009, pp. 237-250.
- KRABER, R., «Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht», *GRUR Int*, 1980, núm. 5, pp. 259-272.
- *Patentrecht*, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2009.
- KUPISCH, B., *Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Carl Winter, Heidelberg, 1965.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RCDI*, 1969, pp. 569-603.
- LACRUZ BERDEJO, J.L./DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil*, I-2, *Parte General, Personas*, 5.^a ed., Dykinson, Madrid, 2008.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. / RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil*, II-2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 1980.
- *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., C.H. Beck, München, 1987.
- LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, 13.^a ed., C.H. Beck, München, 1994.
- LARENZ, K./WOLF, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., C.H. Beck, München, 2004.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 11.^a ed., Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, 2007.
- LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1991.
- LEBMANN, H. / WÜRSTENBERGER, G., *Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht Handbuch*, 2.^a ed., Nomos, München, 2009.
- LEUZE, D., *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1962.
- LIEB, M., «§ 812», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2004, pp. 1.241-1.367.
- «§ 818», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2004, pp. 1.405-1.455.
- LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2007.

- «Bereicherungsansprüche im Wettbewerbsrecht», *WRP*, 1997, núm. 10, pp. 913-918.
- LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6.^a ed., Vahlen, München, 2011.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., «Aproximación tópica a los derechos de la personalidad», *ADC*, 1986, pp. 1.059-1.120.
- «Intimidación, honor e imagen ante la responsabilidad civil», en VV. AA., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VI, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 537-619.
- MACÍAS CASTILLO, A., «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», *La Ley*, 2008, II, D-94, pp. 1.792-1.801.
- MANKOWSKI, P./SCHREIER, M., «Zum Begriff des Wertes und des üblichen Preises, insbesondere in § 818 Abs.2 BGB. Zugleich zur Verzahnung von Zivil- und Kartellrecht», *AcP*, 2008, pp. 725-776.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., «Dos cuestiones procesales (legitimación activa y jurisdicción competente) y dos sustantivas (límites al derecho de autor e indemnización de daños) en materia de propiedad intelectual», *pe.i.*, 1992, pp. 9-63.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Los derechos de la personalidad», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./DE PABLO CONTRERAS, P./PÉREZ ÁLVAREZ, M.A./PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho Civil I*, Colex, Madrid, 1998, pp. 455-484.
- MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en VV. AA., *Centenario del Código Civil*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1.231-1.273.
- «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en SALVADOR CODERCH, P., (Coord.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 382-409.
- «La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual», *Asociación de Profesores de Derecho Civil* (<http://www.derechocivil.net/esp/ponencias.php> [ufc: 23-XI-2011]).
- MARTÍN CASALS, M./RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal samarità. L'absorció dels beneficis obtinguts amb la causació de danys», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA [Ed.], *Contractes, responsabilitat i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Documenta Universitaria, Girona, 2012, pp. 503-553.
- MARTÍN CASALS, M./SALVADOR CODERCH, P., «Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1989», *CCJC*, núm. 21, 1989, pp. 758-759.
- MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIU, J., «The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in Spain», en KOZIOL, H. / WARZILEK, A. (eds.), *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien*, Springer, Wien, New York, 2005, pp. 287-339.
- MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, Barcelona, 1989.
- «Naturaleza, protección y titularidad de los derechos audiovisuales sobre eventos deportivos (A propósito de la resolución del BGH de 18 de noviembre de 1997)», *ADI*, 1997, pp. 283-300.
- *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.
- «La cláusula de prohibición de la competencia desleal», en FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. (Dir.), *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 95-142.

- MCCARTHY, J.T., *The Rights of Publicity and Privacy*, II, Thomson-West, 2005 (actualizado por medio de *Westlaw International* [RTPUBPRIV]).
- MEDICUS, D., *Bürgerliches Recht*, 21.^a ed., Carl Heymann, Köln, 2007.
- *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 14.^a ed., C.H. Beck, München, 2007.
- *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2007.
- MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento sem causa no direito civil. (Estudo dogmático sobre viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Almedina, Coimbra, 2005.
- MESTMÄCKER, E.J., «Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung», *JZ*, 1958, pp. 521-526.
- MIERES MIERES, L.J., «Nimiedades privadas: ¿Tutela de un derecho o reparación de un daño? (Un comentario al caso «Isabel Preysler»)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, núm. 15, pp. 1.749-1.761.
- MILMO, P. / ROGERS, W.V.H. (Ed.), *Gatley on Libel and Slander*, 10.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2004.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Enriquecimiento injustificado», en VV. AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2.804-2.808.
- MONTÉS PENADÉS, V.L., «El significado institucional y técnico de la idea de persona», en LÓPEZ, Á./MONTÉS, V.L. (Coords.), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- «Derechos de la personalidad y derechos fundamentales», en LÓPEZ, Á. / MONTÉS, V.L./ROCA, E., *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- «La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales», en CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. (Dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MÜLLER, G., «Der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht», *VersR*, 2008, núm. 25, pp. 1.141-1.154.
- «Der Anspruch auf Geldentschädigung», en GÖTTING, H.-P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 817-834.
- «Der Anspruch auf materiellen Schadensersatz», en GÖTTING, H.-P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 797-816.
- NEUBERGER, J., *Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- NIEDER, M., «Die Ansprüche aus der Patentverletzung», en ERDMANN, W. / ROJAHN, S. / SOSNITZA, O. (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts – Gewerblicher Rechtsschutz*, 2.^a ed., Carl Heymann, Köln, 2011.
- NIMMER, D., «Copyright in the Dead Sea Rolls. Authorship and Originality», *Hous. L. R.*, 2001, pp. 1-217.
- NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.
- O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.
- OETKER, H., «§ 249», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2007, pp. 288-431.

- «§ 252», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2007, pp. 457-473.
- OHLY, A., „*Volenti non fit iniuria*«. *Die Einwilligung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- «Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?», en OHLY, A./BODEWIG, T./DREIER, TH./GÖTTING, H.-P./HAEDICKE, M./LEHMANN, M., *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2005, pp. 105-121.
- «Von einem Indianerhäuptling, einer Himmelscheibe, einer Jeans und dem Lächeln der Mona Lisa – Überlegungen zum Verhältnis zwischen Urheber- und Kennzeichenrecht», en PAHLOW, L./EISFELD, J. [Hrsg.], *Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- «§ 9», en PIPER, H. / OHLY, A. / SOSNITZA, O., *UWG – Kommentar*, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2010.
- «§ 10», en PIPER, H. / OHLY, A. / SOSNITZA, O., *UWG – Kommentar*, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2010.
- PANTELÓN PRIETO, F., «Art. 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1.971-2.003.
- «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, 1996, II, D-162, pp. 1.689-1.695.
- «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Derecho Privado y Constitución*, 1996, pp. 209-218.
- «La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en Derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el Derecho español», en VV.AA., *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 37, 2001, pp. 29-43.
- PARDO FALCÓN, J., «La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen», en BASTIDA, F.J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 347-345.
- PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- «Comentario a la Sentencia de 19 de febrero de 1999», *CCJC*, 1999, pp. 885-901.
- PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust. (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)», *RDM*, 1981, pp. 7-150.
- «Art. 1.683», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C./DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. / BERCOVITZ R. / SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1.421-1.423.
- «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *La Ley*, 1997, II, D-105, pp. 1.817-1.819.
- PEIFER, K.-N., *Individualität im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- PEUKERT, A., «Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte?», *ZUM*, 2000, pp. 710-721.
- POLINSKY, A.M. / SHAVELL, S., «Punitive Damages: an Economic Analysis», *Harv. L. Rev.*, 1998, pp. 869-962.
- PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995.
- *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996.

- «Art. 12», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 567-620.
- «Art. 13», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 219-238.
- REGLERO CAMPOS, L.F., «Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 63-210.
- «Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- RESTA, G., «L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?», *Dir. Inf.*, 2004, pp. 21-48.
- *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene Editore, Napoli, 2005.
- REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.
- REYES LÓPEZ, M.J., «Imagen y bienes», en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (Coord.), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 199-216.
- RIXECKER, R., «Das allgemeine Persönlichkeitsrecht», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, 6.ª ed., C.H. Beck, München, 2012, pp. 231-342.
- ROCA TRIAS, E., *Derecho de daños*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ROCA TRÍAS, E. / NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.
- ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, 17.ª ed., Sweet & Maxell, London, 2006.
- ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», en *Benkard Patentgesetz*, 10.ª ed., C.H. Beck, München, 2006, pp. 1.390-1.492.
- ROJO AJURIA, L., «La tutela civil del Derecho a la intimidad», *ADC*, 1986, pp. 133-150.
- ROUAST, A., «L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile», *RTDC*, 1922, pp. 35-109.
- ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963.
- RUBIO LLORENTE, F., «Jurisdicción constitucional y jurisdicción civil», en BASTIDA, F.J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 21-55.
- SACK, R., «Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts», en FORKEL, H. / KRAFT, A. (Hrsg.), *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag*, Metzner, Frankfurt am Main, 1985, pp. 373-396.
- SALVADOR CODERCH, P. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841.
- SCHACK, H., «Fotografieren fremder Sachen», *ZEuP*, 2006, pp. 150-157.
- *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- SCHEYHING, R., «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», *AcP*, núm. 158, 1960, pp., 503-525.

- SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus fremden Persönlichkeitsrecht», en FISCHER, R. / GESSLER, E. / SCHILLING, W. / SERICK, R. / ULMER, P. (Hrsg.), *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September*, C.H. Beck, München, 1976, pp. 445-465.
- «Anmerkung zu BGH 15.11.1994», *JZ*, 1995, núm. 7, pp. 362-364.
- «Privacy, Publicity and Restitution of Wrongful Gains: Another New Economy?», *Oxford University Comparative Law Forum* (<http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem.shtml> [ufc: 20-X-2011]), 2001.
- *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- SCHULZ, F., «System der Rechte auf den Eingriffserwerbs», *AcP*, 1909, núm. 105, pp. 1-485.
- SCHWAB, M., «§ 812», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 1.316-1.474.
- SIEMES, C., «Gewinnabschöpfung bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Presse», *AcP*, 2001, pp. 201-231.
- SIRENA, P., «La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)», *Riv. Dir. Civ.*, 2006, pp. 305-322.
- «La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno», *Riv. Dir. Civ.*, 2009, pp. 65-87.
- SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- STIEPER, M., «Dreifache Schadensberechnung nach der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EG im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht», *WRP*, 2010, pp. 624-630.
- TETZNER, V., «Der Verletzerzuschlag bei der Lizenzanalogie», *GRUR*, 2009, núm. 1, pp. 9-10.
- TRIMARCHI, P., *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962.
- ULLMANN, E., «Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», *GRUR*, 1978, núm. 11, pp. 615-623.
- «Persönlichkeitsrechte in Lizenz?», *AfP*, 1999, pp. 209-214.
- ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.^a ed., Springer, Berlin et al., 1980.
- VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- WADLE, E., *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, I, VCH, Weinheim, 1996.
- WAGNER, G., «Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?», *AcP*, 2006, pp. 352-476.
- «§ 823», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 1.688-1.730.
- «Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht», en APATHY, P. / BOLLENBERGER, R. / BYDLINSKY, P. / IRO, G. / KARNER, E. / KAROLLUS, M. (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Koziol*, Jan Sramek, Wien, 2010.
- WANCKEL, E., «Auf dem Weg zum «Recht am Bild der eigenen Sache»?», *NJW*, 2011, núm. 25, pp. 1.779-1.781.
- WENDEHORST, CH., «§ 812», en BAMBERGER, H.-G. / ROTH, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 2, C.H. Beck, München, 2008.
- WESTERMANN, H.P. / BUCK-HEEB, P., «§ 818 BGB», en WESTERMANN, H.P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, II, 12.^a ed., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pp. 3.396-3.417.

- WILBURG, W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Universitätsbuchhandlung Leuschner & Lubensky, Graz, 1934.
- WILD, G., «§ 97», en SCHRICKER, G. / LOEWENHEIM, U. (Hrsg.), *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 1.825-1.913.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. / ARIAS MÁIZ, V., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2006.
- «Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, 4.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- ZENATI, F., «Du droit de reproduire les biens», *D.*, 2004, chron., pp. 962-969.
- ZENO-ZENCOVICH, V., «Art. 10», en ALPA, G. / MARICONDA, V., *Codice Civile Commentato*, Ipsoa, Milano, 2005, pp. 246-249.