

«Enriquecimiento injusto» comparado:
una aproximación al Derecho inglés
de Restituciones*

XABIER BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Navarra

RESUMEN

Este estudio alterna una explicación de los aspectos fundamentales del Derecho inglés de Restituciones con unas reflexiones de Derecho comparado que ayudan a valorar el distinto modo de resolver los mismos conflictos por parte del civil y del common law. Para aquella explicación se ha seguido como hilo conductor la propuesta expositiva de Peter Birks, uno de los más importantes responsables de la categoría del Derecho inglés de «Restituciones» y «Enriquecimiento Injusto». La evolución del pensamiento de este autor es una guía inmejorable para exponer y apreciar el desarrollo de la materia en las últimas décadas del siglo pasado y comienzos del presente. Las reflexiones de Derecho comparado han procurado que el modelo explicado, el inglés, tuviese como interlocutores dos modelos típicos del civil law, cada uno con sus peculiaridades: el alemán y el español (como representante de los códigos de tradición francesa). De este modo se pretende aportar materiales valiosos para la reflexión sobre las posibilidades de armonización de la materia en el panorama europeo.

PALABRAS CLAVE

Enriquecimiento injustificado, Enriquecimiento injusto, Enriquecimiento sin causa, Derecho de Restituciones, factores injustos, restitución por ilícito, condiciones, cuasicontratos, absorción de la ganancia.

* Este trabajo ha sido realizado dentro del Proyecto de Investigación «Hacia una delimitación del Derecho de enriquecimiento injusto español» (DER 13-46185-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son Investigadores Principales D. Pedro del Olmo y D. Xabier Basozabal. Agradezco de manera especial a D. Fernando Pantaleón y a D. Pedro del Olmo que, antes de decidirme a publicar estas páginas, hayan tenido la generosidad de leerlas y realizar algunas observaciones, siempre agudas. Si no les he sabido sacar más partido, sin duda la culpa solo me es atribuible a mí.

ABSTRACT

This article contains an exposition of the key aspects of the English law of restitution coupled with some comparative remarks that facilitate to understand the different solutions that the same kind of conflicts receive under the civil and the common law. The exposition follows the works of Peter Birks, one of the most prominent authors in the field of the law of «restitution» and «unjust enrichment» in the English law. The evolution of Birk's thoughts facilitates a meaningful approach to the development of that field of the law in the last decades. From a comparative point of view, this article contrasts the English law with two different civil law models, namely German law and –as an instance of a legal system that follows the French codification tradition– Spanish law. Thus, the articles provides the reader with some materials that could be fruitfully used in a reflection about the possible harmonization of this field of the law at a European level.

KEY WORDS

Unjustified Enrichment, Unjust Enrichment, «sine basis» or «sine causa» Enrichment, Law of Restitution, Unjust Factors, Restitution for Wrongs, condictiones, Quasi-contrats, Disgorgement of Profits.

SUMARIO: 0. *Introducción.*–1. *Algunas observaciones de Derecho comparado.*–2. *La tipología de Birks.*–3. *Enriquecimiento injusto «facilitado» por el demandante.* 3.1 *¿Se ha enriquecido el demandado?* 3.2 *¿Se ha enriquecido a costa del demandante?* 3.3 *¿Existe un «factor injusto» que justifique la restitución?*–4. *Enriquecimiento injusto obtenido por el demandado mediante «ilícito».* 4.1 *Posibles vías para obtener restitución.* 4.2 *¿Cuándo un ilícito produce restitución?* 4.3 *Algunos supuestos concretos.* 4.4 *Enriquecimiento injusto obtenido por el demandado mediante ilícito: correspondencias en el Derecho español.* 4.5 *Consideraciones prácticas sobre la «ganancia remota» y el «primer subrogado».*–5. *El alcance de la restitución.*–6. *Excepciones (defences).*–7. *Primera valoración.*–8. *La segunda aventura «birkseana».*–9. *La nueva tipología.*–10. *El alcance de la restitución.*–11. *Excepciones (defences).*–12. *Valoración final.*

0. INTRODUCCIÓN

Cuando Peter Birks publica *An Introduction to the Law of Restitution* en 1983, el único trabajo de Derecho inglés que había tratado de dar una cierta unidad a las restituciones provocadas por el principio de que nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro era el conocido tratado de Goff y Jones: *The Law of Restitu-*

tion, primera edición de 1966¹. Frente a lo que era habitual en el panorama jurídico inglés, hostil a un reconocimiento abierto de la obligación de restituir el enriquecimiento injusto, el trabajo de Goff y Jones pretendía demostrar que tanto en el *common law* como en *equity*² existe un sector jurídico que se apoya en el principio de que el enriquecimiento injusto debe restituirse³, que es posible ordenar ese territorio al margen del Derecho de Contratos y de Daños, y que hay que terminar con la falsa pretensión de que la restitución de los pagos por error pueda resolverse acudiendo a la noción de contrato implícito⁴. Su prestigio hizo que la idea fuera ganando paulatinamente partidarios, aunque hubo que esperar a 1991 para que la Corte Suprema reconociera abiertamente la existencia de un Derecho de Restituciones como ámbito jurídico autónomo en la sentencia *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd*.

En los Estados Unidos de América, Scott y Seavey habían sido los promotores y redactores del *Restatement (First) of Restitution (Quasi-contract and constructive trust)* del *American Law Institute (ALI)*, publicado en 1937, obra que, a pesar de su enorme interés, no había tenido buena acogida en suelo inglés y tampoco había logrado continuidad en terreno norteamericano; en los ochenta hubo varios borradores de *Restatement (Second)* que no fueron aprobados y en las últimas décadas del siglo xx las restituciones fueron quedando relegadas al ámbito de las Defensas, o a un epílogo en el estudio de los Contratos, los Daños o la Propiedad. En 2001 se impulsó el primer borrador de Tercer *Restatement*, encargado al Prof. Kull, que esta vez llegó a puerto y fue publicado en 2011⁵.

No parece por tanto arriesgado afirmar que Birks es uno de los pioneros en la conquista y ordenación de un terreno jurídico escasamente roturado y para el que los manuales carecían de una explicación clara. Su intención era la de ofrecer un «mapa» que oriente

¹ En general, sobre el *Law of Restitution*, véase Díez-PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, M. y Díez-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid: Civitas, 1988, pp. 67 a 70. Otro tipo de aproximación en CARRASCO, A., «Restitución de provechos» (I), *ADC*, 1987, pp. 1062 a 1064.

² BURROWS, A., *The Law of Restitution*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2011, pp. 25 y 26. Sobre la división histórica entre normas de *common law* y de *equity*, el autor destaca que en ambos ámbitos se reconoce la restitución de enriquecimientos injustos, también de los obtenidos mediante ilícito; y añade que, si se observa la historia de los motivos que determinan la restitución de enriquecimientos injustos en Derecho inglés, es significativo que hayan ido surgiendo, alternativamente, en ambos órdenes (*common law* y *equity*) y que, aunque haya algunas diferencias entre ellos (como ocurre con las reglas sobre el «tracing»), no deben verse como áreas separadas del Derecho.

³ BURROWS, A., *The Law of Restitution...*, cit., pp. 3 y ss.

⁴ BIRKS, P., «A Letter to America: The New Restatement of Restitution», en *Global Jurist Frontiers*, 2003, Volume 3, Issue 2, p. 4.

⁵ Brevemente sobre ello, DAGAN, H., *The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge University Press, 2004, pp. 1 y ss.

en un sector del Derecho privado que hasta entonces solo era conocido como «residual» (lo que no es Derecho de Contratos ni Derecho de Daños), heterogéneo y complejo, caracterizado por provocar una respuesta jurídica «restitutoria» (de un enriquecimiento) y «objetiva» (en el sentido de que no hace falta imputar un comportamiento culposo al demandado)⁶, y que había recibido intentos de explicación poco satisfactorios, como las nociones de cuasi-contrato, contrato implícito, etc.⁷. Para lograrlo se propuso encontrar la estructura más simple que diese forma al material que Goff y Jones habían acarreado y ordenado en el tratado de referencia. Claro que la batalla de la simplificación no es precisamente simple y el *Law of Restitution* debe verse con tantos y tan variados conflictos que no deja de llamar la atención que se planteara la oportunidad de abordarlos a partir de un principio común, o de juzgarlos desde una perspectiva única.

Basta con echar un vistazo al número y complejidad de algunos de esos conflictos para hacerse uno cargo de esta afirmación: las mejoras en cosa ajena en escenarios de dos o tres personas, con o sin relación contractual entre los implicados, que plantean la restitución del valor de la mejora a quien la ha procurado en beneficio ajeno; la gestión de negocio ajeno sin mandato, que plantea la oportunidad de que el *dominus* compense al gestor; la violación del deber contractual de no competencia (del socio con la sociedad), que plantea la restitución de la ganancia de aquél a ésta; el incumplimiento de un contrato para contratar con otro, que plantea si el contratante burlado puede pedir del contratante incumplidor la «restitución» del lucro que obtenga en el segundo contrato; la violación de una obligación de sigilo sobre ciertos datos, para obtener la ganancia obtenida a cambio; la restitución de lo intercambiado en un contrato con causa torpe; las consecuencias del incumplimiento del modo en la donación modal, o las del pago de tercero; los supuestos de intromisión en derecho ajeno, por ejemplo, por venta de cosa ajena; la restitución de anticipos en contratos que no llegan a celebrarse, de adelantos en contratos que fracasan, del boceto para chalet que finalmente no se construye, etc.; los pagos indebidos por error o por motivos que desaparecen con posterioridad a la entrega; el pago para evitar un pleito; el pago del impuesto que grava un bien litigioso, cuando se pierde el litigio, y un largo etcétera. Todo esto puede encontrarse en la *Introduction* de Birks y

⁶ BIRKS, P., *An Introduction to the Law of Restitution*, 2.^a ed., Oxford, 1985, pp. 1 a 5.

⁷ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 21. BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 28 y 29. R. GOFF y G. JONES, *The Law of Restitution*, 3.^a ed., Londres: Sweet&Maxwell, 1986, pp. 3 y ss.

es justo reconocer que no parece posible ordenarlo a partir de un principio general.

El presente trabajo tiene como hilo conductor la aportación de Peter Birks al Derecho inglés de Restituciones porque tanto su posición estratégica en la construcción de este sector del Derecho inglés como su creatividad y evolución proporcionan una base sólida para comprender su fundamento y desarrollo en las últimas décadas; además, en sus trabajos resulta apreciable una clara influencia del Derecho comparado, lo que hace que su propuesta sea más comprensible al extraño y clave de acceso a la comparación con las propuestas del *civil law*. El análisis de su obra y del diálogo de otros autores con ella proporciona las herramientas adecuadas para hacernos cargo de lo que ocurre hoy en el debate sobre el Derecho de Restituciones inglés.

1. ALGUNAS OBSERVACIONES DE DERECHO COMPARADO

Ciertamente, no son escasos los datos normativos que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico para la resolución de los conflictos a los que se acaba de hacer referencia: soluciones contractuales (restitución por invalidez, arts. 1303 y ss. CC), cuasicontractuales (gestión de negocio ajeno sin mandato, arts. 1888 y ss., cobro de lo indebido, 1895 y ss. CC), soluciones previstas en el derecho de obligaciones (pago de tercero, art. 1158 CC; pago al acreedor aparente, art. 1164 CC), en la liquidación de estados posesorios (arts. 451 y ss. CC) y en la resolución del conflicto planteado por la accesión de bienes pertenecientes a distintos dueños (arts. 361 y ss. CC), etc. Para el jurista de tradición romanista, resulta algo sorprendente la pretensión de dar unidad a una amalgama tan variada de casos, con soluciones dispares y distantes en el Código. Entre nosotros esta regulación dispersa no suele considerarse desde una perspectiva común, aunque no falte algún intento doctrinal puntual por tender puentes, como se ha pretendido hacer con una interpretación armonizadora de la restitución de los frutos en los artículos 451 y ss. (restitución por liquidación del estado posesorio), 1303 y ss. (restitución por liquidación contractual) y 1895 y ss. (restitución por cobro de lo indebido)⁸.

Sin embargo, el BGB (en la versión de la Segunda Comisión, que fue la finalmente aprobada) sí pretendió dar una visión unificada de

⁸ Sobre ese intento y su crítica, BASOZABAL, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid: Civitas, 1998, pp. 207 y ss.

la fenomenología del enriquecimiento injustificado en los §§ 812 a 822⁹. La pandectística asumió la labor de agrupar toda la antigua doctrina de las *condictiones* en torno a un principio común que cristalizó en el § 812 BGB («quien obtiene algo sin causa jurídica a través de la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado a su restitución») y las llamadas teorías unitarias pretendieron dar una explicación única para todos los supuestos de enriquecimiento injustificado a partir de la idea común de «desplazamiento patrimonial inmediato, injustificado, realizado a costa de un empobrecido y a favor de un enriquecido», siguiendo el modelo de los enriquecimientos derivados de contrato¹⁰.

Las teorías unitarias influyeron decididamente en las construcciones dogmáticas y jurisprudenciales en torno al cambio de siglo y, concretamente, en la construcción jurisprudencial de la acción de enriquecimiento sin causa de la Corte de Casación francesa, donde no por casualidad influyeron significativamente los autores alsacianos Aubry y Rau. Sin embargo, en los años cuarenta Wilburg –cuya propuesta sería posteriormente desarrollada por Von Caemmerer– lanza un golpe mortal sobre las explicaciones unitarias con la formulación de la llamada teoría de la diferenciación, aceptada hoy en Alemania como doctrina dominante¹¹, reinterpre-

⁹ Díez-PICAZO, L., *La doctrina...*, cit., pp. 94 y ss.; *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, I, *Introducción y Teoría del Contrato*, 4.ª ed., Madrid: Civitas, 1993, pp. 89 a 111. BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 35 y ss. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., voz «Enriquecimiento injustificado», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Madrid: Civitas, 1995, pp. 2804 y ss. VALPUESTA, R., «Los cuasicontratos y el enriquecimiento injustificado», en INFANTE, F. y LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (coord.), *Derecho civil patrimonial*, I, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 352 a 366.

¹⁰ Sobre la «construcción» de un Derecho de enriquecimiento injustificado por la pandectística alemana, DANNEMANN, G., *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution. A Comparative Introduction*, Oxford University Press, 2009, pp. 8 y ss. JANSEN, N., «Farewell to Unjustified Enrichment?», *The Edinburgh Law Review*, 20.2 (2016), pp. 125 y 130 a 135: A finales del s. XIX, el legislador alemán elaboró los preceptos sobre enriquecimiento injustificado a partir de ciertas doctrinas que no se habían aplicado hasta entonces en la práctica, y que no habían sido aún comprendidas por completo. Estas doctrinas eran, sobre todo, la fórmula de Savigny de que las *condictiones* eran pretensiones de restitución basadas en la infracción de un derecho de propiedad ajeno, la novedosa doctrina de que el fracaso del propósito buscado con la *datio* debía dar lugar a su restitución, y la aceptación de que el demandante solo podía recuperar el valor sobreviviente. Estas doctrinas no solo ayudaban a integrar las diferentes *condictiones* y otras pretensiones de restitución en una acción unitaria de enriquecimiento injustificado, sino que modificaban la naturaleza de la *condictio* romana, que pasaba así a ser una acción independiente apoyada sobre la propiedad del demandante y limitada al valor sobreviviente. De este modo, una acción inspirada en el modelo de la *condictio indebiti* servía ahora también para la liquidación de contratos que habían desplegado efectos, aunque aquella no hubiera estado nunca pensada para esto; los remedios jurídicos que habían guiado anteriormente la liquidación de contratos, como la *restitutio in integrum* o el principio *restitutio est reciproca*, fueron desplazados, y solo durante el siglo XX los juristas fueron entendiendo que ni el requisito de error de la *condictio indebiti* ni el aislamiento de las pretensiones mutuas –entre contratantes; teoría de las dos *condictiones*– eran apropiados en este contexto. Véase también BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., p. 37.

¹¹ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., p. 35.

tada en 1988 para el Derecho español por Díez-Picazo y parcialmente recibida por el TS español en nuestros días¹².

Las explicaciones unitarias pretendían abarcar por igual supuestos de prestación (contratos fracasados, pagos indebidos), uso, consumo y disposición de cosa ajena, mejoras incorporadas en patrimonio ajeno o pagos de deuda ajena y, para hacerlo, debían remontarse a un grado de abstracción tan alto y falta de concreción que se promovía la tentación de usar el derecho de enriquecimiento como mero recurso general de equidad. Wilburg denuncia que esa concepción del enriquecimiento injustificado es incapaz de explicar y dar respuesta satisfactoria a los supuestos de enriquecimiento no derivado de prestación, sobre todo a los derivados de uso y disfrute de cosa ajena (los supuestos de intromisión)¹³.

La principal aportación de la teoría de la diferenciación consistió en llamar la atención sobre la necesidad de dar un tratamiento por «tipos», esto es, diferente para cada grupo de casos que comparta el mismo conflicto de intereses y merezca por ello la misma solución. De esta forma se crea una «tipología» de enriquecimientos injustificados en la que cada «tipo» concreta las exigencias abstractas de equidad sin caer en el atomismo de la solución casuística. Inicialmente la teoría de la diferenciación distinguió entre *condictiones* derivadas de prestación (*Leistungskondiktion*) y no derivadas de prestación (*Nichtleistungskondiktion*), pero su propio espíritu —el de tratar los problemas teniendo en cuenta los tipos de conflicto— le llevó pronto a distinguir nuevos tipos de *condictio* no prestacional, de donde surgieron la *condictio* por intromisión (*Eingriffskondiktion*), para supuestos de usurpación de bien ajeno por

¹² Aunque la acción de enriquecimiento sin causa siga siendo en el ordenamiento jurídico español un fiel reflejo de aquella acción de equidad construida por la jurisprudencia francesa bajo el influjo de las teorías unitarias, y esté articulada en torno a los requisitos de enriquecimiento, correlativo empobrecimiento y falta de causa para retener, y considerada como acción subsidiaria (SSTS de 7 de abril de 2016, RJ 2016/1327; 16 de febrero de 2016, RJ 2016/710; 29 de junio de 2015, RJ 2015/4486; 27 de febrero de 2014, RJ 2014/1418; 19 de julio de 2012, RJ 2012/10118, 7 de diciembre de 2011 RJ 2012/31), son ya numerosas las sentencias del TS que entre sus argumentos —sin llegar a constituir *ratio decidendi*— utilizan y mencionan las *condictiones* por prestación, intromisión e impensas como herramientas técnicas propias del Derecho de enriquecimiento en la resolución de supuestos típicos (La STS de 4 de julio de 2011 (RJ 2011/4997) menciona la *condictio* por intromisión para explicar la medida del daño indemnizable en los mismos términos en que lo hacen las Leyes de Propiedad Intelectual, Patentes o Marcas; la STS de 28 de junio de 2010, RJ 2010/5417, se refiere a la *condictio* de regreso o inversión; la STS de 30 de noviembre de 2009, RJ 2010/845, considera la *condictio indebiti* como una *condictio* de prestación y la STS de 23 de febrero de 2007, RJ 2007/1475, hace lo mismo con la acción de nulidad, por poner algunos ejemplos). Un excelente estado general de esta cuestión en VENDRELL, C., «El enriquecimiento injustificado en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en DEL OLMO, P. y BASOZABAL, X., *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 283 a 337.

¹³ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 37 y 38.

uso, disfrute, consumo, disposición o enajenación ilegítimos; la *condictio* por impensas (*Verwendungskondiktio*), para casos en los que alguien mejora un patrimonio ajeno sin estar ligado por relación obligatoria alguna con el titular de éste (si la hubiera, la pretensión restitutoria sería la *Leistungskondiktio*); y la *condictio* de regreso (*Rückgriffskondiktio*) para los supuestos de pago de deuda ajena, acciones internas entre deudores solidarios y otros supuestos asimilables¹⁴.

Pues bien, tal y como plantea inicialmente Birks su trabajo, el *Law of Restitution* está igualmente llamado a encontrar solución a conflictos de prestación, intromisión, impensa y regreso, e incluso a todo otro supuesto restitutorio residual que no encuentre acomodo entre éstos. No parece por tanto casualidad que los comparatistas ingleses hayan elegido siempre el modelo alemán –entre los posibles modelos de *civil law*– como término de comparación.

2. LA TIPOLOGÍA DE BIRKS

Birks expone que «restitución» es una «consecuencia» (en sentido técnico, consecuencia jurídica), como lo son «indemnización» o «pena», en tanto que «enriquecimiento injusto» es un «evento» (supuesto de hecho), como «eventos» son también los «contratos» o los «ilícitos» (*wrongs*¹⁵). Cualquiera de estos «eventos» (contratos, ilícitos, enriquecimientos injustos) puede causar aquella respuesta (restitución), pero si se quiere simplificar a partir del dato de que la mayor parte de los eventos que dan lugar a restitución no son

¹⁴ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., p. 43.

¹⁵ BIRKS explica (*An Introduction...*, cit., p. 313) que «ilícito» hace referencia a toda conducta (acto u omisión) a la que se ligan determinadas consecuencias jurídicas por constituir la infracción de un deber, lo que engloba no solo los «torts» («ilícitos típicos» del Derecho de Daños) sino también la ruptura de obligaciones legales o de *equity* y la ruptura de contratos. BURROWS distingue: los «ilícitos» en el *common law* son los «torts» y las rupturas de contrato, y los «ilícitos» en *equity*, las rupturas de relación fiduciaria, confidencial, etc. Hay conductas nada ejemplares que no constituyen propiamente «ilícitos», como la que provoca intimidación, influencia indebida, etc.; pueden llegar a constituir el «factor injusto» que justifique la restitución, pero no constituyen «wrongs» (*The Law...*, cit., pp. 622 y 623). En cuanto a los «torts», cada uno constituye un «ilícito» en el contexto de un Derecho de Daños que gira en torno a «tipos»: el éxito de la pretensión indemnizatoria se hace depender de que concurran los requisitos propios del «tort» alegado. Los «torts» dan lugar a indemnización; en algunos casos, además, a la restitución de lo obtenido mediante el comportamiento típico; y, excepcionalmente, a la adopción de medidas preventivo punitivas. En cuanto a la naturaleza de la pretensión, la acción indemnizatoria es normalmente personal, pero también existe la posibilidad de reconocer al demandante un derecho real sobre el objeto obtenido con el «tort», por ejemplo, sobre la ganancia obtenida por violar el deber de confidencialidad.

ni contratos ni ilícitos¹⁶, podría considerarse que «restitución» y «enriquecimiento injusto» son dos caras de la misma moneda y, por tanto, que comparten el ámbito de aplicación: el supuesto de hecho sería el «enriquecimiento injusto» y la consecuencia jurídica, la «restitución»¹⁷. El objeto del Derecho de Restituciones sería por tanto el mismo que el del Derecho de Enriquecimiento injusto.

Como toda tarea de ordenación, ésta consiste básicamente en distinguir, tanto dentro del supuesto de hecho como de la consecuencia jurídica. En cuanto al supuesto de hecho, es el tipo de evento que provoca la restitución lo que determina la primera y más importante división entre «enriquecimiento facilitado por el demandante» (supuestos en los que es el demandante el que ha entregado al demandado, directa o indirectamente, lo que ahora le reclama: el «menos» del demandante es el «más» del demandado¹⁸) y «enriquecimiento obtenido por el demandado mediante ilícito». La primera es más extensa que la segunda y contiene ulteriores subdivisiones, algunas en torno a que el enriquecimiento se haya obtenido «a costa» del demandante, y otras en torno a que sea «injusto», entendiendo que lo será cuando concurra algún «factor injusto» que justifique la restitución.

Desde la perspectiva de la consecuencia jurídica, la clasificación más importante es la que distingue entre la «primera medida» de restitución, que consiste en el «valor (pecuniario) recibido»; y la «segunda medida», representada por el valor «sobreviviente» o «resistente»: lo que queda de lo recibido en el patrimonio del enriquecido demandado, sea que haya disminuido (respecto de lo recibido) o que haya sido sustituido por otra u otras cosas (el subrogado). Se distingue también entre una respuesta obligacional (acción personal) y real (acción real). Aunque resulte extraño al jurista de *civil law*, acostumbrado a una acción personal para recuperar lo que se entregó o su

¹⁶ Ciertamente, la obligación de restituir puede nacer de la comisión de un «tort» (Derecho de Daños), y en tal caso lo relevante será que concurran sus requisitos. También el Derecho de Contratos puede provocar obligaciones de restituir y es importante advertir que el demandante no debería poder acudir al Derecho de Restituciones para quedar en mejor situación que la que le ofrece el Derecho de contratos; esto es, el *Law of Restitution* no debería convertirse en una vía para burlar la lógica de las reglas del Derecho contractual (VIRGO, G., *The Principles of the Law of Restitution*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2006, p. 109). Por otra parte, el que reivindica y vence puede exigir restitución, pero el «derecho de propiedad» —como mecanismo restitutorio— no deja de ser un «remedio» de naturaleza distinta cuya sede es el Derecho de Propiedad.

¹⁷ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 9 a 26.

¹⁸ Birks lo llama *enrichment by subtraction*, pero una traducción literal (enriquecimiento por sustracción) podría originar cierta confusión en torno al acto por el que se obtiene el enriquecimiento. Como lo único que se quiere indicar es el sentido explicado en el texto, «enriquecimiento facilitado por el demandante» parece suficientemente explicativo y neutro.

valor pecuniario¹⁹, el Derecho anglosajón se sirve de una acción personal para exigir la primera medida y de una acción personal y una acción real para la segunda. En cuanto a esta acción real, no se trata de constatar que el demandante no ha perdido su derecho real sobre la cosa –como parte de la protección concedida por el derecho de propiedad–, sino del nacimiento de un derecho real del demandante sobre lo obtenido por el demandado a su costa²⁰. *Hodgson v Marks* (1971) trataba de una anciana que transmitía su casa al mayordomo, el cual, poco después, la enajenaba en interés propio; para conseguir que la anciana recuperase la vivienda, se le concedió una pretensión restitutoria de carácter real: por la transmisión de la casa había quedado constituida una relación fiduciaria (*trust*) entre ambos, de manera que la anciana era la propietaria en *equity* de la casa y podía recuperarla en caso de que el mayordomo actuara descuidando sus intereses, como de hecho ocurrió²¹. No parece necesario insistir en lo sorprendente que resulta un razonamiento similar en el contexto de nuestro Derecho, en el que el control de un desplazamiento patrimonial gratuito pasa por comprobar si ha existido una donación válida y, en caso afirmativo, determinar si concurre una causa de revocación o si existe una justa causa que permita retener la atribución recibida (art. 1901 CC).

Comparando la taxonomía de Birks con la tipología alemana de la teoría de la diferenciación podría decirse, a grandes rasgos, que el «enriquecimiento facilitado por el demandante» se corresponde con los supuestos de las *condictiones* de prestación, impensas y regreso, y que el «enriquecimiento obtenido por el demandado mediante ilícito» coincide en buena medida con el ámbito de la *condictio* por intromisión. Sin embargo las diferencias son también notables, como pone de relieve el que la principal división entre supuestos de enriquecimiento injusto sea que el demandado haya cometido un «ilícito» para obtenerlo²².

¹⁹ Y ello, con independencia de que se haya transmitido o no la propiedad de lo entregado indebidamente al *accipiens* de buena fe. Véase el excelente trabajo sobre el título putativo de adquisición en RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión (Estudio de los arts. 464 y 1897 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», ADC, 2004-III, pp. 1003 a 1103.

²⁰ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 26 y ss. (44, 47, 77 y ss. y 98). Distingue también entre enriquecimientos pecuniarios y no pecuniarios, lo que afecta tanto a la posible restitución *in natura* como a que el *accipiens* pueda argumentar que lo recibido no le enriquece (devaluación subjetiva).

²¹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 39 y ss.

²² BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 100 y ss. Aunque la taxonomía de Birks permite moverse con comodidad en el panorama de las propuestas tipológicas del ámbito jurídico anglosajón, merece una mención específica la de Graham Virgo, para quien resulta simplista pretender que el Derecho de Restituciones sea operativo con un único principio (*The Principles...*, pp. 7 y ss.). En su opinión, un cuidadoso análisis del *case-law* pone de relieve que el Derecho de Restituciones se apoya sobre tres principios diferentes: (1) la

3. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO «FACILITADO POR EL DEMANDANTE»

Si en el Derecho de Daños «violencia» (*battery*), «difamación» (*defamation*), «negligencia» (*negligence*), «intimidación» (*intimidation*), etc., son especies del género «ilícito» (*wrong*), y en el Derecho de Contratos «compraventa», «arrendamiento», «mandato», «sociedad» o «préstamo» lo son del género «contrato», en materia de Derecho de Restituciones el género sería «enriquecimiento injusto a costa del demandado» (para abreviar, «enriquecimiento injusto»), y su principal cometido, distinguir las especies de «enriquecimiento injusto» (el pago por error, las transmisiones bajo amenaza o con presupuestos frustrados, los beneficios libremente aceptados, etc.) y proponer las reglas por las que deberían regirse esas «restituciones».

Cuando la restitución de un enriquecimiento no es contemplada por los Derechos de Daños, Contratos o Propiedad, esto es, cuando se plantea un conflicto autónomo de «enriquecimiento injusto», la acción se configura a partir de un sencillo esquema de cinco pre-

restitución del enriquecimiento injusto; (2) la necesidad de evitar que el que comete un ilícito se enriquezca con él; y (3) la «persecución» de los derechos reales en los que se ha entrometido el demandado. (1) En sentido sustantivo –no meramente descriptivo o formal–, el principio de «enriquecimiento injusto» determina cuándo y en qué circunstancias nace el remedio restitutorio: hace falta que (a) el demandado haya obtenido un enriquecimiento (b) a costa del demandante y (c) de manera injusta, y que (d) el demandado carezca de excepciones que eliminen o limiten la acción. Si se cumplen los requisitos, el demandante recupera –gracias a una acción personal– el valor pecuniario del enriquecimiento recibido por el demandado. (2) Cuando la víctima de un ilícito ejercita una acción para que se le entregue el beneficio obtenido por quien lo ha cometido, pide algo que no guarda relación con la pérdida experimentada por el demandante sino con la ganancia obtenida por el demandado; así, cuando se incumple dolosamente un contrato o se defrauda una relación de confianza, lo que persigue la respuesta «restitutoria» es dejar al *wrongdoer* sin la ganancia. Hay quien lo explica diciendo que el autor del ilícito debe restituir la ganancia porque se ha enriquecido injustamente, pero Virgo señala que en tal caso se está utilizando la expresión en sentido descriptivo (como principio general), no sustantivo, y ello por dos razones: porque la demanda prosperará aunque el beneficio del demandado no se haya obtenido a costa del demandante (salvo en el sentido superficial de que el beneficio se obtiene por la comisión de un ilícito y el demandante es la víctima); y en segundo lugar, porque no es necesario probar que concurre alguno de los «factores injustos» que justifican la restitución, basta con la comisión de un ilícito que prevea la respuesta restitutoria. Es el «ilícito» y no el enriquecimiento injusto el que constituye la causa de pedir. La acción será normalmente personal, pero en algunos casos se reconoce también una acción real. (3) Finalmente, cuando el demandante conserva un derecho real sobre el enriquecimiento que ha recibido el demandado, sea que existía con anterioridad al derecho del demandado o que resultó creado *ope legis* al transmitirlo, aquél podrá ejercitar una acción real para recuperar lo entregado. Lo relevante en este caso es que el reconocimiento de ese derecho real y su alcance no es una cuestión propia del Derecho de Restituciones, sino del Derecho de Propiedad. En síntesis, el Derecho de Restituciones abarca todas las acciones que pretendan la restitución de un beneficio, lo que ocurre en tres supuestos: el demandado se ha enriquecido injustamente; el demandado ha cometido un ilícito que concede un remedio restitutorio (alternativo del indemnizatorio); el demandante ejercita un derecho real.

guntas, que se ha convertido en patrimonio común del Derecho inglés de Restituciones²³:

1. ¿Se ha enriquecido el demandado?
2. ¿Se ha enriquecido a costa del demandante?
3. ¿Existe un «factor injusto» que justifique la restitución?
4. ¿Existe alguna razón por la que el demandado no debería restituir?
5. ¿Cuál es la medida del enriquecimiento, el alcance de la restitución?

No parece difícil encontrar *prima facie* un cierto paralelismo con el conocido esquema de la acción de enriquecimiento sin causa, tal y como se explica desde una perspectiva unitaria tanto en el marco del BGB como en los países de tradición francesa (acción positivizada en el *Codice civile* –arts. 2041 y 2042– o en el *Code civile* –art. 1303, introducido por la Ordenanza n.º 2016/131, de 10 de febrero de 2016, sobre reforma del Derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones–). En dicho esquema suele señalarse, como requisitos, el enriquecimiento, el empobrecimiento correlativo y la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento; como alcance, el doble límite de la medida de la restitución (el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante); y como principal «defensa», el pretendido requisito de subsidiariedad. Sin embargo, como tendremos oportunidad de comprobar, la manera de entender cada uno de esos elementos («a costa de», «sin causa», «medida de la restitución», «defensas»...) es bien diferente.

3.1 ¿SE HA ENRIQUECIDO EL DEMANDADO?

La primera cuestión es por el enriquecimiento del demandado: ¿De qué enriquecimiento se trata? ¿Qué es lo que, en su caso, se ha de restituir? El jurista de *civil law* suele partir –influido por el modelo del pago de lo indebido– de que al demandante le asiste un derecho personal a la restitución de lo entregado (*in natura*) y, en su defecto, de su valor pecuniario. Sin embargo, acabamos de ver que el jurista de *common law* distingue entre dos medidas (valor recibido y valor superviviente) y entre una respuesta personal y una real. La primera medida está representada por el valor (pecuniario) recibido, con independencia de que se aprecien otros motivos (defensas) por los que deba restituirse en esa u otra medida; la

²³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 7 y 109 y ss.

segunda le permite obtener el valor «sobreviviente» o «restante»: lo que queda, o aquello en que se haya transformado.

Valorar pecuniariamente –con criterios objetivos– lo obtenido es fácil cuando, por ejemplo, se recibe dinero; no puede alegarse que el dinero «no enriquece» (otra cosa es que el *accipiens* pueda oponer –como defensa– que ha gastado el dinero de manera poco razonable por haber confiado en poder disponer de él). Plantea más problemas la recepción de un enriquecimiento no pecuniario y no solicitado; el enriquecido se encuentra con un beneficio ilíquido e impuesto, por lo que estará interesado en restituir solo en la medida de su valor «subjetivo», esto es, en la medida en que le haya aprovechado. Esta «medida» de restitución es también conocida en nuestro ordenamiento jurídico (el art. 1158. III CC habla de «aquello en que le hubiera sido útil el pago», el 1897 CC de que se restituirá «en cuanto por ellas se hubiese enriquecido», etc.) y está representada por la «utilidad» obtenida por el enriquecido, lo que no siempre será fácil de determinar, especialmente en las atribuciones no pecuniarias. Así, quien reforma una casa ajena (creyéndola propia) y pretende la restitución del valor/gasto de la mejora puede encontrarse con que el propietario se opone alegando que la mejora no le proporciona utilidad (el plusvalor es menor que el gasto), que no la hubiera hecho (la utilidad subjetiva es 0), que no puede pagarla, etc. Hay datos que ayudan a valorar la existencia objetiva de una utilidad: si el limpiador de cristales de un rascacielos se equivoca de piso y presta así un servicio no solicitado, parece que no debería tener derecho a compensación; sin embargo, no estaría de más valorar hasta qué punto ha facilitado un enriquecimiento (por ejemplo, en forma de ahorro de gastos) al enriquecido: si este había limpiado los cristales hace apenas unos días, parece claro que nada podrá exigir; si tiene contratado un servicio de limpieza periódico que hará y le cobrará lo mismo con independencia de la limpieza fortuita, tampoco podrá pedir nada; pero si suele solicitar los servicios de cualquier empresa del sector cada tres meses y lo hubiese hecho en fechas próximas, parece que sí se le podría exigir la restitución del enriquecimiento (sin entrar por ahora sobre cómo debería valorarse).

Birks trata de esta cuestión en torno al concepto de «devaluación subjetiva» y opina que el Derecho inglés acepta y reconoce la posibilidad de invocar la «devaluación subjetiva» en algunos casos y con ciertos límites, aunque reconoce que esos casos y límites se han desarrollado de una manera más intuitiva que organizada o sistemática²⁴. En el caso de los convivientes que «consienten» las

²⁴ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 109 a 114. No se puede alegar «devaluación subjetiva» cuando se ha aceptado libremente el enriquecimiento, o cuando se trata de un

mejoras que uno realiza sobre un bien del otro, se produce un enriquecimiento querido por ambas partes bajo un presupuesto –la convivencia– que desaparece posteriormente, por lo que parece que ambos deberían compartir ese riesgo²⁵. Por su parte, cuando se restituye lo intercambiado en un contrato, las cosas no deberían valer de modo distinto a como se ha determinado en él²⁶.

3.2 ¿SE HA ENRIQUECIDO A COSTA DEL DEMANDANTE?

La pregunta no es si el demandante se ha empobrecido, sino si el enriquecimiento del demandado se ha obtenido «a costa» del demandante²⁷. Esta diferencia no resulta significativa en supuestos de «enriquecimiento facilitado por el demandante», en los que lo que experimenta el demandado como incremento patrimonial se corresponde con lo que experimenta el demandante como disminución patrimonial, pero resulta fundamental en los supuestos de intromisión en los que el demandado se ha enriquecido mediante la comisión de un «ilícito» frente al demandante y solo en este sentido puede afirmarse que se haya enriquecido a su costa. Además, en muchos casos no es apreciable un empobrecimiento en sentido técnico: si uso tu bicicleta durante varios meses me ahorro lo que me hubiese costado alquilar una por ese tiempo, pero como tú no la hubieses alquilado (nunca lo has hecho ni tenías intención de hacerlo), no te he causado ningún daño por haberte impedido alquilarla; puede incluso que la haya cuidado bien y esté en mejor esta-

«beneficio indiscutible» (casos de «anticipación de gastos necesarios», como los de funeral, o de «realización en dinero» de lo recibido, como cuando consigo vender la casa en la que has incorporado una cocina nueva: me corresponderá pagarte la parte del precio que corresponda a la cocina); en cualquier caso, se trata de meras orientaciones más que de auténticas reglas. En el fondo, la «devaluación subjetiva» plantea el problema de los enriquecimientos impuestos (el término no es del autor, pero sirve para caracterizar los supuestos a los que se refiere). Cuando se mejora un patrimonio ajeno hay que preguntarse por el «carácter» de la mejora: no es lo mismo reparar un coche como lo hubiera hecho un taller para un usuario ordinario, que prepararlo para que compita en carreras. Se trata de lo mismo que hacen los Códigos cuando distinguen entre mejoras necesarias, útiles y de mero recreo en la liquidación del estado posesorio o en la accesión.

²⁵ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 127. Un familiar mejora la casa de otro con la intención de vivir allí de manera definitiva. Después de un tiempo se rompe la relación; los tribunales le permiten recobrar la inversión. No hay un motivo claro por el que las consecuencias negativas de la ruptura tengan que ser sufridas exclusivamente por el no propietario, pues la ruptura era previsible para ambos y fueron también ambos los que tomaron el riesgo de que las cosas terminaran mal. No se trata por tanto de asignar o repartir la culpa, sino el riesgo de que la convivencia termine, con las consiguientes consecuencias patrimoniales.

²⁶ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 218 a 220. Es una idea que comparto para el Derecho español y que goza con partidarios en el panorama comparado, siempre que el vicio por el que resulta impugnabile el contrato no haya afectado al acuerdo sobre el valor.

²⁷ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 132 y ss.

do que hace unos meses. Desde esta perspectiva, no hay inconveniente en afirmar que el empobrecimiento del demandante no es requisito de la pretensión; lo relevante es que el demandado se haya enriquecido a costa del demandante²⁸.

Determinar si el enriquecimiento se ha obtenido «a costa» del demandante es sencillo cuando se trata de situaciones entre dos partes y el bien ha pasado del demandante al demandado. No lo es tanto cuando el demandado ha recibido de un tercero; en este caso el juez deberá concluir que el enriquecimiento hubiera llegado o correspondido al demandante, y que el demandado se interpuso (Birks habla de una «interceptación anticipada»). En la venta de cosa ajena, el vendedor obtiene el dinero del tercer adquirente, pero se enriquece *a costa del dueño de la cosa*; para el Derecho anglosajón es un caso de enriquecimiento por ilícito (*tort de conversion*), para nosotros de *condictio* por intromisión; también podría prosperar la pretensión de daño extracontractual si se logra probar la culpa (art. 1902 CC), lo que no es necesario en el contexto del *tort* de conversión, en el que basta con que la conducta del demandante sea incompatible con el derecho usurpado.

La idea tantas veces transmitida de que el enriquecimiento y el empobrecimiento se relacionan a través de un desplazamiento patrimonial inmediato (algo que es perfectamente lógico en el ámbito de las prestaciones e incluso de las mejoras, aunque con un conflicto subyacente distinto) quiebra típicamente en el ámbito de la intromisión, como puede ser la venta de cosa ajena²⁹. Desde esta perspectiva, el Derecho inglés y su expresión «a costa de» resulta más flexible y capaz de adaptarse a configuraciones distintas de «enriquecimiento injustificado» que, por ejemplo, la exigencia de correlativo empobrecimiento en el texto francés (aprobado en la reciente Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, sobre reforma del Derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones)³⁰. La exigencia de que el enriquecimiento se obtenga «a costa» del demandante no presupone la necesidad de un empobrecimiento en el

²⁸ Más adelante Birks se expresará de forma más general y contundente afirmando que «el Derecho inglés comparte con el alemán que el demandante no debe ser identificado como una persona que ha sufrido un daño» (*Unjust Enrichment*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2005, p. 17).

²⁹ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 33, 34, 40 y 41.

³⁰ Art. 1303. «En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement». Imprescindible para una valoración de la reforma francesa, MORALES MORENO, A. M., «Tradicón e innovación en la nueva regulaci3n del enriquecimiento injustificado en el C3digo Civil franc3s», en EMBID IRUJO, J. M., MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., MORALES MORENO, A. M. (dir.), *Estudios Jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2017, pp. 583 a 611.

patrimonio de este; el daño no es un requisito de la pretensión. Además, la idea de un desplazamiento no es capaz de explicar la restitución de la ganancia obtenida con el uso de un derecho que pertenece en exclusiva a otro³¹. Cuando se viola un deber de secreto o lealtad (por ejemplo, el deber de no concurrencia del socio regulado en el art. 1683 CC), no es fácil afirmar sin más que el socio se ha enriquecido «a costa» de la sociedad, aunque se acepte que su comportamiento es deshonesto y que la sociedad debería poder exigir que le entregue la ganancia obtenida.

3.3 ¿EXISTE UN FACTOR INJUSTO QUE JUSTIFIQUE LA RESTITUCIÓN?

Para que el enriquecimiento se considere injusto se ha de alegar un motivo que justifique la restitución. El autor llama a estos motivos «factores injustos» y distingue tres categorías: 1) «transmisiones involuntarias», cuando la voluntad del transmitente está viciada o cualificada (finalizada o condicionada a la obtención de un determinado resultado que no llega a obtenerse); 2) «transmisiones libremente aceptadas» por el demandado, cuando este comprende o no puede ignorar que no recibe gratuitamente, tiene la oportunidad de negarse y opta por aceptar el beneficio recibido; 3) y otros supuestos (miscelánea) en los que la política jurídica aconseja la restitución³².

Entre las «transmisiones involuntarias» por «vicio» se estudian los supuestos de ignorancia³³, error, compulsión³⁴ y desigualdad³⁵.

³¹ BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., p. 334: «La exigencia de un desplazamiento patrimonial o relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento poco puede hacer por subsistir como tal [requisito] una vez eliminado este último como elemento integrante del supuesto de hecho de la pretensión restitutoria».

³² BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 141 y ss.

³³ El demandado obtiene el enriquecimiento sin conocimiento del demandante, como puede ocurrir en supuestos de uso o disposición de cosa ajena; aunque en Derecho inglés estos comportamientos constituyen un «wrong», el factor injusto «ignorancia» permite acudir a la pretensión de enriquecimiento injusto sin tener que probar los requisitos del «ilícito», en el caso, los del *tort de conversion*.

³⁴ Incluye los fenómenos de «intimidación» e «influencia indebida», y también las llamadas «coacción legal» (donde se trata del fiador –o deudor solidario– que paga al acreedor y cuenta con un derecho de regreso frente al deudor; fuera del caso de «coacción legal», el pago de tercero solo libera al deudor si es aceptado por éste, y si el pago no libera al deudor, el tercero tendrá que reclamar de éste por «libre aceptación», o del acreedor por «falta absoluta de reciprocidad», según el pago haya sido aceptado o rechazado) y «coacción moral» (donde se tratan supuestos de gestión de negocio ajeno sin mandato en un contexto muy reticente a estimar acciones de restitución en casos de injerencia en patrimonio ajeno), así como una miscelánea de casos de «coacción circunstancial».

³⁵ Se trata de un factor de apreciación excepcional y comprende las relaciones en las que una de las partes resulta especialmente vulnerable por la situación de confidencialidad o dependencia que media entre ambas: el banco que aprovecha la situación patrimonial y personal del cliente; el acompañante o cuidador del enfermo; otras relaciones de dependencia y confianza como las de paciente/doctor, padre/hijo, etc. En situaciones así, en las

El vicio más importante es con diferencia el error, cuyo principal problema reside en que si los desplazamientos patrimoniales fueran fácilmente revisables por error del transmitente la seguridad del mercado podría verse seriamente afectada. Esto obliga a distinguir entre errores relevantes, que dan derecho a recuperar lo entregado, y errores irrelevantes, como las meras expectativas frustradas de recompensa³⁶. El principal ejemplo de error relevante es el llamado error «de responsabilidad», que es el error de quien se cree obligado a enriquecer a otro (pago por error)³⁷. Fuera de éste, la relevancia del error solo debería considerarse –continúa Birks– si es «causal» (para la voluntad) y «esencial» (para el contrato)³⁸. En derecho inglés se distingue con claridad entre el error en la formación del contrato (dentro del Derecho de Contratos) y el error como causa de restitución de la prestación (dentro del Derecho de Restituciones). El error por el que el contrato es impugnado y el error por el que el enriquecimiento debería restituirse no están sometidos a las mismas reglas. Lo que hay que evitar es que un contrato que no resulta impugnado por error en su formación sea vulnerable a la pretensión de enriquecimiento injusto. Algo similar ocurre en un modelo que necesite acudir a la *condictio indebiti* (que exige «error») para liquidar el contrato anulado por error o por otro vicio del consentimiento, como ocurre en Francia. En el Código Civil español la restitución por nulidad o anulación del contrato no depende del error, pues la acción de nulidad (arts. 1303 y ss.) no lo requiere para provocar la devolución de lo intercambiado en el contrato nulo o anulado (aunque sea uno de los vicios que permite impugnar), y la ventaja de un modelo así parece clara, pues de este modo el estudio del error que permite impugnar y liquidar el contrato es siempre un asunto del Derecho de contratos que no tiene por qué coordinarse con el modo de entender el error en la *condic-*

que resulta fácil para una parte abusar de la vulnerabilidad de la otra, se plantea la necesidad de reconocer pretensiones de restitución: por ejemplo, la de las cantidades abonadas para conseguir la nacionalidad mediante un matrimonio de conveniencia, o para pagar un préstamo usurario. En otros casos, la dependencia no procede de la tipicidad de la relación sino de las personas concretas que la protagonizan.

³⁶ Parece claro que la pretensión de enriquecimiento injusto no puede apoyarse sobre éstas: «pensé que si te donaba la finca tú me cuidarías en la vejez»; «creí que si te cuidaba en la vejez tú me donarías esa finca», etc.

³⁷ MEIER, S., «Unjust factors and legal grounds», en JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R. (ed.), *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, p. 39. El «error de responsabilidad» es el que con mayor frecuencia genera la obligación de restituir, al menos desde una perspectiva unilateral; de hecho, la acción de restitución por *liability mistake* del *common law* hace las veces de la *condictio indebiti* del *civil law*.

³⁸ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 159. MEIER, S., *Unjust...*, cit., pp. 55 a 58 y 72 a 75. La reticencia a admitir el error de derecho como error relevante (vigente en el momento en que escribe Birks) ha sido finalmente superada.

tio indebiti. Otra cosa es que, cuando se observan las exigencias que Birks pone al error para ser relevante en el Derecho de Restituciones (que sea causal y esencial), resulta difícil no pensar en los requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia para que el error sea relevante como vicio del consentimiento en la impugnación del contrato anulable.

La transmisión es también «involuntaria» cuando el demandante «cualifica» su consentimiento dando a conocer los términos en que está dispuesto a transmitir; si no tiene lugar el presupuesto exigido, debe entenderse que no se ha querido transmitir. Aquí el transmitente no se arriesga a que el otro corresponda o no, sino que especifica el evento que, en su caso, deja la transmisión sin efecto. La expresión tradicional del *common law* para describir esta desaparición de la base de la transmisión es «total failure of consideration»: falta absoluta de base o reciprocidad³⁹.

Para la restitución de dinero –los tribunales hacen uso de este factor injusto solo para esta forma de enriquecimiento⁴⁰– ha sido un requisito tradicional que la falta de base sea total o absoluta. ¿Qué se quiere decir con ello, que la restitución no tendrá lugar si hubo un cumplimiento recíproco parcial? El requisito de «totalidad» nos remite al tipo de contrato y de prestación que libera al contratante que demanda restitución. Por ejemplo, se entiende que en un contrato de compraventa habrá «falta absoluta de base» hasta que la propiedad de la cosa se transmita al comprador; que el vendedor haya incurrido en algunos gastos para construir u obtener la cosa, por ejemplo, es irrelevante, pues el comprador no paga por esas acciones sino por lograr aquel resultado⁴¹. Sin embargo, cuando el contrato es de obra y los

³⁹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 219 a 247.

⁴⁰ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 318 y ss. Con todo, Birks insiste (*An Introduction...*, cit., p. 233) en que su ámbito de aplicación no debería reducirse a los supuestos de entrega de dinero, aunque reconoce que fuera de este caso será difícil que la pretensión prospere.

⁴¹ En *Rowland v Divall* (1923), éste vende a aquél un coche por 334 libras y poco después Rowland lo vende a Railsdon por 400. Con posterioridad la policía requisó el coche porque era robado. Rowland restituye 400 a Railsdon, recompra el coche a la aseguradora que lo había adquirido del verdadero dueño y pide la restitución de sus 334 a Divall por «failure of consideration». Éste opone que el coche había sido usado varios meses y que la falta de *consideration* no podía considerarse total. Sin embargo, se falla a favor de la restitución alegando que en este caso no recibir la propiedad del coche podía considerarse como un no haber recibido «en absoluto», esto es, como un incumplimiento total, no parcial. En nuestro Derecho se trataría de un supuesto de evicción dentro de una cadena de compraventas en la que uno de los eslabones decide, por una parte, hacerse definitivamente con el bien y, por otra, exigir responsabilidad a su vendedor. No hace falta insistir en que el vendedor demandado no podrá alegar que el comprador ha usado temporalmente el bien para eximirse de la responsabilidad impuesta por el artículo 1478 CC, que obliga a restituir el precio de la cosa «al tiempo de la evicción». Es posible que el uso del coche haya supuesto un menor precio, por lo que la solución se adapta a la reciprocidad de las prestaciones. Ahora bien, una cosa es que el uso afecte a la valora-

trabajos han comenzado, no debería considerarse que la falta de reciprocidad es absoluta hasta que la obra se entregue; se paga por el trabajo ya realizado, que es parte del cumplimiento⁴². El *leading case* sobre el significado de «total» en el factor injusto de «failure of consideration» es *Stoczniak Gdanska SA v Latvia Shipping Co.* (1998): el demandante, constructor de buques, acordó un contrato con el demandado para diseñar, construir y enviar un barco. El demandado no pagó el segundo plazo. La quilla del barco ya estaba construida pero no había sido enviada al comprador. Los demandados argumentaban que no estaban obligados a pagar el segundo plazo porque, de pagarlo, podrían inmediatamente pedir su restitución por «total failure of consideration». La Corte Suprema entendió por el contrario que los demandados sí estaban obligados a pagar el segundo plazo y que no podían alegar «total failure of consideration»; rechazó el argumento de que no habían recibido parte de la cosa, porque el contrato no era solo de venta, sino también de diseño y construcción, y tanto uno como otra se habían llevado a cabo⁴³. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español no es extraño encontrar este conflicto como una cuestión propia de la interpretación del contrato, que permite establecer cuándo una prestación parcial ha generado su correspondiente contraprestación teniendo en cuenta el tipo o tipos contractuales elegidos, la finalidad buscada en cada fase contractual y su eventual dependencia respecto de las demás, etc.

Además de explicar algunos supuestos contractuales (donaciones modales, donaciones *propter nuptias*, falta de reciprocidad en los contratos recíprocos, etc.), «failure of consideration» puede ser también la manera de solucionar los adelantos en tratos preliminares cuando finalmente no se llega a contratar, o los pagos ocasionados por un bien litigioso cuando quien hace el pago lo condiciona a que finalmente se falle a su favor.

Fuera de las «transmisiones involuntarias», encontramos la «libre aceptación del demandado». El foco de atención se traslada a éste, que ha debido tener la oportunidad de recibir o no la transmisión, lo que requiere suficiente conocimiento de los hechos y la posibilidad de aceptar o rechazar libremente el enriquecimiento.

ción del precio de la cosa a restituir, y otra que extinga la obligación de responder (excepto en el caso de que el uso haya dejado sin valor el bien en el momento de la evicción; con todo, quedarían el resto de conceptos por los que el artículo 1478 CC hace responder al vendedor).

⁴² BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 322.

⁴³ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 323 y 324. Sobre la manera de limitar la rigidez del principio de que la ausencia de reciprocidad ha de ser «total», VIRGO, G., *The Principles...*, cit., p. 112.

Los elementos de la «libre aceptación» del demandado serían: la oportunidad de rechazarlo; el conocimiento de que la transmisión no es gratuita; y el rechazo de la posibilidad de evitarlo⁴⁴.

Finalmente, Birks acepta una «miscelánea» de factores que avalan la restitución conforme a diversos motivos de política jurídica:

a) Disuadir de conductas ilícitas o inmorales ha sido siempre uno de los cometidos de la *condictio ob turpem vel iniustam causam*⁴⁵.

b) Estimular el rescate es el cometido del reconocimiento de pretensiones restitutorias en supuestos de *negotiorum gestio*. Es el caso del rescate de un barco en peligro, que siempre se ha admitido en Derecho inglés como supuesto de injerencia en asuntos ajenos que da derecho a compensación, en contraste con la regla general hostil a las reclamaciones por este tipo de conductas.

c) Evitar el fraude de acreedores consistente en la enajenación de bienes que podrían ejecutar éstos plantea la posibilidad de rescisión por fraude⁴⁶.

d) Tener un portón de escape que permita acoger supuestos difíciles de clasificar, para evitar llegar a resultados absurdos o contradicciones valorativas⁴⁷.

⁴⁴ Algunos ejemplos podrían ser: 1) Veo que llega un limpiador de ventanas (de la empresa que suele contratar mi vecino) y comienza a limpiar las de mi adosado; para cuando salgo a decirle que se ha equivocado, prácticamente ha terminado su trabajo. 2) Mientras los futuros contratantes se ponen de acuerdo sobre el precio, uno de ellos realiza buena parte del trabajo con conocimiento del otro; finalmente no llegan a un acuerdo sobre el precio y no se perfecciona el contrato.

⁴⁵ Si Cayo ha recibido 1000 de Ticio para hacer daño a Sempronio, tiene 3 incentivos para no hacerlo: Ticio no podrá reclamarle la restitución de los 1000; Cayo podrá retener los 1000 aunque no realice el encargo; Ticio experimenta que el Derecho ignora a quien alega una causa torpe. La regla plantea mayores problemas en los casos de contratantes «torpes» pero «inocentes»: si el demandante yerra (razonablemente) sobre la licitud del pacto o es engañado por el demandado sobre ésta, debería poder recobrar lo entregado. También habría que considerar la posible concurrencia de arrepentimiento y sus consecuencias.

⁴⁶ Entre nosotros el fraude en la enajenación no da lugar a una verdadera pretensión *restitutoria* (para que el bien «regrese» al patrimonio del deudor que comete el fraude); el conflicto se soluciona a través de una legitimación excepcional de los acreedores para ejecutar el bien enajenado, que ya no pertenece al deudor, pero que sigue respondiendo de las deudas de éste debido al carácter fraudulento de la enajenación. Véanse, VON TUHR, A., *Derecho Civil*, 1-1, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 1998, pp. 218, 219 y 325. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Actuación de la acción pauliana», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, II, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, p. 1832.

⁴⁷ Resulta significativo que los casos comprendidos en la «miscelánea» sean para nosotros supuestos típicos: la *condictio ob turpem vel iniustam causam* (arts. 1305 y 1306 CC), la gestión de negocio ajeno sin mandato (arts. 1888 y ss. CC), la acción pauliana (arts. 1111 y 1291-3.º CC) o la necesidad de una pretensión que cierre el sistema por «enriquecimiento sin causa».

En su estudio de Derecho comparado sobre la materia, Krebs considera que el modelo inglés de Restituciones –que denomina «de pensamiento pragmático»– busca encontrar razones concretas para restituir, que pueden ser tanto contemporáneas a la entrega del enriquecimiento (error) como posteriores (falta de reciprocidad). Por su parte, el modelo alemán –que denomina «de pensamiento abstracto»– se apoya en la falta de una obligación subyacente que justifique la retención. Cuando se entrega algo para provocar cierto comportamiento o para obtener cierto resultado del beneficiario y ese comportamiento o ese resultado no se producen, el Derecho inglés cuenta con el «factor injusto» de «falta de reciprocidad»⁴⁸ y Derecho alemán con que no hay causa que justifique la retención. Ahora bien, en éste último al enriquecido se le permite oponer como excepción que *solvens* sabía que no estaba obligado a hacerlo (§ 812), lo que deja sin protección a las entregas que no sean *solvendi causa* ni se integren en un contrato: anticipos realizados para provocar un contrato o con la expectativa de que se corresponderá o se contratará⁴⁹.

En Derecho español encontramos un tratamiento específico del error y su prueba en la regulación del cobro de lo indebido. Nuestro modelo se caracteriza, de una parte, por la presunción del error en los casos más habituales y, de otra, por no limitar la defensa del demandado a la posibilidad de alegar que el demandante supo al entregar que no estaba obligado a ello. Las presunciones de error de los artículos 1900 y 1901 CC facilitan que prospere la pretensión restitutoria y se compensan o equilibran –en la consideración global de los intereses en juego– con los preceptos que protegen la posición del *accipiens* de buena fe (arts. 1897 a 1899 CC). Al igual que el alemán, es un modelo que deja en la sombra el tratamiento de las entregas que persiguen causar un cierto comportamiento del receptor/beneficiario; cuando éste no se produce, la atribución queda sin justificar y parece razonable reconocer una cierta obligación de restituir pero, ¿en qué términos? El Código Civil español cuenta con soluciones para la restitución de lo pagado por error y de lo entregado en virtud de contrato inválido pero carece de solución expresa (fuera del ámbito contractual, donde encontramos las donaciones *propter nuptias* cuando no se celebra el matrimonio –art. 1342 CC–, o las obligaciones sometidas a condición resolutoria –art. 1123 CC–) para las entregas *credendi causa* o realizadas sobre un presupuesto que no se produce o desaparece con posterior-

⁴⁸ KREBS, T., *Restitution at the Crossroads: a Comparative Study*, London-Sidney: Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 178.

⁴⁹ KREBS, T., *Restitution...*, cit., p. 309.

ridad. Díez-Picazo se plantea la cuestión de si se trata de conflictos a resolver con la *condictio indebiti* por analogía (lo que topa con la dificultad de que, en líneas generales, se admite que la recepción de ésta en el Código Civil español reviste caracteres restrictivos) o con la acción general de enriquecimiento injusto⁵⁰. El autor deja la cuestión abierta y no será cometido de este trabajo cerrarla, aunque sí de algún trabajo posterior.

4. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO OBTENIDO POR EL DEMANDADO MEDIANTE «ILÍCITO»

Hasta aquí el demandante pide la restitución de lo que él mismo ha facilitado al demandado. Pero este puede haber obtenido el enriquecimiento con su iniciativa, por ejemplo, mediante la comisión de un *wrong* contra el demandante⁵¹.

4.1 POSIBLES VÍAS PARA OBTENER RESTITUCIÓN

En Derecho inglés hay tres vías para obtener la restitución de lo que haya obtenido el que comete un «ilícito»:

(a) Se puede ignorar que la conducta enjuiciada constituye un «ilícito» y reclamar con fundamento en el Derecho de Enriquecimiento injusto. Birks habla de un «análisis alternativo» porque lo que puede el demandante es elegir la vía (alternativa) del enriquecimiento injusto en lugar de la vía indemnizatoria, sin poder sumar ambas⁵².

(b) Se puede ratificar el acto llevado a cabo por el demandado: de acuerdo con las reglas de la representación, la víctima del «ilícito» –por ejemplo, el dueño del bien que otro usa o enajena– podría ratificar el acto del intromisor y legitimarlo *a posteriori*; el «ilícito» quedaría extinguido por la ratificación.

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina...*, cit., pp. 105 y ss.

⁵¹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 313 y ss.

⁵² BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 624. El autor se pregunta qué es lo que podría hacer más atractiva una u otra vía y, en definitiva, cuáles son las principales diferencias por las que podría preferirse una u otra, y lo resume señalando que el *quantum* de la restitución podría ser distinto, pues en tanto la pretensión de enriquecimiento se limita a aquello que el demandante ha facilitado al demandado, en la restitución por comisión de un «wrong» no existe un límite similar. El resto de diferencias puede encontrarse en las defensas, por ejemplo, en el plazo de prescripción.

(c) Se puede invocar el Derecho de Daños y pedir la restitución de lo obtenido por el *wrongdoer*, siempre que el «ilícito» permita elegir entre la indemnización del daño y la restitución de la ganancia (sin que acudir a esta última suponga que el demandante haya ratificado el «ilícito»). Para optar por esta tercera vía es importante saber cuándo un determinado «ilícito» permite exigir la restitución de lo obtenido por el demandado, pues en algunos casos es posible y en otros no⁵³. Más adelante se añadirá una reflexión desde la perspectiva del Derecho español.

4.2 ¿CUÁNDO UN «ILÍCITO» PRODUCE RESTITUCIÓN?

La cuestión principal es, por lo tanto, cuándo el demandante está legitimado para pedir restitución en lugar de indemnización por el «ilícito» cometido⁵⁴. Birks propone tres pruebas o «test» para determinarlo: (a) el dolo de quien comete el «ilícito» (*deliberate exploitation*)⁵⁵;

⁵³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 314 y ss., 316. La expresión «waiver of tort» no hace una clara distinción entre estas tres vías o rutas para la restitución. Comenzó a utilizarse como una peculiar extensión de la segunda vía, la ratificación extensiva, pero por su falta de determinación, conviene prescindir de ella. BURROWS opina (*The Law...*, cit., p. 643) que si «waiver of tort» se empleara siempre en el mismo sentido para expresar que el demandante pide restitución –luego, no indemnización– por un ilícito, no habría especial problema en usarla, siempre que quedara claro que no se renuncia a la indemnización hasta que no se restituya. El problema es que hay otros dos posibles significados que puede recibir; el que Birks denomina «ratificación extintiva», que supone verdaderamente la extinción (por «ratificación») del «ilícito» y del que hay ejemplos en la jurisprudencia; y un último significado para cuando, pudiendo acudir a una pretensión por el ilícito cometido, el demandante prefiere invocar el «análisis alternativo» del Derecho de Enriquecimiento injusto. Ante esta diversidad de significados, se ve preferible abandonar la expresión.

⁵⁴ BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 627.

⁵⁵ En opinión de Birks, la misma *ratio* de los daños punitivos podría aplicarse a la restitución de la ganancia, dentro del Derecho de Daños, con la ventaja de que los daños punitivos son un instrumento ciego (¿quién dice hasta dónde alcanzan?), en tanto la restitución de la ganancia actúa siempre con el tope de lo obtenido por el demandado. Eso sí, habría que considerar la necesidad de imputar subjetivamente la conducta al demandado, pues no cabe descartar un «ilícito» inocente o de buena fe, y en tal caso no podría defenderse la restitución de la ganancia: la lógica punitiva quedaría desautorizada. En el Derecho inglés de Daños, los llamados «daños punitivos» o «ejemplares» son excepcionales, pero se consideran precisamente en casos en los que alguien utiliza el nombre, el honor, la imagen o el patrimonio de otro para enriquecerse, torticeramente, a su costa (MCGREGOR H., *Damages*, 17.^a ed., London: Sweet & Maxwell, 2003, 11-001 y ss., pp. 365 y ss.; el autor enumera las tres categorías en las que se permite imponer una indemnización punitiva en Derecho inglés: conducta opresiva, arbitraria o inconstitucional de funcionarios públicos; conducta que calcula que el beneficio estará por encima de la indemnización –donde se incluyen los casos de publicación de noticias difamatorias, injurias, etc.–; y finalmente las expresamente autorizadas por una ley. Véase también BURROWS, A., «Exemplary Damages», en *Clerck & Lindsell on Torts*, 18.^a ed., Sweet & Maxwell, 2003, 29-121 y ss., pp. 1625 y ss.).

(b) la existencia de «ilícitos» anti-enriquecimiento⁵⁶; (c) y la profilaxis preventiva⁵⁷.

En cuanto a la distinción entre «torts» que dan lugar o no a restitución, Goff y Jones parten de que hay «ilícitos» que enriquecen típicamente al actor y otros que no lo hacen, pero lo cierto es que esa diferencia no siempre resulta clara ni decisiva. Para Birks, la expresión «ilícito» anti-enriquecimiento pone de relieve que los deberes de cuidado que han sido violados persiguen evitar el enriquecimiento injusto del *wrongdoer*: la infracción de un deber anti-enriquecimiento provoca la restitución de la ganancia al demandante; si el deber violado no persigue la detracción del enriquecimiento, no hay restitución; también hay deberes que persiguen las dos finalidades, indemnizatoria y restitutoria, como el deber de no revelar confidencias, que protege la privacidad y a la vez procura evitar el enriquecimiento injusto⁵⁸. Con todo, el autor termina reconociendo la dificultad para establecer con claridad estas diferencias como base para la distinción.

Burrows denuncia que el Derecho de Restituciones no ha sido un modelo de coherencia a la hora de explicar cuándo un «tort» procura la restitución de la ganancia, aunque le parece que los intentos por encontrarla han ido en una doble dirección: en primer lugar, distinguiendo entre «torts» que afectan a derechos reales y «torts» que afectan a derechos personales (aunque hay dificultades para explicar algunos casos concretos), esto es, poniendo el acento en la naturaleza del derecho afectado; y en segundo lugar, considerando que lo decisivo para permitir la persecución de la ganancia es que el «tort» se haya cometido con dolo o cálculo, esto es, torticeramente. En la primera dirección, Jackman llama la atención sobre el derecho infringido y su dimensión institucional (infringir un derecho real, una relación fiduciaria o –en algunos casos– un con-

⁵⁶ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 343 y ss. En el Derecho de Daños hay «ilícitos» que causan una respuesta doble y alternativa: indemnizatoria o restitutoria. Así, los *torts* de *conversion of chattels* (casos de uso o disposición de cosa ajena), *detinue* (retención indebida de muebles) o «abuso de información confidencial» (a quienes habían trabajado en una fábrica de ropa interior femenina y después se habían establecido por su cuenta utilizando una manera similar de fabricar, se les pidió la restitución de la ganancia neta) dan lugar a la restitución de lo obtenido (el valor de uso, el precio de la disposición, la ganancia); sin embargo, no ocurre lo mismo con *defamation* (difamación), *nuisance* (inmisión), *negligence* (negligencia), etc., que no dan lugar a restitución aunque –pongamos por caso– el causante del daño haya ahorrado gastos por ser negligente (no tener el camión en buen estado, no pagar a más conductores por viaje, etc.). ¿Cómo se sabe si un determinado *tort* permite pedir la ganancia obtenida por cometerlo?

⁵⁷ A BURROWS (*The Law...*, cit., p. 661) le parece que b) y c) no son criterios claros sobre los que exista suficiente acuerdo, por lo que opina que la principal contribución de Birks en este punto es la que pone de relieve la importancia del comportamiento doloso, cínico o torticero.

⁵⁸ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 330.

trato supone una lesión de su función social y la restitución se concede para imponer el respeto debido a esa dimensión institucional del derecho y disuadir de las conductas que no estén dispuestas a respetarlo); el grado de reprochabilidad de la conducta sería algo secundario, aunque podría tenerse en cuenta en la determinación del *quantum* de la restitución⁵⁹. En la segunda dirección, Edelman entiende que se debería conceder la restitución de la ganancia (*disgorgement damages*) siempre que se necesite disuadir de la conducta enjuiciada y, en su opinión, esto es necesario cuando los ilícitos se cometen deliberadamente (con cálculo) o cuando se defrauda una relación fiduciaria⁶⁰. Esta es la posición por la que se decanta Burrows⁶¹.

4.3 ALGUNOS SUPUESTOS CONCRETOS

Entre los supuestos a los que Birks dedica una especial atención destacan algunos conflictos contractuales. Por su interés, y por lo extraño que puede resultar para nosotros esa mezcla de «ilícitos» típicos en torno a contratos, nos detenemos también brevemente en ellos.

(a) Incumplimiento de contrato (*breach of contract*)

Goff y Jones afirman que el contratante «inocente» (el que cumple o está dispuesto a cumplir) no puede pretender que el contratante que incumple y obtiene así cierta ganancia tenga obligación de *restituirle* (el verbo es significativo) lo obtenido con el incumplimiento, pero dejan abierta la posibilidad de invocar un «wrong» que permita la restitución de la ganancia. ¿Puede ser «breach of contract» un «ilícito» que dé lugar a la restitución del enriquecimiento? La opinión tradicional –anterior a *Attorney General v Blake* (2001)– era contraria a la restitución por comisión del «ilícito» de incumplimiento contractual⁶². Esta regla general

⁵⁹ BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 659. JACKMAN, I. M., «Restitution for wrongs», *The Cambridge Law Journal*, vol. 48, n.º 2, 1989, pp. 302 y ss.: «La tesis de este artículo es que la razón de ser del derecho a la restitución por ilícito es la protección de una serie de herramientas jurídico privadas, o instituciones que facilitan (el tráfico privado), como la propiedad privada, las relaciones fiduciarias o de confianza y (con cierta cualificación) los contratos. (...) [D]e este modo, el derecho a la restitución por ilícito se desencadena no por el daño a una persona sino por el daño a una institución».

⁶⁰ EDELMAN, J., *Gain-Based Damages. Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, 2002, pp. 3 y 72 y ss.

⁶¹ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 661 y 662.

⁶² BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 664 y ss. Jackman explica («Restitution for wrongs», cit., p. 318) que existe un amplio consenso para aceptar que el incumplimiento de

contaba desde 1974 con una excepción en *Wrotham Park State Co v Parkside Homes Ltd.*, que concedió una «licencia hipotética» a partir de las ganancias obtenidas por el demandado⁶³; y en 2001, *Attorney General v Blake* concedió a la Corona la ganancia neta obtenida con la publicación de un libro en el que un espía infringía el contenido de los pactos de no revelar adquiridos con el Estado. Con todo, y aunque pueda hablarse de una puerta abierta a considerar la conveniencia de conceder en ciertos casos la ganancia (más bien, una parte de la ganancia, a considerar en cada caso) obtenida por el contratante incumplidor, no deja de tratarse de casos excepcionales⁶⁴.

En el caso *City of New Orleans v Fireman's Charitable Association* (1891), la demandada había provisto de bomberos la ciudad por debajo de lo pactado. No dejó de atender sus obligaciones, ni se le pudo imputar negligencia en sus actuaciones, pero hizo un buen negocio ahorrando en hombres y en máquinas respecto de lo que se había obligado en el contrato. Pues bien, la ciudad demandante no obtuvo nada, pues no pudo probar daño alguno. Goff y Jones entienden que los tribunales de *common law* hubieran concluido lo mismo. Sin embargo, Birks opina que en este caso se hubiese podido invocar el test de «*deliberate exploitation*» o acudir a un «ilícito» anti-enriquecimiento y probar sus requisitos. Díez-Picazo se plantea el mismo caso y, con un gusto más continental, entiende que el remedio oportuno sería la reducción del precio, como admiten para todo caso de incumplimiento los PECL o los Principios de UNIDROIT⁶⁵.

En su contribución al reciente Congreso sobre Derecho de Enriquecimiento injusto «The Global Futures of Unjust Enrichment» (organizado por la UCL, Faculty of Laws, los 21 y 22 de abril

contrato no es un «ilícito» que cause restitución, pues la jurisprudencia ha establecido, como principio, que el propósito de los «daños contractuales» no es hacer que el demandado devuelva lo que ha ahorrado cometiendo el «ilícito», sino compensar al demandante; con otras palabras, el asunto es la pérdida del demandante, no la ganancia del demandado. Esto parece descartar la restitución en caso de incumplimiento contractual. Con todo, el autor admite que podría aceptarse cuando el incumplimiento de contrato suponga a la vez la infracción de una institución de derecho privado que deba protegerse, como la propiedad o las relaciones de confianza.

⁶³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 334 y 335, en diálogo con GOFF, R. y JONES, G., *The Law of Restitution*, 2.^a ed., London, 1978, p. 370; 3.^a ed., pp. 454 y ss. En este caso, los demandados habían construido casas con infracción de una cláusula contractual restrictiva impuesta en beneficio del dueño del terreno demandante, que solicitaba por la infracción que se le «restituya» lo que hubiera obtenido a cambio de permitir que se eliminase la cláusula que limitaba la construcción. Tampoco aquí se apreciaba daño alguno para el patrimonio del demandante (la tierra no había sufrido pérdida o depreciación), pero esta vez el demandante sí obtuvo compensación, probablemente porque la cláusula se había puesto para evitar que el demandado se enriqueciera de ese modo.

⁶⁴ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 665 y ss.

⁶⁵ Díez-PICAZO, L., «Commodum ex negotiatione», *ADC*, 2007-IV, p. 1614.

de 2017), con motivo de los 50 años de la publicación del tratado de Goff & Jones y la aparición de su novena edición, Dannemann se muestra partidario de la restitución de la ganancia en los casos de «breach of contract» como parte del contenido de atribución del derecho de los contratantes. Entiende que el contrato impide que el contratante incumplidor pueda quedarse con la ganancia que obtenga por el incumplimiento. Aunque los defensores de la doctrina del «incumplimiento eficiente» digan que el contrato no debería provocar ese efecto, el autor entiende que el análisis microeconómico del «incumplimiento eficiente» resulta defectuoso y que el contrato persigue que el comprador pueda obtener las cosas y hacer con ellas lo que le parezca, también venderlas, por lo que la ganancia por una segunda venta (más ventajosa para el vendedor) debería ser parte de aquello a lo que tiene derecho⁶⁶. En definitiva, se muestra partidario de que la «ganancia por incumplir» sea parte del contenido de atribución del derecho de crédito del contratante burlado.

(b) Intromisión en una relación contractual ajena

Se considera ahora la intromisión en una relación contractual ajena: si te induzco a que rompas tu contrato con Cayo y contrates conmigo para cubrir la misma necesidad, podría decirse que obtengo un provecho «a costa» de Cayo, pero es difícil aceptar que Cayo tenga un derecho sobre la ganancia que yo obtengo. Aunque el Derecho estadounidense acepta que esta acción pueda constituir un *tort* que da lugar a la restitución de la ganancia ilícita, no está nada claro que el deber de no interferir en los negocios de los otros tenga, como propósito principal, el de evitar que uno se enriquezca de ese modo. Parece, más bien, que se trata de un deber de evitar un daño y, desde esta perspectiva, la víctima solo podría pedir la restitución de la ganancia cuando pruebe que existió un cálculo doloso (*deliberate exploitation*)⁶⁷.

(c) Conflicto de intereses

Cuando se trata de la violación del deber del fiduciario (mandatario o representante) de evitar el conflicto entre sus intereses y los del *trust* o fiduciante (mandante, representado), la posibilidad de

⁶⁶ DANNEMANN, G., «The Future of de German Unjust Enrichment Law», Aportación al Congreso «The Global Futures of Unjust Enrichment», UCL Faculty of Law, 21 y 22 de abril de 2017, p. 21. Las contribuciones al Congreso serán publicadas por la *Restitution Law Review*.

⁶⁷ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 335 y ss.

restituir la ganancia se explica también por el test de *deliberate exploitation*. Puede haber casos menos claros, como cuando el mandatario actúa subjetivamente de buena fe o sin perjudicar objetivamente los intereses del mandante, a pesar de lo cual podría justificarse la restitución conforme a otros criterios de política jurídica, como la necesidad de evitar el conflicto de intereses sin tener que entrar a valorar si en el caso se produjo o no un perjuicio para el fiduciante⁶⁸.

(d) **Ruptura de confianza**

El «ilícito» que comete el socio o el directivo de empresa que violan su deber de no concurrencia con la sociedad o la empresa plantea problemas específicos. No hay duda de que tales deberes persiguen impedir el enriquecimiento del fiduciario a expensas del fiduciante: el directivo que contrata en nombre propio lo que debió contratar para la empresa debe restituir la ganancia. A veces la explicación será clara, en el sentido de que se ha cometido un «ilícito» anti-enriquecimiento, y otras veces no; pero parece que en todo caso podría hallarse una justificación acudiendo a la necesidad de evitar determinadas conductas, esto es, invocando la necesidad de un tratamiento preventivo adecuado (profilaxis).

4.4 ENRIQUECIMIENTO INJUSTO OBTENIDO POR EL DEMANDADO MEDIANTE «ILÍCITO»: CORRESPONDENCIAS CON EL DERECHO ESPAÑOL

En cuanto a la posible obligación de restituir la ganancia ilícita por incumplimiento contractual, por la violación de deberes específicos de conducta o por la usurpación de derechos con contenido de atribución exclusivo o monopolístico, el panorama del Derecho español arroja algunos datos que rara vez se ponen en relación unos con otros.

El Código Civil español conoce un solo caso en el que una conducta contractual desleal provoca como respuesta jurídica la restitución de la ganancia obtenida: se trata del socio que contrata en

⁶⁸ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 338 y ss. En un caso en el que el *trust* no salió perjudicado sino que, por el contrario, ganó con el negocio realizado por el fiduciario, a éste se le hizo restituir el beneficio (propio) por no haber evitado el conflicto de intereses. En otro caso, la empresa burlada no podía alegar daño por el hecho de que sus administradores hubiesen terminado creando otra empresa, que es la que finalmente contrató, pues aquélla no hubiese podido contratar por falta de fondos; sin embargo, se juzgó que los fiduciarios debieron evitar la situación de conflicto de interés y se les condenó a restitución.

nombre propio dentro del mismo ramo al que dedica su objeto la sociedad (art. 1683 CC). La deslealtad del socio (por infracción de su deber de no concurrencia⁶⁹) es sancionada con la restitución del provecho ilícito. La devolución del enriquecimiento es compatible con la indemnización de los daños y perjuicios (art. 1686 CC), pues los supuestos de hecho son distintos: «la primera opera objetivamente y con independencia de que haya habido daño; la segunda requiere negligencia, daño y relación de causalidad con la conducta del socio»⁷⁰. No es equiparable a este caso el del mandatario que no evita el conflicto de intereses con el mandante, pues la sanción de nuestro ordenamiento para la violación de la «prohibición» de contratar (*ex art. 1459 CC*) es la nulidad o anulabilidad del contrato, lo que conduce a la restitución de las prestaciones (art. 1303 y ss.) sin plantearse siquiera la cuestión de la restitución de la ganancia⁷¹. Entre contratantes no sujetos entre sí a deberes de lealtad, la ganancia que obtiene uno por incumplir, aunque se trate de un incumplimiento doloso, no puede ser reclamada por el contratante «inocente»⁷²; en su caso, se plantea la cuestión –bien intere-

⁶⁹ PAZ-ARES, C., Comentario al artículo 1683 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., 1993, p. 1422.

⁷⁰ PAZ-ARES, C., Comentario..., cit., p. 1423.

⁷¹ Entre nosotros se ha estudiado con detenimiento el tipo de invalidez por transgresión de la prohibición de contratar impuesta al mandatario (art. 1459/2.º CC; véase, sobre todo, DÍEZ-PICAZO, L., «La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios», *ADC*, 1965, pp. 641 y ss.), pero el problema de las consecuencias jurídicas de la transgresión se ha reducido a si la respuesta es de anulabilidad o nulidad absoluta, y se está de acuerdo en que en ambos casos resultan aplicables los artículos 1303 y ss. CC, que se encargan de las obligaciones de restitución en sentido estricto, por lo que parece lógico que la posibilidad de restitución de la ganancia haya quedado en la sombra.

⁷² Con todo, la STS de 28 de octubre de 2015 (RJ 2015/4944) plantea un supuesto bien interesante: se trataba de un contrato de arrendamiento con prohibición de subarrendar en el que el arrendatario había violado la prohibición haciéndose pasar por propietario. El TS entiende que se produce un enriquecimiento injusto porque alguien ha adquirido una utilidad a la que no tenía derecho, y concede al propietario la acción de enriquecimiento para que obtenga la diferencia entre lo que él cobraba al arrendatario y lo que éste cobraba al subarrendatario haciéndose pasar por el propietario. Ha de contarse con que la renta del arrendatario se encontraba protegida por una norma protectora e imperativa, en tanto la del subarrendatario era la de mercado. Lo cierto es que no hay una verdadera «usurpación» de la facultad de subarrendar, puesto que ni uno ni otro la tenían después de haberse pactado dicha cláusula de prohibición en el contrato, sino una «violación» del pacto de no subarrendar. Una respuesta teórica para determinar el daño causado por el incumplimiento sería: ¿cuál hubiese sido la renta que hubiese tenido que pagar un arrendatario con facultad para subarrendar? (BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 146 a 148). García Rubio responde que un 20% más (sobre la renta pactada), pues este es el «el alcance en el que el artículo 32.2 LAU valora el precio de disfrute de la posibilidad de subarriendo total, que fue lo único que legítimamente usurpó y debería haber sido obligada a restituir» (GARCÍA RUBIO, M. P., «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en DEL OLMO, P. y BASOZABAL, X. (dir.), *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 253 y 254; de la misma opinión, FARIÑA FARIÑA, R., «¿Las rentas cobradas por un subarriendo ilegal pueden calificarse como enriquecimiento sin causa restituible al arrendador principal», *RDC*, vol. 3, n.º 2, 2016, p. 227). Quizá pudo llegarse a esa misma solución pero a través del contrato: la cláusula de prohibición preten-

sante— de si convive con la pretensión indemnizatoria (por incumplimiento) una pretensión por enriquecimiento injustificado que alcance, no a la cosa que se debió entregar, sino a la acción para cobrar el precio al que se ha vendido. Es la cuestión sobre si el artículo 1186 CC reconoce una *condictio* por intromisión al acreedor de cosa determinada que no puede restituirse *in natura*, de manera que pueda exigir no solo el *commodum representationis* (valor del bien) sino también el *commodum ex negotiatione*, esto es, lo obtenido a cambio del bien (el precio, lo que interesará especialmente cuando supere aquel valor).

En uno de los escasos trabajos dedicados al asunto, Díez-Picazo entiende que «la cuestión central es así si existen términos que permitan compatibilizar las acciones indemnizatorias con las acciones de restitución del valor obtenido, que, en rigor, tienen que ser acciones de enriquecimiento»⁷³. Y a la pregunta concreta de si en los casos de incumplimiento contractual asiste al contratante inocente, junto a las pretensiones de cumplimiento, resolutoria e indemnizatoria, una *condictio* por intromisión para poder exigir lo obtenido por el incumplimiento (dando así al acreedor la posibilidad de optar entre el remedio indemnizatorio y el restitutorio), le parece que nuestro ordenamiento jurídico no avala una respuesta única. Si se trata, por ejemplo, de la obligación de restituir o entregar cosa cierta (como la del depositario, o la del heredero con obligación de entregar un legado específico), entiende que la respuesta es afirmativa, que al acreedor le asiste la *condictio* por intromisión respecto del precio obtenido (*ex art. 1778 CC*), pero que no podría afirmarse esto mismo con carácter general: habría que analizar en cada caso si se ha producido una intromisión en el goce, disfrute o disposición de un derecho con suficiente contenido monopolístico de atribución⁷⁴. El resultado, al menos para acreedores de cosa determinada (típicamente, el comprador de cosa específica), no se aleja mucho del propuesto por Dannemann.

En el contexto de la protección de bienes inmateriales (propiedad intelectual, patentes, marcas, modelos de utilidad, competencia desleal, etc.), el Derecho español cuenta con preceptos que al regular la pretensión indemnizatoria de daños permiten al deman-

día evitar que el arrendatario pudiera aprovecharse de su posición y protegía al propietario atribuyéndole el posible lucro ilícito.

⁷³ Díez-Picazo, L., *Commodum...*, cit., pp. 1601 y ss., p. 1608.

⁷⁴ Díez-Picazo, L., *Commodum...*, cit., p. 1616. El autor dialoga con las ideas propuestas por Pantaleón (a favor de la restitución del *commodum ex negotiatione* en «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC*, 1991, pp. 1019 y ss., pp. 1022 y 1023; y «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719 y ss., pp. 1736 y 1737) y Basozabal (*Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 141 y ss.).

dante solicitar (como peculiar «medida» del daño) la ganancia obtenida por el demandado (art. 140 LPI, 61 LP, 43 LM, 18 LCD, etcétera)⁷⁵. Cuestión inseparable de ésta es si el supuesto de uso ilegítimo de esos derechos se encuentra protegido mediante la *condictio* por intromisión. Los supuestos típicos (patentes, marcas, propiedad intelectual, posiciones competenciales protegidas, modelos de utilidad, y también los derechos de imagen e intimidad) no plantean dudas en sentido afirmativo aunque, dado el caso, los tribunales aplicarán los preceptos mencionados y, por tanto, concederán la acción indemnizatoria (excepto en el caso del art. 18 LCD, que distingue correctamente ambas acciones⁷⁶); la cuestión es si, por ejemplo, los secretos industriales no patentados o los diseños comerciales deberían recibir un tratamiento similar. En la *condictio* por intromisión de corte alemán las cosas ocurren de una manera distinta a como lo hacen en el contexto de un «wrong» anti-enriquecimiento anglosajón; la *condictio* no se pregunta si la norma de cuidado violada perseguía como fin de protección el de evitar un enriquecimiento, o si la conducta era especialmente reprochable, sino si el derecho usurpado atribuye a su titular en exclusiva los provechos que se obtienen de aquél y, desde esta perspectiva, se aproxima a la orientación de Jackman sobre la dimensión institucional de los derechos reales y algunas posiciones fiduciarias o contractuales. El «wrong» se sirve de la restitución como de una posible respuesta propia de la acción de indemnización; la *condictio* persigue la reintegración (restitución del valor correspondiente a la facultad o derecho usurpados) de los derechos con un contenido de atribución de carácter monopolístico.

En el modelo del *common law* los supuestos de intromisión se tratan como supuestos de *restitution for wrongs* y puede decirse que no han terminado de independizarse del Derecho de Daños. Son «ilí-

⁷⁵ BASOZABAL, X., «Daños a la propiedad intelectual e industrial», en *Prácticum de Daños*, Cizur Menor: Aranzadi-Thomson-Reuters, 2015, pp. 697 y ss. VENDRELL, C., «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *Anuario de Derecho Civil*, 2012-III, pp. 1107 y ss., especialmente sobre el contenido de atribución de los derechos, pp. 1129 y ss.

⁷⁶ En la STS de 29 de diciembre de 2006 (RJ 2007/1714), en la que la empresa de autobuses demandada había estado realizando operaciones de recogida y descarga de pasajeros con violación de la concesión otorgada a la demandante, puede leerse sobre la correcta interpretación y aplicación del artículo 18 LCD que «siendo, pues, el enriquecimiento injusto y la indemnización de daños y perjuicios conceptos diversos, que pueden concurrir, la pretensión de enriquecimiento se dirige a reintegrar al titular el provecho económico obtenido indebidamente por el autor de los actos de competencia desleal, pues la LCD ha recogido una *condictio* 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».

bitos típicos» en los que una de las posibles respuestas es la restitución de lo obtenido mediante el *tort*. Es significativo que más adelante sea el propio Birks quien proponga que los enriquecimientos obtenidos por «ilícito» sean estudiados como «ilícitos», esto es, dentro del Derecho de Daños; lo que ocurre es que cuando la acción de enriquecimiento injusto se enfrenta a los supuestos de intromisión, fuera ya del Derecho de Daños, no hay una idea clara (al menos, expresa) sobre cuál es la función o funciones que debería desempeñar esa acción en la protección de los derechos, sobre cuáles son los derechos que deberían recibir esa protección, y sobre cuáles son las herramientas técnicas para facilitar soluciones de «reequilibrio patrimonial» adecuadas a la protección de los derechos usurpados⁷⁷.

Para terminar con el Derecho español relacionado con la absorción de la ganancia ilícita, quedaría mencionar que ésta aparece como parámetro a tener en cuenta para medir el daño en el contexto de las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, la intimidad personal o familiar y la propia imagen, reguladas por el artículo 9.3 de la LO 1/82, de protección de los mencionados derechos⁷⁸.

4.5 CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LA «GANANCIA REMOTA» Y EL «PRIMER SUBROGADO»

Para finalizar con los enriquecimientos obtenidos mediante ilícito, se trata ahora de considerar que, así como el Derecho de Daños ha desarrollado ciertos criterios para evitar la indemnización de los llamados «daños remotos», la restitución por comisión de ilícitos carece de reglas análogas para evitar la que podría denominarse «ganancia remota»⁷⁹. Los problemas de «ganancia remota» son típicos de la restitución de enriquecimientos obtenidos por el demandado mediante «ilícito», pues en los supuestos de enriquecimiento facilitado por el demandante éste solicita la restitución de lo que previamente ha salido de su patrimonio o ha debido producirse en él.

⁷⁷ Consciente de esta debilidad del Derecho inglés, Krebs opina que si éste evolucionara hacia un modelo «sine causa» tendría que interesarse por el contenido de atribución de los derechos usurpados, como hace el Derecho alemán («The Fallacy of «Restitution for Wrongs»», en BURROWS, A. y Lord Rodger of Earlsferry A. (eds.), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter BIRKS*, Oxford University Press, 2006, pp. 398 y 399.

⁷⁸ En su excelente estudio, Vendrell concluye que «[l]as 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» (*La acción...*, cit., p. 1232).

⁷⁹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 346 y ss.

Si tomo 100 € de mi empresa, los invierto en bolsa y obtengo 10.000, y luego sigo jugando y lo pierdo todo, ¿podría mi empresa reclamarme 10.000? La acción de enriquecimiento injusto (como alternativa a la acción indemnizatoria por el ilícito cometido) solo alcanzará los 100 € (en su caso, con el interés devengado desde su uso ilícito, como en nuestro art. 1682. II CC⁸⁰); si se quieren los 10.000 € habrá que ponerlos en relación con el «ilícito». La acción de enriquecimiento injusto restringe su alcance a la medida del «enriquecimiento facilitado», y de este modo se elude la cuestión sobre la restitución de la ganancia. Por el contrario, cuando el demandante accione por el «ilícito» no encontrará un límite similar. La pregunta es si el «ilícito» da derecho a la víctima para obtener la ganancia obtenida por el *wrongdoer*. Si no parece razonable otorgar los 10.000 € a la empresa –que nada ha hecho para merecerlas–, sería bueno contar con alguna regla que evite la restitución de la «ganancia remota» pero, ¿hay una regla así en Derecho inglés?⁸¹

Para entender la respuesta que da Birks a esta cuestión conviene considerar el asunto desde la perspectiva del «primer subrogado», esto es, de lo que obtiene el *accipiens* a cambio de lo inicialmente recibido. Se puede apreciar mejor mediante un ejemplo: si yo uso tu coche sin tu permiso durante un mes para mis asuntos, lo que obtengo a tu costa es, en principio, el valor de uso del coche; tú deberías poder exigirme ese valor: una renta razonable (teniendo en cuenta el tipo de vehículo, estado del mismo, etc.), digamos 250 € al mes. Sin embargo, al mes siguiente consigo alquilar tu coche a Pepe a un precio especialmente ventajoso: 400 €. Los 400 son un enriquecimiento obtenido por negociación y constituyen el «primer subrogado». No parece razonable dudar de que podrías pedir el valor de mercado del uso del coche, los 250; pero ¿sería posible obtener el primer subrogado? Birks se muestra partidario de permitir que el demandante obtenga el primer subrogado (400) de lo obtenido a costa del demandante (250). Por el contrario –continúa el autor–, los segundos o terceros subrogados (lo que yo obtenga, por ejemplo, invirtiendo en Bolsa esos 400 €) deberían considerarse demasiado remotos y, por lo tanto, desecharse la posibilidad de obtenerlos⁸². Esta es la respuesta que propone Birks a la cuestión sobre la posible existencia de una regla que evite la restitución de «ganancias remotas»: la pretensión de enriquecimiento injustifica-

⁸⁰ Artículo 1682 CC: (I) El socio que se ha obligado a aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es de derecho deudor de los intereses desde el día en que debió aportarla, sin perjuicio de indemnizar además los daños que hubiese causado. (II) Lo mismo tiene lugar respecto a las sumas que hubiese tomado de la caja social, principiando a contarse los intereses desde el día en que las tomó para su beneficio particular.

⁸¹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 352.

⁸² BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 353.

do por «ilícito» debería extenderse –como regla– hasta el primer subrogado, pero no más allá⁸³.

En la reflexión sobre la oportunidad de restituir la ganancia se echa de menos alguna referencia a las cuestiones de justicia conmutativa que conviene ponderar, pues si resulta más o menos claro el motivo que lleva a desear la medida (profilaxis preventiva), no se aclara el título por el que la ganancia debería terminar en manos del titular del derecho usurpado, y no se distingue la medida de «reintegración» del derecho (lo que atribuye a su titular) de la «absorción» de la ganancia (que puede haber o no, y que cuando supera la medida de reintegración adquiere una dimensión punitiva). En el fondo se trata de aceptar que restituir una ganancia que supere el valor de uso del bien usurpado y restituido (el valor de reintegración) es una medida punitiva; de plantear y decidir si ésta debería estar presente en el proceso civil, que carece de las garantías y medidas comisorias propias del proceso penal y que lleva a que el demandante se enriquezca con la pena impuesta al demandado (pena que sería asegurable, transmisible *mortis causa* y no graduable en función del reproche que merezca la conducta enjuiciada); y de cuestionar que sea el juez el que valore en cada caso la función que conviene perseguir, o aún más, que lo sea el demandante, como ocurre entre nosotros en los artículos de protección de propiedades inmateriales antes mencionados⁸⁴. Así, hay al menos tres cuestiones importantes que apenas quedan incoadas: ¿cuáles son los derechos protegidos? ¿con qué alcance se encuentran protegidos (cuál es su contenido de atribución)? y ¿en qué casos y conforme a qué criterios se debe buscar la función de mero reequilibrio patrimonial o la finalidad preventivo punitiva (si ésta se acepta)?

Es cierto que Birks se plantea la restitución de la ganancia en el contexto de ciertos «ilícitos» dolosos o anti-enriquecimiento (aunque también lo haga en términos de conveniencia político-jurídica), por lo que podría decirse que él mismo no es ajeno a esa preocupación. Lo razonable de su propuesta reside en que se trata de supuestos «típicos» en los que se genera un derecho del demandan-

⁸³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 354. Por su parte, en el Derecho estadounidense se distingue según el demandado sea «*consciously tortious*» o no sea más culpable que el demandante; el primero queda obligado a restituir todo el beneficio obtenido (ilícitamente) a costa de la propiedad ajena, el segundo no. En el caso de una cueva explotada con fines turísticos que recorría parte de la finca colindante, el demandado pretendía pagar únicamente la renta por el espacio ocupado, esto es, el enriquecimiento que hubiera obtenido el titular de éste por ceder su uso, pero el Tribunal dijo que, como sujeto responsable de un *tort de trespass*, debía pagar un tercio de la ganancia, esto es, del primer subrogado. Parece que para defenderlo se apoyó en la mala fe del demandado pero, ¿y si hubiera sido de buena fe?

⁸⁴ BASOZABAL, X., «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *ADC*, 1997, pp. 1280 y ss.

te a obtener la ganancia del demandado por «dolo», «deslealtad», «difamación» u otros motivos que se consideren adecuados. Ciertamente, no se plantea como una medida general, pero se dejan sin respuesta satisfactoria los problemas de fondo: ¿Cuál es el título por el que el demandante merece recibir la ganancia? ¿Cuánto dolo –esto es, cuánto reproche– es necesario para activar la medida? Burrows plantea el conflicto en su justa crudeza: quien obtiene una ganancia cometiendo un ilícito no debería quedarse con ella; pero tampoco el que sufre el ilícito debería resultar enriquecido a costa de aquél. La solución técnicamente correcta pasa por que el Estado decomise la ganancia, pero esto no resulta posible en el juicio privado. Ante tal dilema su opinión es clara: enriquecer al demandante es siempre un mal menor respecto de dejar al demandado con la ganancia ilícita; y los principales fundamentos para apoyar la solución serían tanto la necesidad de protección de los derechos reales como la necesidad de disuadir de comportamientos torticeros⁸⁵. También G. Virgo se apoya en estos dos fundamentos para justificar que se retire la ganancia al intromisor; concretamente, le parece que se debería disuadir de los siguientes comportamientos: la violación de deberes propios de la relación fiduciaria, la conducta inmoral, ilegal o torticera, y las situaciones en las que el remedio indemnizatorio resulta ineficaz⁸⁶.

En su libro *Gain-Based Damages*, Edelman hace hincapié en que la restitución por «ilícito» se sirve de dos remedios o dos medidas de restitución que deberían distinguirse con mayor nitidez. La primera es la restitución del valor transmitido indebidamente desde el demandante hasta el demandado, que denomina «daño de restitución» (*restitutionary damages*) y se materializa en la «licencia razonable» como medida del daño. La segunda es la absorción de la ganancia obtenida por el demandado mediante la comisión de un «ilícito» contra el demandante, que él denomina «daño de absorción» (*disgorgement damages*) y se concreta en una rendición de cuentas que hace posible determinar la ganancia neta; se trata de una medida preventiva (todo o nada) que no permite distinguir en función del grado de reproche que merezca la conducta o del grado de competencia con que se obtenga la ganancia. La primera es una medida de justicia conmutativa, análoga al remedio facilitado por la acción de enriquecimiento injusto, que debería concederse siempre que se cometa un «ilícito» con el que alguien se apropia indebidamente de un bien ajeno. La segunda persigue disuadir de ciertos comportamientos cuando los «daños de restitución» no son ade-

⁸⁵ BURROWS, A., *The Law...*, cit., p. 662.

⁸⁶ VIRGO, G., *The Principles...*, cit., pp. 431 y 432.

cuados para hacerlo, lo que parece ocurrir en dos casos: cuando el «ilícito» es cometido dolosamente para conseguir una ganancia que excede del daño de restitución, y cuando se incumple una obligación fiduciaria⁸⁷.

Aunque reconoce lo valioso de la aportación, Burrows pone de relieve, por una parte, que la claridad con que Edelman separa uno y otro daño no se corresponde con el quehacer jurisprudencial, que no funciona con un esquema «todo o nada», sino que concede más o menos ganancia en función de ciertos factores, como el trabajo y la competencia del intromisor para obtenerla o el grado de reproche de quien cometió el «ilícito»; por otra parte, le parece que tampoco explica que en la protección de bienes inmateriales la restitución de la ganancia sea de hecho una medida no reservada exclusivamente a los supuestos de dolo o incumplimiento de relación fiduciaria⁸⁸.

5. EL ALCANCE DE LA RESTITUCIÓN

En el *common law* la pretensión de enriquecimiento injusto se dirige, en la primera medida, a recuperar el valor pecuniario del enriquecimiento obtenido (mediante el concepto de «devaluación subjetiva» se atiende la eventual necesidad de medir ese valor en términos subjetivos), y en la segunda, a recuperar el enriquecimiento sobreviviente o restante, entendiéndose por tal no solo «lo que quede de lo recibido», sino también «lo obtenido a cambio de lo inicialmente recibido». No se plantea especial dificultad cuando el demandado conserva lo recibido, lo ha destruido o consumido; el asunto se complica cuando se ha transformado, una o varias veces: se recibe un dinero con el que se compran unas acciones y con el valor de éstas se adquiere un coche. La tarea de identificar el enriquecimiento sobreviviente se conoce como «tracing»⁸⁹.

⁸⁷ EDELMAN, J., *Gain-Based...*, cit., pp. 65 y ss.

⁸⁸ BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 633 a 635.

⁸⁹ El «tracing» no es una operación sobre la posibilidad física de seguir la pista a ciertos bienes en sus subrogados, sino que consiste en una serie de reglas artificiales. Las reglas de «tracing» determinan cuándo un bien es total o parcialmente el sustituto de otro, de manera que pueda ser o no perseguido como éste, pero por sí mismas no confieren derechos. Las demandas para obtener la segunda medida no son muy comunes; además, las reglas de «tracing» son distintas según demandemos en «common law» o en «equity», que es un foro más flexible para aceptar que un enriquecimiento pueda sobrevivir en sus subrogados. Es clave distinguir según el enriquecimiento se haya mezclado o no en el patrimonio del demandado; para el *common law*, el dinero que se mezcla en el patrimonio del *accipiens* no es ya perseguible en sus subrogados (salvo que el propio receptor haya cometido una acción reprochable), por lo que normalmente la segunda medida se invoca acudiendo a reglas de equidad.

El «tracing» no debe confundirse con la cuestión sobre la naturaleza de la pretensión del demandante, aunque ambos asuntos se encuentren relacionados. El atractivo de acudir a la segunda medida suele estar no tanto en el alcance de la acción, como en su naturaleza, que puede ser obligacional o real. Durante tiempo se relacionó la reipersecutoriedad de los subrogados con una pretensión de carácter real y, por tanto, preferente en el concurso del *accipiens* frente a los acreedores ordinarios (condición que se pierde si se acude a la primera medida de la pretensión restitutoria y, por tanto, a una acción personal).

Burrows relata que hay dos explicaciones principales para justificar cuándo y por qué se conceden acciones reales para obtener la segunda medida, aunque reconoce que ambas llegan a conclusiones similares y compatibles tanto con el Derecho concursal como con la jurisprudencia. Para Birks⁹⁰ y Chambers⁹¹ –defensores de la primera explicación–, hay que preguntarse si el demandado ha llegado a tener en algún momento la propiedad exclusiva (*unrestricted beneficial ownership*) del enriquecimiento; si fuera así, no habría pretensión real para el demandante. Desde esta perspectiva, un «factor injusto» como «failure of consideration», que acontece por un evento sobrevenido, solo provocará un derecho personal a la restitución; por el contrario, otros «factores injustos» como «error», «ignorancia», «violencia» o «influencia indebida» pueden y suelen causar respuestas reales porque su «injusticia» es inicial y el demandante no ha llegado a perder la relación «propietaria/real» con lo que entregó. Según la segunda explicación, las acciones reales deberían reconocerse allí donde exista una analogía entre la posición del demandante por enriquecimiento injusto y la de un acreedor con una garantía que dé prioridad en el concurso, lo que dependerá de que el demandante haya asumido o no el riesgo de insolvencia del demandado⁹².

⁹⁰ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 376, 394 y ss. y 401. Si el demandante demuestra que no transmitió la propiedad de la cosa entregada (ni en derecho ni en equidad) hasta que la cosa perdió su identidad por mezcla, sucesiva transmisión, sustitución, etc., o que transmitió un título en el contexto de una relación de confianza asimilable al *trust*, tendrá una acción real sobre el enriquecimiento sobreviviente o restante. Con otras palabras, el demandante que demuestre suficiente «base propietaria», esto es, que retuvo u obtuvo la propiedad del enriquecimiento y que no la perdió sino por los hechos, valorativamente neutros, de mezcla o sustitución en el patrimonio del demandado, podrá ejercitar un derecho *in rem*.

⁹¹ CHAMBERS, R., «Resulting Trusts», en BURROWS, A. y LORD RODGER OF EARLSFERRY, A. (eds.), *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter BIRKS*, Oxford University Press, 2006, pp. 261 a 263.

⁹² BURROWS, A., *The Law...*, cit., pp. 174 y ss. El caso más claro de analogía con un acreedor sin garantía sería el del contratante ordinario en casos de incumplimiento, que carece de un derecho real para la restitución de lo que entregó por «failure of consideration» (p. 177). Sobre las críticas de Lord Millet, Virgo y Calnan al reconocimiento de acciones reales, véanse las pp. 182 y ss.

Cuando el demandante carezca de «base propietaria» suficiente sobre el enriquecimiento sobreviviente, tendrá un derecho *in personam* sobre la medida del enriquecimiento que reste o sobreviva y carecerá de prioridad frente a los acreedores ordinarios en el concurso del demandado; le puede interesar, por ejemplo, para eludir las excepciones que podrían oponerse a la primera medida. Ahora bien, si el demandado invirtió lo recibido y ha incrementado su valor, ¿sirve la segunda medida para pedir ese mayor valor en que se ha transformado el enriquecimiento inicialmente recibido? Hay una cuestión difícil en todos los casos en los que el enriquecimiento «sobreviviente» es superior al enriquecimiento inicialmente recibido (la segunda medida es superior a la primera): si el demandado recibió indebidamente un dinero, lo invirtió y consiguió 10 veces más, no hay un derecho real sobre esa ganancia, pero si se reconoce una acción personal sobre el enriquecimiento que sobrevive (segunda medida), ¿por qué no concederla también sobre aquello en que éste se ha convertido?⁹³.

Ayuda a entender que haya dos diferentes medidas el que cada una se pretenda mediante una acción de naturaleza distinta. Pero esto no explica por qué la acción personal para obtener la segunda medida podría convertirse en el modo de solicitar un subrogado que supera la medida del enriquecimiento inicialmente facilitado u obtenido. Tampoco resulta evidente que la pretensión de restitución deba extenderse habitualmente hasta el primer subrogado, más allá del valor del objeto entregado u obtenido. Una vez más, se echa en falta una reflexión sobre *por qué el subrogado forma parte del contenido de atribución del derecho del demandante*: si no se trata de indemnización ni de reintegración, debería aceptarse que es una medida punitiva, pero precisamente por ello parece razonable que no forme parte de una acción que no está preparada para ser un buen instrumento punitivo.

6. EXCEPCIONES (*DEFENCES*)

La última pregunta del esquema de la acción de enriquecimiento injusto gira en torno a las defensas o excepciones que puede oponer el demandado. La síntesis de Birks sería que el demandado debe poder oponer: que se ha quedado sin el enriquecimiento que ahora se le pide que restituya (a y b); que el demandante no puede o no está dispuesto a entregar lo que recibió a cambio de lo que

⁹³ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 401.

ahora exige (c); que el demandante incurrió en causa torpe (d); que el demandado está protegido por ser menor o incapaz (e); o que el demandado enajenó lo recibido a un tercero de buena fe (f). Desde una primera aproximación se observa que las circunstancias alegables como defensas no se encuentran en un mismo plano, ni son apreciables en todos los supuestos de enriquecimiento injusto —algunas solo se entienden en el contexto de un contrato que se liquida, otras desde la perspectiva unilateral de los pagos, anticipos, etc.—, ni protegen del mismo modo o medida: si las primeras defensas (a y b) consiguen que se restituya el enriquecimiento que sobrevive en el momento en que se ha de restituir, la segunda (c) evita la restitución hasta que el demandante esté dispuesto a corresponder en reciprocidad, la tercera (d) excluye la restitución, el menor y el incapaz restituyen en la medida de su provecho subjetivo (e) y, finalmente, el adquirente de buena fe plantea un problema distinto, el de dar al demandante la posibilidad de acudir contra el enriquecido mediato o remoto (f).

(a) *Estoppel*

El demandado debe poder alegar el error o falsa representación consistente en haber creído recibir un enriquecimiento al que tenía derecho y del que podía disponer, al menos cuando haya llegado razonablemente a esa creencia errónea (bien por la transmisión en sí misma considerada, bien por las circunstancias en que ésta se haya producido) y haya realizado alguna operación económica que le perjudica (lo ha regalado, ha regalado otra cosa por haberlo recibido, ha realizado un gasto que no hubiera hecho sin la recepción de ese enriquecimiento, etc.)⁹⁴.

⁹⁴ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 402 y ss. El punto de partida es que no parece razonable «hacerse ilusiones» sobre un enriquecimiento que uno no tiene por qué recibir, pues cada uno debería saber a qué tiene derecho. Sin embargo, la valoración es distinta cuando entre las partes existe una situación de desigualdad que hace que una confíe razonablemente en lo entregado por la otra: por ejemplo, si es el empleador/pagador el que tiene toda la información y la experiencia sobre lo que debe cobrar el empleado/receptor, parece razonable que éste haya desarrollado un hábito de confianza que le lleve a no cuestionar lo que recibe de aquél (piénsese en relaciones laborales, de asesoramiento financiero...). El demandado podrá probar que, por haber creído que el ingreso le pertenecía, tomó alguna decisión económica que le perjudica: gastó más de lo que hubiese gastado si no hubiese contado con ese ingreso «extra»; lo que no podrá alegar es haber realizado un gasto que hubiese tenido que hacer en todo caso. BURROWS añade (*The Law...*, cit., 3.^a ed., pp. 550 y 551) que el reconocimiento de la excepción de «cambio de posición» ha hecho que la importancia de la de «estoppel» haya disminuido significativamente; pero que hay motivos para seguir mencionándola, bien por su tradición dentro del «case law», bien porque se ha configurado como una excepción «todo o nada» frente a lo que ocurre con «cambio de posición», que es una excepción *pro tanto*. Aclara también que en la práctica es una excepción que se invoca exclusivamente en los pagos por error.

(b) Cambio de posición

Es una defensa similar al *estoppel* en la que no es necesario justificar una razonable falsa representación; basta con que el demandado demuestre que actuó en su propio perjuicio por haber confiado de buena fe en que podía disponer de lo recibido (por ejemplo, gastó más de lo que hubiera gastado). Es suficiente con que se aprecie buena fe subjetiva en el momento en que disminuye o se extingue el enriquecimiento⁹⁵. Birks vaticina que la excepción de «cambio de posición» irá a más, y en este como en otros puntos su opinión se ha demostrado clarividente.

(c) Restitución recíproca imposible

El demandado puede defenderse alegando que el demandante no puede restituir lo que recibió a cambio de lo que reclama. En el fondo se trata de evitar el enriquecimiento del demandante dando al demandado la posibilidad de oponer en compensación lo que él entregó⁹⁶. Hay que tener en cuenta que la excepción no prosperaría nunca si la restitución *in natura* imposible pudiera sustituirse por la restitución de su valor pecuniario⁹⁷. Por este motivo, si se admite la posibilidad de valorar en dinero la prestación recíproca y restituir en dinero lo que no pueda ser devuelto en especie, la defensa pierde prácticamente todo su interés⁹⁸.

⁹⁵ BURROWS explica (*The Law...*, cit., 3.ª ed., p. 525) que en *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd.* la Corte Suprema estableció que un cambio de posición realizado de buena fe debía constituir por sí mismo una defensa; Lord Goff dijo que la defensa debería estar a disposición de aquel cuya posición (patrimonial) haya cambiado de tal manera que sería de todo punto injusto hacerle restituir por completo lo inicialmente recibido. Birks (*An Introduction...*, cit., pp. 410 y ss.; 412 y 413) relaciona esta defensa con la lógica de la devaluación subjetiva: si tú mejoras mi coche por error y lo preparas para carreras, parece razonable que yo no tenga que pagarte por ello (salvo que tenga la intención de participar en carreras), aunque el coche valga más. Ahora bien, si yo te pido que mejores mi coche por haber recibido un dinero con el que no contaba, y ahora me lo exigen alegando que me lo entregaron por error, si se trata de un gasto que no me hubiese permitido de no haber recibido ese dinero extra, ¿por qué no darle el mismo tratamiento que al supuesto anterior? El primero es un caso de enriquecimiento impuesto consistente en una mejora de lujo o recreo en el que no se reconoce derecho a compensación (arts. 361 y 454 CC). En el segundo caso también hay un enriquecimiento impuesto pero, por tratarse de dinero, el *accipiens* no puede alegar que no se ha enriquecido; lo que se le permite alegar es que, por confiar en que lo recibido le pertenecía, ha tomado una decisión económica que le perjudica: ha hecho un gasto que no hubiera realizado de no haberlo recibido. Se le protege para que restituya en la medida de su enriquecimiento subjetivo: esa es la *ratio* de los artículos 1897 y 1899 CC.

⁹⁶ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., pp. 569 a 571.

⁹⁷ Con una norma como el artículo 1307 del Código Civil español la defensa carecería de sentido, lo que no hace sino despertar el interés por la justificación del artículo 1295. I CC, en sede de rescisión por lesión, que impide la invocación de la restitución de lo entregado cuando no se estuviere dispuesto o en condiciones de restituir a su vez lo que se recibió.

⁹⁸ Además, tampoco podría invocarse: a) cuando lo recibido por el demandado no proviene del demandante, o cuando sí proviene del demandante pero sin relación de reci-

(d) **Ilicitud**

La posibilidad de oponer al demandante que su pretensión de restitución se apoya en una causa torpe es bien conocida en todos los modelos del Derecho de Enriquecimiento injusto; el Código Civil español lo sitúa en la restitución de lo entregado en virtud de contrato con causa torpe (arts. 1305 y 1306 CC), cuya problemática específica plantea no pocos problemas, según la ilicitud sea de uno o ambos contratantes⁹⁹; otros códigos civiles –como el argentino o el italiano de 1942– lo tratan en sede de cobro de lo indebido.

(e) **Incapacidad**

Cuando el menor o incapaz demandado retenga aún una parte del enriquecimiento recibido, no hay argumentos de peso para impedir que lo restituya, aunque se le permita que alegue la defensa de «cambio de posición» para no restituir la primera medida (el enriquecimiento recibido) sino la segunda (enriquecimiento sobreviviente)¹⁰⁰.

(f) **Adquisición por tercero de buena fe**

No se trata aquí del tercero que colabora con un contratante para que éste incumpla en una relación contractual que le liga con otro (supuesto de intromisión en contrato ajeno al que ya hemos hecho referencia), sino de quien adquiere el enriquecimiento (a título oneroso o gratuito, de buena o mala fe) del *accipiens*, el pri-

procidad con aquello que recibió el demandado y se pide ahora que restituya; b) cuando el demandante no recibió ningún beneficio a cambio del enriquecimiento cuya restitución se solicita ahora; c) o cuando el demandante puede y está en disposición de restituir a su vez.

⁹⁹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 424 y ss. Si te presto un coche para que robes o secuestres y no me lo devuelves –hayas cumplido o no con el encargo–, a mi pretensión de restitución podrás oponer la excepción de «causa torpe». La medida más apropiada sería el comiso del coche –ni para uno ni para otro–, pero en ausencia de esa posibilidad al juez le quedan pocas opciones para evitar el enriquecimiento del demandado, cuando el demandante haya participado de la torpeza, como ocurre en el caso propuesto. Algo similar podría decirse del advenedizo que soborna a unos funcionarios para conseguir un título nobiliario: carece de derecho de restitución si aquellos no lo consiguen o ni siquiera lo intentan.

¹⁰⁰ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., pp. 432 y 433. En principio, una acción personal para recuperar la segunda medida debería tener siempre éxito. Sin embargo, cuando la acción personal persigue la primera medida (valor recibido) hay que distinguir entre enriquecimientos en especie y en dinero. Respecto de los primeros, el menor o incapaz solo debe restituir los «necesarios» o incontrovertidos (los gastos que hubiese tenido que hacer de todos modos), pues no podrá alegar que no le han enriquecido; si no lo son, será difícil que prospere la pretensión por la primera medida, aunque sí prosperaría por la segunda (valor sobreviviente). Los beneficios en dinero pueden reclamarse siempre por la segunda medida. No se puede exigir el cumplimiento (del contrato), pero sí la restitución del enriquecimiento obtenido según la segunda medida.

mer enriquecido o enriquecido inmediato. El *solvens* puede pretender perseguir el enriquecimiento demandando al tercer adquirente por la primera medida con una acción personal, o por la segunda con una acción personal o real. Por su parte, el tercero puede defenderse alegando su adquisición de buena fe. Cuando el adquirente es a título gratuito (un donatario) no podrá invocar la defensa pues, *ex hypothesi*, no ha dado nada a cambio; con todo, solo si es un *accipiens* de mala fe resultará deudor por la primera medida. Algunos ejemplos ayudan a profundizar en los conflictos típicos que pueden plantearse:

Si mi banco me ingresa por error 10.000 € y yo celebro mi buena suerte (quizá con cierta ligereza) regalándote mi coche viejo, puede decirse que te beneficias indirectamente del banco, pero no incurres frente a él en responsabilidad, ni tienes que restituir el coche. El banco tendrá una acción contra mí, y yo, que todavía no me he comprado un coche nuevo, tendré que devolverle los 10.000 € que aún conservo; la cuestión es si podré alegar que me he desprendido de buena fe de mi coche viejo sin recibir nada a cambio, pensando que lo recibido me pertenecía (cambio de posición)¹⁰¹.

Entre nosotros, el artículo 1897 CC suele interpretarse en clave de que el *accipiens* de buena fe debe restituir en la medida subjetiva de su enriquecimiento (con excepción de los frutos, que puede retener en todo caso según la doctrina mayoritaria), de modo que podrá alegar que lo obtenido no ha llegado a enriquecerle de forma efectiva (bien porque no ha ahorrado gastos, bien por concurrencia del supuesto de hecho del art. 1899 CC); parece que el supuesto del *accipiens* que retiene lo recibido pero, influido por ello, se deshace gratuitamente de otra cosa y se ve forzado a adquirir otra que la sustituya podría encajar aquí. En cuanto a la enajenación de la cosa por parte del *accipiens* de buena fe, el precepto se limita a decir que «si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo». La posición del enriquecido remoto (el que recibe del *accipiens*) dependerá de las reglas generales sobre protección de la apariencia jurídica. En todo caso, existe acuerdo en que si adquirió a título gratuito no obtendrá protección frente al *solvens*: el adquirente a título gratuito no debe estar más protegido que lo que estaba su transmitente –el *accipiens*– y, por tanto, deberá restituir al *solvens*¹⁰².

¹⁰¹ BIRKS, P., *An Introduction...*, cit., p. 439.

¹⁰² BASOZABAL, X., Comentario al artículo 1897 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil* (dir. por Domínguez Luelmo A.), Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 2043: «el *accipiens* de buena fe podrá alegar que lo obtenido no ha llegado a enriquecerlo de forma efectiva (bien porque el enriquecimiento ha desaparecido sin subrogado alguno, bien por-

Concluyendo el apartado de «defensas», conviene destacar que, aunque se presentan todas con el mismo grado de generalidad, en realidad cada una tiene su propio ámbito de aplicación y alcance. «Estoppel» y «cambio de posición» son defensas que se entienden en el contexto de los pagos indebidos¹⁰³, esto es, desde la perspectiva unilateral de los enriquecimientos pecuniarios e impuestos; que sean impuestos justifica la protección del *accipiens* y que sean pecuniarios dificulta que éste pueda alegar que no se ha enriquecido. Por el contrario, «restitución recíproca imposible», «ilicitud» o «incapacidad» solo se entienden en un contexto contractual. La última defensa plantea un problema de tres sujetos y complementa las dos primeras para el caso de que el *accipiens* haya enajenado lo que recibió, generando así la cuestión de si el *solvens* podrá dirigirse contra el tercero. Este es el motivo de que entre las defensas encontremos asuntos que el Derecho español tiene resueltos, en parte, en el derecho contractual, en parte, en la regulación de la *condictio indebiti*, etc. El propio Birks es consciente de la presentación algo «desordenada» de las defensas, presentación que mejoraría si se agruparan las que persiguen una finalidad común y se relacionara cada una con el supuesto de hecho en el que tiene encaje lógico y funcional.

7. PRIMERA VALORACIÓN

Cuando Andrew Burrows publica la primera edición de su manual (*The Law of Restitution*, 1993) solo había otros dos textos de Derecho inglés en la materia: los ya conocidos de Goff & Jones y Birks. Aproximadamente 20 años más tarde (la segunda edición del manual es de 2002), el panorama había cambiado notablemente: se habían sumado tres manuales más (Tettenborn, Virgo y McMeel), surgían las primeras obras de referencia en Australia y Nueva Zelanda, proliferaban las obras de carácter más práctico, los artículos y ensayos especializados, Francis Rose había creado la *Restitution Law Review* en 1993 y, en general, se apreciaba un interés creciente por el Derecho comparado en la materia, especial-

que el *accipiens* no ha ahorrado gastos, bien por concurrencia del supuesto del artículo 1899 CC). (...) En cuanto a la enajenación de la cosa recibida por el *accipiens* de buena fe, (...) existe acuerdo en que el tercer adquirente a título gratuito no se encuentra protegido frente al *solvens*».

¹⁰³ Dagan no encuentra lógico que todas las defensas se traten juntas, pues algunas no se entienden sino en el contexto de un «unjust factor» concreto; en su opinión, «cambio de posición» solo se entiende en el contexto de los «errores» (*The Law and Ethics of Restitution*, Cambridge University Press, 2004, pp. 32 y 33).

mente por el ordenamiento jurídico alemán¹⁰⁴. Los 90 fueron años de especial relevancia para el Derecho de Restituciones inglés. Por una parte, *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd.* (1991) vino a dar carta de naturaleza al *Law of Restitution* como sector autónomo dentro del Derecho privado; por otra, se sucedieron algunas resoluciones de la Corte Suprema en las que se quisieron ver indicios de que el Derecho de Restituciones inglés estaba modificando su modelo de «factores injustos» hacia un modelo más cercano al del *civil law* con su «ausencia de base».

Krebs relata en una significativa monografía de 2001 (*Restitution at the crossroads: a comparative study*) que las sentencias *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* (1994) y *Kleinwort Benson v Loncoln City Council* (1999), ambas sobre contratos de swap (sobre tipos de interés) concertados por entidades locales que se consideraron nulos, parecían haber dado un vuelco en la manera de valorar la injusticia del enriquecimiento. El autor toma la expresión que da título al libro de una frase de Lord Waller (JL) en *Guinness Mahon & Co Ltd v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council* (1999): el Derecho inglés de Enriquecimiento injusto está en la encrucijada y la elección es entre dos modelos diferentes de responsabilidad por enriquecimiento¹⁰⁵. En su libro, Krebs presenta argumentos en favor del modelo de «factores injustos» frente a la necesidad de acudir a un principio abstracto apoyado sobre la ausencia de una causa legal que fundamente el enriquecimiento. La reacción de Birks frente al estímulo de las sentencias swap fue muy distinta y quedó plasmada en su segundo y último texto fundamental, el *Unjust Enrichment* de 2003.

No resulta arriesgado afirmar que la estratégica posición de la obra de Birks dentro del panorama general del Derecho de Restituciones inglés la convirtió pronto en una referencia obligada. Por otra parte, resulta significativo que cuando sus primeras propuestas influían de manera decisiva en otros autores, él ya estaba preparado para cambiar de orientación. La segunda edición del manual de Burrows (2002) nos sirve bien para apreciar esta evolución. El autor aclara que «en este libro se parte de que el Derecho de Restituciones y el principio que veta el enriquecimiento injusto son dos caras de la misma moneda», siguiendo la conocida orientación de Birks; pero poco más adelante se ve obligado a advertir que «recientemente, Peter Birks ha abandonado ese automatismo o

¹⁰⁴ BURROWS, A., *The Law of Restitution*, 2.ª ed., London: Butterworths, 2002, pp. 3 y 4.

¹⁰⁵ KREBS, T., *Restitution at the Crossroads: a Comparative Study*, London-Sidney: Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 307.

cuadratura entre la restitución y el enriquecimiento injusto». En efecto, para entonces Birks había cambiado su opinión sobre las relaciones entre restitución (respuesta) y enriquecimiento injusto (evento) y se mostraba partidario de que, en el contexto de un Derecho privado dividido en sectores delimitados por eventos –*contrats, torts*–, el nuevo sector debía referirse también a otro evento autónomo –*unjust enrichment*– y no a una respuesta jurídica –*restitution*– que puede provenir de ese u otros eventos y causas de pedir¹⁰⁶.

Burrows reconoce que esta nueva aproximación tiene una lógica más elegante, pero no ve sus ventajas prácticas y le parece preferible mantener la correspondencia entre Derecho de Restituciones y Enriquecimiento injusto, de manera que el *Law of Restitution* siga ocupándose de todas las restituciones por enriquecimiento injusto en sentido amplio, provengan de contrato, ilícito, enriquecimiento injusto en sentido estricto u otra causa¹⁰⁷.

En cuanto a la cuestión de si el Derecho de Restituciones inglés se estaba transformando en un modelo de «ausencia de base» o «sine causa», o como prefiere llamarlo Burrows «injusto a menos que...», éste opina que ya entre los materiales de Goff y Jones se encontraba incoado ese otro planteamiento sobre la obligación de restituir: en lugar de que el demandante tenga que probar un «factor injusto» que avale la restitución, es el demandado –una vez el demandante haya probado que éste se ha enriquecido a su costa– quien debe probar que tiene un motivo (causa o base suficiente) para retener. La investigación del elemento «injusto» se transforma así en el estudio de las razones que desautorizan el punto de partida favorable a la restitución. Este modo de proceder no era desconocido en la jurisprudencia canadiense, una jurisdicción de *common law* (salvo en Quebec)¹⁰⁸, y desde luego resultaba más cercano a la tradición de los países de *civil law*, pero Burrows no encuentra motivos de peso para cambiar el modelo de los «factores injustos». Recela de que el punto de partida sea una especie de presunción de que los enriquecimientos son injustos a menos que haya razones para retenerlos, pues esto provoca un desplazamiento hacia el

¹⁰⁶ Birks defendió con vehemencia su postura tratando de influir en el planteamiento general del nuevo *Restatement* del ALI, a cargo del Profesor Kull, que éste planeaba denominar (como de hecho ocurrió) *Restatement* de Restituciones y Enriquecimiento injusto. A Birks le parece que esta mezcla de elementos heterogéneos (respuesta y evento) debería evitarse en todo caso. Véase «A Letter to America: The New Restatement of Restitution», *Global Jurist Frontiers*, 2003, Volume 3, Issue 2.

¹⁰⁷ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 2.^a ed., p. 6.

¹⁰⁸ Una vez probado que el demandado se ha enriquecido a costa del demandante, se seguirá la restitución cuando no exista una razón jurídica que justifique el enriquecimiento. Sobre ello, SMITH, L. D., «The Mystery of Juristic Reason», *Supreme Court Law Review*, 12 (2000), p. 211.

modelo del *civil law* que encierra peligros: hay que tener en cuenta que los sistemas de *civil law* cuentan con herramientas específicas para limitar las restituciones de las que carece el *common law*¹⁰⁹.

Tenemos, por tanto, un primer «modelo» de Birks (1983) que resulta esencial para entender cómo se organiza y explica el Derecho de Restituciones inglés en las últimas décadas del s. xx, y hay que reconocerle el mérito de haber proporcionado un mapa y unas claves de orientación que permiten situarse en el nuevo territorio. Además, pronto se plantea nuevos retos que abren una difícil cuestión de política jurídica: continuar con el modelo de los «factores injustos» o dejarse influir por un modelo más abstracto que gira en torno a la «ausencia de base». Esta significativa evolución es uno de los principales motivos que hacen de Birks el autor que mejor protagoniza el devenir del Derecho de Restituciones inglés en las últimas décadas.

8. LA SEGUNDA AVENTURA «BIRKSEANA»

Es mérito de Birks haber sido capaz de apreciar con especial acierto la evolución de un sector del ordenamiento jurídico en pleno desarrollo, como era y sigue siendo el «Derecho de Restituciones» (o de «Enriquecimiento injusto», como él prefiere), y haber sido especialmente sensible –en un lapso temporal relativamente breve, de 1983 a 2003– a los cambios que se iban produciendo, tanto en la jurisprudencia como en las ideas que la doctrina científica iba exponiendo sobre la fenomenología restitutoria, principalmente en estudios de Derecho comparado. El pensamiento del autor alcanza su madurez con el *Unjust Enrichment* de 2003¹¹⁰.

La finalidad de este trabajo ya no es sistematizar el *Law of Restitution* sino el *Law of Unjust Enrichment*. Birks explica que, en realidad, el éxito del Derecho de Restituciones estaba impidiendo que se reconociese sustantividad propia al Enriquecimiento injusto como evento autónomo que genera restitución. La gran ventaja de elevar el Derecho de Enriquecimiento injusto a categoría propia es que de este modo se consigue una mejor panorámica del Derecho privado como un todo dividido por eventos que generan responsa-

¹⁰⁹ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 2.ª ed., pp. 48 a 50.

¹¹⁰ BIRKS, P., *Unjust Enrichment*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 3 y ss. Se trata de la segunda edición, prologada por Burrows; Birks había muerto de cáncer el 6 de julio de 2004, a los 62 años.

bilidad¹¹¹. Las grandes líneas de su nueva propuesta son las siguientes:

La obligación de restituir puede surgir bien de un «ilícito», bien de un contrato, bien de una miscelánea de otros supuestos entre los que destaca *otro evento autónomo* que denominamos «enriquecimiento injusto». Cuando concurre un «enriquecimiento injusto», el motivo por el que nace la obligación de restituir no es ni el incumplimiento de un deber contractual ni el incumplimiento de un deber de cuidado, sino *la recepción de un pago por error*, que es el caso-tipo (Birks lo llama *core-case*) de referencia para todos los supuestos de enriquecimiento injusto.

La consecuencia de contar con un «*core-case*» (el pago por error) es que el Derecho de Enriquecimiento injusto estará integrado por los eventos o sucesos en los que se genera un derecho de restitución *con la misma lógica que en el supuesto de pago por error*; esto es, por los supuestos que se comporten y resuelvan como lo hace la *condictio indebiti*, lo que obligará a plantearse: qué otros «enriquecimientos» pueden tratarse como el dinero de un pago indebido, qué otras hipótesis bastan para entender que el demandado se ha enriquecido «a costa» del demandante, qué otras circunstancias comparables al «error» hacen que el enriquecimiento se considere «injusto». Desde esta perspectiva, la restitución de la ganancia obtenida mediante la comisión de un «ilícito» no es equiparable al pago por error de una deuda inexistente, pues no se puede decir que el *wrongdoer* se enriquezca a costa del demandante del mismo modo que el *accipiens* lo hace del *solvens* que paga por error; aquél se enriquece por violar un deber de cuidado que protege al demandante, cometiendo un «ilícito» y obteniendo con ello una ganancia, lo que está más allá de la lógica de la restitución de un pago por error. De este modo Birks separa los enriquecimientos «facilitados por el demandante» de los enriquecimientos «obtenidos por el demandado mediante ilícito». Aquéllos gozan de una lógica interna que no es compartida por éstos; éstos se quedan en el Derecho de Daños. Aunque se trate de una medida «coherente», la consecuencia es que separa del Derecho de Enriquecimiento injusto los supuestos de intromisión (tal y como habían sido tratados hasta entonces) y, como veremos, en el nuevo modelo de Birks el tratamiento de las intromisiones dentro del Derecho de Enriquecimiento injusto —esto es, al margen de un Derecho de Daños que hace restituir por la comisión de un *wrong*— será uno de los puntos para los que no ha encontrado una explicación adecuada.

¹¹¹ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 45.

Lo propio de este evento autónomo es que provoca una responsabilidad estricta (sin culpa del responsable) que «recoloca» un enriquecimiento existente (pretérito o presente) sin atender o preocuparse de los posibles daños consecuencia de la acción. Es un evento distinto y fundante cuya función es la «recolocación de una ganancia». Si «indemnizar» es un «recuperar» basado en la pérdida sufrida por el demandante, «restituir» es un «recuperar» basado en la ganancia obtenida por el demandado. En cuanto a su función, el «enriquecimiento injusto» da lugar siempre a una «restitución» y, por tanto, no trata de «indemnizar» ni de «castigar» (no se hace referencia a que la restitución de la ganancia puede ser punitiva)¹¹². Desde esta perspectiva, *cada caso de enriquecimiento injusto es «materialmente idéntico» al pago por error de una deuda no existente*. Esta operación exige una tarea no pequeña de interpretación y el autor acepta que una categoría (enriquecimiento injusto) formada en torno a un supuesto-base (cobro de lo indebido) tiene necesariamente límites algo descuidados o borrosos, pero acepta el reto.

La acción de «enriquecimiento injusto» sigue estructurada conforme al esquema de cinco preguntas ya expuesto¹¹³. Entre las principales novedades, algunas hacen referencia a que el enriquecimiento debe obtenerse «a costa» del demandante, y otras a que debe ser «injusto». Al explicar ahora cuándo puede entenderse que el demandado se ha enriquecido «a costa» del demandante, Birks señala que debería restituirse la ganancia obtenida por el demandado –por ejemplo, por el uso ilícito de un derecho o bien del demandante-¹¹⁴, pues se ha obtenido «a costa» de este. También es partidario de que la acción alcance al enriquecido «remoto» o «mediato», esto es, el que obtiene su enriquecimiento del primer *accipiens* o «enriquecido inmediato» (siempre que no pueda oponer la defensa

¹¹² BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 3 y ss.

¹¹³ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 39 y ss.

¹¹⁴ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 84 y 85. El autor vuelve sobre el conocido caso de la gruta explotada con fines turísticos que atraviesa la propiedad colindante a lo largo de un tercio del recorrido; el dueño de ésta demandó un tercio de la ganancia obtenida con la explotación y la sentencia se lo concedió. Con el *tort de trespass* se obtendría la restitución de la ganancia, pero lo que se pregunta Birks es si *el análisis alternativo del enriquecimiento injusto podría otorgar la restitución de la ganancia*; y entiende que, una vez se ha superado la necesidad de que exista un daño que se corresponda con el enriquecimiento, la respuesta debería ser positiva: el dinero obtenido gracias a la tierra del demandante se obtiene «de su propiedad» y, por tanto, «a su costa». Observa también que este podría ser un modelo con importantes implicaciones en el ámbito de las usurpaciones de propiedades inmateriales. Gergen advierte que esta opinión no se encontraba en el Birks de 1983, y que el Tercer *Restatement* solo admitiría la restitución de la ganancia si se trata de un *wrongdoer* («Self-Interested Intervention in the Law of Unjust Enrichment», en R. ZIMMERMANN (herausg.), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts. Tagung der privatrechtlichen Sektion der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Dresden*, September 2003, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2005, pp. 243 y ss., p. 252.

de adquisición de buena fe), pues se enriquece igualmente a costa de aquel¹¹⁵.

El giro es importante y no se encuentra suficientemente motivado, pues Birks concede ahora la ganancia como medida ordinaria de la acción de enriquecimiento injusto (esto es, con independencia de la comisión de un «wrong»), cuando parece claro que esa ganancia no es un enriquecimiento «facilitado por el demandante» (salvo en algún caso simple, como la restitución del precio de mercado del bien enajenado por el demandado). Decir que se ha obtenido «a costa» del demandante y que por eso debe restituirse no deja de ser una petición de principio, pues también el *accipiens* se enriquece a costa del *solvens* en el pago de lo indebido y los supuestos no son equiparables, como el mismo Birks pone de relieve. En todo caso, cabría plantearse qué parte de la ganancia se obtiene «a costa» del patrimonio del demandante (el valor de uso, por ejemplo) y qué parte a la iniciativa y pericia del demandado (explotación comercial del derecho ajeno); también podría concluirse que la restitución de la ganancia obedece a un motivo de política jurídica, pero pretender justificarlo en que se haya obtenido «a su costa» resulta insuficiente.

Las novedades más importantes se plantean en torno a cuándo puede considerarse «injusto» el enriquecimiento, pues Birks entiende que en este punto el Derecho inglés ha protagonizado *un cambio de paradigma*: el modelo de «factores injustos» (en el que introduce alguna novedad¹¹⁶) se ha transformado en un modelo de «ausencia de base» o «sine causa», a partir de los casos swap. En su opinión, las sentencias más significativas que resuelven estos casos no lo hacen ya desde el esquema de los «factores injustos» (motivos para restituir), sino desde el de las atribuciones «sin base»

¹¹⁵ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 73 a 98. Burrows propone que solo el enriquecido inmediato esté legitimado pasivamente, salvo en verdaderas y escasas excepciones: *The Law of Restitution*, 3.^a ed., London: Oxford University Press, 2011, pp. 69 a 85. El autor analiza los supuestos de «sustracción interceptiva» de Birks y las críticas a éste de L. D. Smith en «Three-Party Restitution: A Critique of Birks's Theory of Interceptive Subtraction», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11, n.º 4, 1991, pp. 481 a 519. Aún más restrictivo para la concesión de la acción contra el enriquecido remoto, TETTENBORN, A., «Lawful Receipt-A Justifying Factor?», *Restitution Law Review*, 1997, n.º 5, pp. 1 y ss.

¹¹⁶ Birks explica que inicialmente le pareció que había lugar, junto a los «factores injustos» con base en la intención frustrada del demandante, para una categoría de factores que tuvieran en cuenta la actitud del demandado: «recepción inconsciente» o «libre aceptación». Sin embargo, ahora explica (*Unjust...*, cit., p. 42) que introduce un pensamiento confuso y considera acertada la crítica de Burrows a la categoría («Free Acceptance and the Law of Restitution», *Law Quarterly Review*, 1988, vol. 104, pp. 576 y ss.; *The Law of Restitution*, 3.^a ed., 2011, pp. 334 a 339). En el fondo, a un enriquecimiento que resulta injusto por otro motivo, se le suma que el demandado es consciente de que es indebido, lo que hace innecesariamente complejo el supuesto restitutorio.

(sin motivo para retener lo obtenido), lo que obliga o exige una radical reorientación¹¹⁷.

La metamorfosis comienza en la década de los noventa con los primeros casos swap y se considera decisiva la sentencia *Hazell v Hammersmith & Fulham BC* (1990), en la que la Corte Suprema decidió que los contratos de swap (sobre intereses) realizados por entidades públicas locales eran nulos por no quedar dentro de los poderes de disposición de dichas entidades, lo que hizo que se consideraran *ultra vires*. Parecía que la propia regla *ultra vires* protegía a los municipios del riesgo asumido con esos contratos y hubiese podido constituir un «factor injusto» por motivo de política jurídica. Sin embargo, la sentencia distinguió los contratos que habían cesado en su eficacia respecto de los que ya se habían ejecutado por completo y estimó que el motivo de la restitución era, para todos ellos, la «ausencia de base» para retener el enriquecimiento, y para los swaps no totalmente ejecutados, además, la falta de reciprocidad contractual¹¹⁸.

Después de las sentencias swap el Derecho de Enriquecimiento injusto se encontraba ante el dilema de continuar con el enfoque «positivo» de los *unjust factors* (motivos por los que el enriquecimiento debe restituirse) o adoptar una nueva orientación «negativa» en torno a una causa que justifique la retención del enriquecimiento (si no hay motivo para que el enriquecimiento quede donde está, debería restituirse)¹¹⁹: ¿debe el demandante recuperar «porque no quiso enriquecer al *accipiens*» («factor injusto»: error), o «porque el *accipiens* no tiene título para retener el enriquecimiento» (le falta una causa que lo explique)? Inicialmente hubo algunos intentos de integrar la aproximación «sine causa» dentro del sistema de «factores injustos», como si se tratara de un factor más, pero Birks es tajante al defender que hay una «incompatibilidad categorial» entre el enfoque «sine causa» y la lista de «factores injustos»: ahora no hay que explicar por qué se ha de restituir, sino si hay justificación para que el enriquecimiento se quede donde está. Le parece que la respuesta jurídica que logra la doctrina de «ausencia de base» es clara y segura, y que volver a los «factores injustos» supondría un retorno «a la incierta metafísica del error». Treitel se mostró a favor del cambio y, en general, la nueva doctrina fue bien

¹¹⁷ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 41 y ss.

¹¹⁸ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 109. MEIER, S., «Restitución de pagos indebidos: «factores injustos» vs. «sine causa»», en DEL OLMO, P. y BASOZABAL, X., *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 212.

¹¹⁹ KREBS, T., *Restitution at de Crossroads...*, cit., p. 307.

vista por los autores familiarizados con el panorama de Derecho comparado¹²⁰.

La evolución de Birks es audaz: «ausencia de base» es ahora el único «factor injusto» en Derecho inglés. En la nueva propuesta, los «factores injustos» que antes se encontraban reunidos en torno a la ausencia, vicio o cualificación de la intención de enriquecer se reubican sin especial dificultad dentro de la nueva categoría de «ausencia de base». Sin embargo, los «factores injustos» procedentes de motivos de política jurídica no encajan con la misma facilidad. Con todo, Birks entiende que podrían seguir jugando un papel relevante como «defensas»; no en vano había adelantado que las defensas ganan protagonismo con la nueva orientación¹²¹.

9. LA NUEVA TIPOLOGÍA

Desde esta nueva perspectiva, todos los casos de enriquecimiento injusto son casos reconducibles al caso-tipo del pago por error y pueden dividirse en supuestos de enriquecimiento «participativo» y «no participativo». Este último es el enriquecimiento sobre el que el demandante no tiene ni ha tenido ningún control (esto es, supuestos de intromisión), por lo que es casi siempre un enriquecimiento «sin base».

El modo de tratar las intromisiones en Derecho comparado suele girar, bien en torno a lo «ilícito» o «antijurídico» de la conducta, bien en torno a si el derecho usurpado atribuye el uso y la explotación exclusivos a su titular. Considerar que las intromisiones son siempre supuestos de enriquecimiento sin base parece indicar que la restitución se justifica exclusivamente por lo «ilícito» de la conducta, pero esto es algo secundario en el contexto de una acción de enriquecimiento injusto que no gira en torno a un «ilícito», como la acción de daños; por otra parte, la perspectiva de la «antijuridicidad» suele ignorar la cuestión sobre cuáles son los derechos cuyo uso ilícito provoca la respuesta restitutoria. En algunos casos no hay duda, como cuando se usurpan derechos absolutos o derechos que conceden al titular el monopolio de explotación de su objeto; en otros la cuestión es menos clara: modos de hacer industriales o comerciales sin atribución exclusiva, secretos no patentados, posiciones competenciales no protegidas con la acción de enriquecimiento (art. 18 LCD), etc. Cuando la teoría de la dife-

¹²⁰ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 102 y ss. TREITEL, G., *The Law of Contract*, 11.ª ed., London: Sweet & Maxwell, 2003, 1058-60.

¹²¹ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 116.

renciación de Wilburg y von Caemmerer analiza los supuestos de enriquecimiento por intromisión pone el acento en el *contenido de atribución* del derecho usurpado: la cuestión sobre qué posiciones jurídicas cuentan con la protección del Derecho de Enriquecimiento se hace depender de ese dato objetivo: qué (facultades exclusivas) atribuye el derecho usurpado a su titular. Si se pone el acento en la conducta del intromisor, la cuestión gira en torno al reproche que ésta merezca y a la mayor o menor necesidad de disuadir de ella, quedando desdibujada la otra cuestión sobre cuáles son los derechos o posiciones jurídicas que deberían merecer la protección de la *condictio*. El asunto no es de matiz pues lo que está en juego es la función de la acción de enriquecimiento: ¿de qué se trata, *de reintegrar un derecho o posición jurídica con aquello que el ordenamiento jurídico atribuye a su titular*, o de reaccionar frente a determinadas conductas para evitarlas? La cuestión ha sido muy estudiada en el contexto de la *Eingriffskondiktion* alemana (doctrina del contenido de atribución frente a teoría de la antijuridicidad) y sobre ella tuve la oportunidad de pronunciarme en otro lugar¹²².

Volvemos a encontrar que los enriquecimientos no participativos –básicamente, los supuestos de intromisión– reciben un trato poco definido en la acción de enriquecimiento injusto plenamente independizada del Derecho de daños, pues falta una reflexión más detenida sobre qué es lo que se debe restituir, lo que remite a la cuestión sobre cuál es la función que el Derecho persigue al conceder la acción. Si se debe restituir «lo obtenido», podría tratarse tanto de «la ganancia» como del «valor (de mercado) de la facultad usurpada» (o «razonable licencia»); ahora bien, la restitución de una u otra persigue eventualmente funciones distintas: si se utiliza una melodía ajena sin consentimiento del titular y se comercializa con ella una canción pegadiza cuya explotación arroja importantes ganancias, la cuestión es si la acción de enriquecimiento debería restituir el valor de uso de la melodía (lo que se hubiese pagado para obtener una licencia de explotación) o la ganancia neta. En el primer caso, el Derecho se encarga de *reintegrar* el derecho usurpado; en el segundo, de *castigar* la acción ilícita (como podría no haber ganancia, la posibilidad de castigar dependerá de cada caso). Edelman acierta al hacer hincapié en la distinción entre esas dos medidas (licencia y ganancia) y funciones (restitución y disuasión), pero la acción de enriquecimiento injusto carece por ahora de una reflexión sobre cuándo aplicar una u otra (en función del supuesto de hecho –derecho violado– o de la conducta enjuiciada –grado de

¹²² Sobre la teoría de la antijuridicidad como fundamento dogmático de la *Eingriffskondiktion*, véase BASOZABAL, X., *Enriquecimiento...*, cit., pp. 54 y ss.

reproche-); la cuestión se salda con el argumento práctico de que entre dejar la ganancia a la «víctima» o al «wrongdoer» la mejor opción es siempre dársela a aquélla. Pero ahora es el *civil law* el que no se siente cómodo con la solución: no deja de ser una medida punitiva asegurable y transmisible en un ámbito que no le resulta propio.

Los enriquecimientos participativos (aquellos que ha facilitado el demandante: prestaciones, pagos, mejoras...) son más numerosos e importantes, y se dividen a su vez en «obligatorios» y «voluntarios». El enriquecimiento es «obligatorio» cuando el propósito del que lo suministra es extinguir una obligación (exista o no). Es «voluntario» cuando se lleva a cabo para causar o conseguir un resultado de manera que, si este no se logra, el enriquecimiento queda «sin base». Por guardar un cierto paralelismo con la clasificación propuesta en *An Introduction to the Law of Restitution*, las hipótesis de enriquecimiento «no participativo» se corresponden –a grandes líneas– con las de «enriquecimiento obtenido por el demandado mediante ilícito», y las del «participativo» con las del «enriquecimiento proporcionado por el demandante»; dentro de éste, el «obligatorio» se corresponde con el supuesto de «transmisión involuntaria/vicio/error de responsabilidad» y el «voluntario» con el de «transmisión involuntaria/cualificación»¹²³. La perspectiva parece ahora más estrecha y el propio Birks señala que los «factores injustos» agrupados antes en la categoría residual de «miscelánea» se encuentran ahora entre las defensas.

Hoy se sigue dando especial importancia a la distinción entre enriquecimientos facilitados (por el demandante) y obtenidos (por el demandado). El mismo Burrows, en una reciente contribución sobre el mejor modo de entender el requisito «a costa de», mantiene que la distinción entre enriquecimientos facilitados (participativos) y obtenidos (no participativos) guarda un claro paralelismo con la taxonomía de Wilburg/Von Caemmerer y facilita la manera correcta de entender, de manera distinta en cada caso, el requisito «a costa de». Ello le permite explicar mejor tanto los beneficios incidentales (por qué no deben dar lugar a la pretensión de enriquecimiento) como algunos conflictos triangulares, o la misma clasificación de los factores injustos¹²⁴.

Finalmente, Birks explica que la finalidad de su «tipología» es fundamentalmente expositiva (trata de asegurarse de que se atien-

¹²³ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 130 y ss.

¹²⁴ BURROWS, A., «At the Expense of the Claimant: A Fresh Look», Aportación al Congreso «The Global Futures of Unjust Enrichment», UCL, Faculty of Laws, 21 y 22 de abril de 2017, p. 14. Su terminología es algo distinta, pero coincide en lo sustancial con las categorías expuestas.

den los casos más importantes) e insiste en que la cuestión es siempre la misma: la ausencia de base que justifique la retención. El enfoque «sine causa» posee una genuina simplicidad. Así, (1) si el que enriquece se cree «obligado» a hacerlo, pero en realidad no existe la obligación que cree estar cumpliendo, el enriquecimiento carece de base; (2) y si el que enriquece persigue una determinada finalidad, y ésta no se obtiene, la base habrá fallado también; (3) y si el enriquecimiento se obtiene sin la participación del demandante (luego, sin su consentimiento), lo habitual es que carezca de base.

En los casos (1) y (2) la falta de base ha de combinarse con el criterio de «asunción de riesgo», esto es, con la posibilidad de que el *solvens* asuma el riesgo de no obtener nada a cambio ni derecho a restitución. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el músico callejero, en el que Birks encuentra una discutible «segunda voluntad»: quiere que se le pague por su música, pero asume que hará un «regalo» a los que no quieren corresponder; no puede afirmarse que estos se hayan enriquecido «sin base».

En el fondo late la cuestión de los «beneficios incidentales»: cuando yo enciendo la calefacción de mi apartamento, enriquezco al vecino de arriba que, en una cierta medida, ahorra parte de su gasto en calefacción; él se enriquece a mi costa, pero yo no tengo la posibilidad de evitarlo ni de «obligarle» a contribuir a mi propio gasto. No se trata de un enriquecimiento injusto. No hay derecho de restitución. Con todo, algunos modelos encuentran dificultades para denegar la pretensión de restitución, pues desde una perspectiva abstracta se trata de un enriquecimiento que carece de base. Birks propone que la causa de ese enriquecimiento es mi liberalidad: si se quieren libremente los efectos de la actividad principal (calentar mi apartamento), se quieren también los efectos incidentales, *aunque sean «menos» queridos*. Resulta inevitable «regalar» ese calor a mi vecino. Es distinto cuando el que actúa en beneficio de otro lo hace por obligación, como ocurre con el deudor solidario que paga la deuda común ante la intimación del acreedor: el deudor que paga tiene un derecho de reembolso y los otros deudores tienen obligación de contribuir. Aquél no ha querido beneficiar a estos, ni se trata de un regalo; el deudor liberado por el pago de otro no puede pretender quedarse con el enriquecimiento obtenido a costa de éste: no tiene base para retener¹²⁵.

La explicación que divide la voluntad del músico callejero resulta algo artificial, más propia de un sistema en el que el dogma de la voluntad estuviera aún vigente. En lugar de acudir a una ficti-

¹²⁵ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 158 y 159.

cia voluntad de regalar del *solvens*, parece más realista partir de que éste no puede exigir nada a quienes no quieran corresponder libremente, sencillamente porque corre el riesgo de no recibir nada a cambio; al fin y al cabo, es él quien impone a otros un enriquecimiento de difícil valoración sin haber llegado previamente a un acuerdo. Puede que nuestro músico haya asumido ese riesgo, pero en cualquier caso es el ordenamiento jurídico el que asigna el riesgo (principio de no imposición de enriquecimientos) con independencia de que el demandante lo haya asumido libremente.

El músico que toca por la calle no paga porque no debe y el deudor solidario paga porque debe. El supuesto es radicalmente distinto. Esto no impide que, si un viandante entrega unas monedas al músico, éste pueda quedarse con ellas: nadie negaría que existe una justa causa para retenerlas (art. 1901 CC; *soluti retentio*). También Birks le permite retenerlas, pero el motivo sería que no hay «factor injusto» para exigir su restitución. No siempre es todo tan sencillo: si yo pago más de lo que debo por contrato al cuidador que me atiende en los últimos meses de vida, ¿no está clara mi voluntad de beneficiarle, sea como donativo, sea como complemento salarial, sea como gratificación, etc.? ¿Podría el cuidador retener el incremento? En Derecho anglosajón la respuesta dependerá de que haya un «factor injusto» que avale la restitución; en Derecho español, de que concurra o no la causa justa para retener del artículo 1901 CC. Si mis herederos intentan que el cuidador devuelva el incremento por «influencia indebida», el Derecho inglés consideraría si concurre este «unjust factor» y el Derecho español, una vez más, si concurre causa justa para la retención (art. 1901 CC).

En cuanto al enriquecimiento no participativo (caso 3), se acepta que carece de base por haberse tomado de un patrimonio sin el consentimiento del titular de este. Otra cosa es decidir si solo se puede actuar contra el intromisor o también contra el tercero a quien éste haya enajenado. En *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd.* un abogado adicto a las apuestas tomó cientos de miles de libras de las cuentas de sus clientes y apostó en un casino. Aunque el caso tiene mayor complejidad, puede decirse que los jueces actuaron conforme al siguiente esquema: X roba el dinero de C y lo entrega gratuitamente a D. Para Birks, la respuesta restitutoria tiene la misma estructura que la del pago por error de una deuda inexistente. No hay que probar culpa ni los elementos de un «wrong» (en el caso *Lipkin* se descartó expresamente la posible existencia del *tort* de *conversión*). El casino no encontró protección porque su contrato era nulo y no pudo alegar ni la defensa de cambio de posición ni la

de adquisición de buena fe. Nada de esto le hubiese ocurrido al restaurante de lujo en el que ese mismo demandado hubiese gastado lo ilícitamente usurpado, pues aquí habría un contrato válido que protege su posición¹²⁶.

10. EL ALCANCE DE LA RESTITUCIÓN

En la *Introduction* de Birks hemos aprendido que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de Daños, el Derecho de Enriquecimiento injusto concede una acción personal para obtener la primera medida (valor pecuniario de lo recibido) y alternativamente una acción personal o real para obtener la segunda (bien el valor pecuniario del enriquecimiento restante, bien el enriquecimiento restante *in natura* o su subrogado). Siempre hay posibilidad de acudir a la acción personal, y aunque no ocurra lo mismo con la respuesta real, ésta es lo suficientemente ordinaria como para no poder considerarse excepcional¹²⁷.

Hay que tener en cuenta que durante tiempo la restitución del enriquecimiento sobreviviente u obtenido a cambio del inicial solo fue posible mediante una acción real sobre los «subrogados perseguibles» (*traceable substitutes*)¹²⁸. Sin embargo, el panorama cambia radicalmente en cuanto se acepta que el demandado (*accipiens* de buena fe) puede invocar la defensa de «cambio de posición», de manera que su responsabilidad queda limitada *al enriquecimiento que sobreviva en abstracto* en su patrimonio en el momento en que se le requiera de restitución¹²⁹. De este modo deja de ser necesario acudir a la segunda medida con una acción real para solicitar el enriquecimiento «restante». Por otra parte, si se trata de la nulidad o anulación de contratos con prestaciones recíprocas, resulta especialmente necesaria la posibilidad de sustituir la restitución *in natura* por la restitución de su valor pecuniario, pues si no fuese así y la pretensión de restitución del contratante que entregó dinero estuviera condicionada a que él pueda a su vez restituir en especie lo que recibió, su posición resultaría especialmente débil frente a la defensa de falta de reciprocidad¹³⁰.

¹²⁶ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 155.

¹²⁷ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 163.

¹²⁸ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 172.

¹²⁹ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 173.

¹³⁰ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 174 y ss. Hoy es posible sustituir la restitución en especie de lo recibido por la restitución de su valor pecuniario en casos de liquidación por nulidad o anulabilidad del contrato. En *Mahoney v Purcell* se enfrentaban las partes de una compraventa anulable por influencia indebida en la que el comprador había obtenido un precio especialmente bajo; el vendedor impugnó el contrato y se le concedió la restitución

A grandes rasgos, antes de los casos swap se reconocía un derecho real sobre el enriquecimiento cuando la falta de base era inicial (el demandante tuvo en todo momento una pretensión restitutoria), y se negaba cuando la falta de base era sobrevenida (por un tiempo, corto quizá, el demandado había tenido el enriquecimiento a su disposición)¹³¹. Sin embargo, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* (1994) decidió, y las demás sentencias swap la siguieron, que el demandante que reclama lo que entregó en cumplimiento de un contrato nulo no tiene un derecho real para recobrarlo, sino meramente personal, y eso aunque se tratara de un supuesto de falta de base inicial. A partir de aquí, algunos autores se mostraron partidarios de excluir la respuesta jurídico real como posible respuesta en casos de enriquecimiento injusto, influidos probablemente por el Derecho continental, que en este punto es unánime¹³².

Sin embargo, para Birks el Derecho inglés no debería desprenderse tan fácilmente de su tradición en favor del reconocimiento de respuestas «reales» para algunos supuestos de enriquecimiento injusto. El autor reconoce que una aproximación «unitaria» al «enriquecimiento injusto» como enriquecimiento «sin base» parece reclamar una respuesta «unitaria» también, pero le parece que hay dos notas en Derecho inglés que no podrían «suprimirse» sin más por la actividad jurisprudencial: que la ausencia de base puede ser inicial o sobrevenida, y que el demandante debe poder hacer valer su interés real sobre la cosa originariamente recibida o sobre el subrogado de ese bien originario. Es verdad que una solución «unitaria» hace el Derecho más sencillo, pero a costa de algunas cuestiones importantes que no se deberían obviar, como los privilegios en caso de insolvencia: los titulares de derechos reales son preferidos a los acreedores ordinarios, y en absoluto resulta evi-

no de las acciones que entregó (el juez May entendió que, por la evolución de la empresa, no era posible la restitución en especie), sino de la diferencia entre el precio que recibió y el valor real que tenían las acciones cuando se vendieron, muy superior a aquél y al que tenían cuando se impugnó el contrato. Desde esta perspectiva, la acción personal por enriquecimiento injusto se dirige al valor abstracto del enriquecimiento en el patrimonio del *accipiens* (pp. 177 y 178).

¹³¹ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 183. El tipo de respuesta real puede ser también distinto. Un modo de «restituir» el enriquecimiento injusto es convertir al enriquecido en fiduciario del demandante, a quien se reconoce la propiedad en «equity», por lo que éste puede exigir de aquél que «restituya» el enriquecimiento a su voluntad. Si la propiedad no se ha transmitido al enriquecido, en realidad no se «restituye» nada, pues no ha salido del patrimonio del demandante; ahora bien, si lo entregado es dinero y se usa para comprar – por ejemplo– un cuadro, el Derecho no convierte al propietario del dinero en propietario del cuadro, aunque sí podría darle un derecho *in rem* para que lo haga suyo.

¹³² BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 180. Es el caso de SWADLING, W. J., que aplaude esta evolución por motivos de política jurídica, no de lógica: «Property and Unjust Enrichment», en HARRIS, J. W., *Property Problems: From Genes to Pension Funds*, The Hague: Kluwer, 1997, p. 130.

dente que los bienes que nunca debieron transferirse al *accipiens* insolvente tengan que estar a disposición de los acreedores ordinarios de éste. En cualquier caso, parece razonable que las cuestiones de Derecho concursal se dejen al legislador.

Si la ausencia de base es inicial, el reconocimiento de respuesta real ofrece mayor coherencia con el sistema concursal, también después de las sentencias *swap*, y para quitar importancia a que éstas se pronunciaran en contra de la respuesta real, Birks llama la atención sobre el hecho de que en esos casos no se planteó ningún problema concursal, por lo que no se podían interpretar en el sentido de haber querido introducir novedades en este ámbito. Si la ausencia de base es sobrevenida, no habrá respuesta real (salvo que lo transferido no se hubiese mezclado en el patrimonio del enriquecido)¹³³.

En definitiva, Birks concluye que hay buenos motivos en favor de mantener la respuesta real, especialmente porque los enriquecimientos injustos *que nunca han estado a disposición del enriquecido no deberían quedar a disposición de los acreedores ordinarios de éste*; si se quiere cambiar esto habría que hacerlo con otra seguridad, propia del legislador, no de los jueces.

11. EXCEPCIONES (*DEFENCES*)

En líneas generales, un modelo «sine causa» hace que sea más fácil que prospere la pretensión de enriquecimiento injusto y, en consecuencia, que sea más importante el papel que juegan las excepciones del enriquecido. Birks tiende a simplificarlas e introduce algunas novedades¹³⁴.

«Desenriquecimiento» es el nombre de la defensa que aúna las defensas de «estoppel» y «cambio de posición». Salvo que el demandado se haya hecho merecedor de un reproche que le impida utilizar esta defensa, su responsabilidad por enriquecimiento injusto debería limitarse o extinguirse en la medida en que el enriquecimiento haya menguado o desaparecido, siempre que el motivo de la disminución o desaparición sea precisamente el haber confiado en poder disponer del mismo (no prosperaría la defensa por un gasto necesario). El demandado no podrá alegar la defensa cuando incurra en una actitud que lo descalifique, como cuando haya actuado «de mala fe»; de este modo, no hay riesgo de hacerle responder «objetivamente» por un enriquecimiento que ya no está en

¹³³ BIRKS, P., *Unjust....*, cit., p. 185.

¹³⁴ BIRKS, P., *Unjust....*, cit., pp. 205 y ss.

su patrimonio, pues para negarle la defensa hay que hacer un juicio de imputación subjetiva: quien sabe que no tiene derecho a retener no debería poder disminuir su responsabilidad mediante un «desenriquecimiento» voluntario¹³⁵. En *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd*. Lord Goff mantuvo que la excepción es solo para los que actúan de buena fe. De este modo, se armoniza el interés en la seguridad de las recepciones y el riesgo de que disminuyan las transacciones por el peligro de imprevisibles demandas de enriquecimiento injusto.

Frente al protagonismo de la defensa de «desenriquecimiento», pretender que el demandado pueda oponer que el demandante ha mitigado su empobrecimiento, esto es, pretender que existe una excepción de «desempobrecimiento» parte de una premisa falsa, pues el demandante no tiene por qué haber sufrido una pérdida para que prospere la acción. En el contexto de la pretensión por enriquecimiento injusto, «desempobrecimiento» no debe considerarse una defensa¹³⁶.

Entre las defensas relacionadas con que el enriquecimiento sea «injusto» se propone una clasificación con categorías nuevas. En primer lugar, Birks trata de las defensas encaminadas a evitar el enriquecimiento injusto del demandante, entre las que destaca la conocida defensa de «falta de reciprocidad» en la restitución de lo intercambiado¹³⁷. En segundo lugar se sitúan las defensas que evi-

¹³⁵ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., pp. 218 y 219. Otra cuestión es la que plantea cómo debería medirse esa mala fe, si con parámetros subjetivos u objetivos. Y aunque podría parecer más lógico utilizar el parámetro de un comportamiento objetivamente deshonesto, por la mayor seguridad que proporciona una referencia objetiva, la conclusión del autor es que la defensa debe entenderse en términos más generosos: que entre implicados de buena fe (subjetiva) el demandante corra con el riesgo de que el demandado pierda el enriquecimiento es perfectamente compatible con que aquél tenga una acción que no depende de la culpa de éste ni tiene en cuenta su propia negligencia. El autor menciona también que en Nueva Zelanda se ha intentado repartir la responsabilidad en proporción a la culpa de las partes y destaca que los resultados han resultado arbitrarios, pues la negligencia del *solvens* en el pago y la del *accipiens* en el desenriquecimiento son, en verdad, inconmensurables.

¹³⁶ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 221. Dice BURROWS (*The Law of Restitution*, 3.ª ed., cit., pp. 614 y 615), tratando de la defensa de «passing on» (equiparable a la de «desempobrecimiento»), que hay dos argumentos principales contra esta defensa que pesan más que los posibles argumentos a favor. El requisito «a costa de» no necesita que el demandante haya sufrido un daño, de aquí que no tenga sentido una defensa por evitar un daño al demandante. Un segundo argumento es que no resulta convincente mantener que de negarse esta defensa al demandado el demandante experimentaría un enriquecimiento injustificado, puesto que esto último dependerá del modo en que haya desaparecido o se haya evitado ese daño por la prestación de un tercero y de la relación que ligue a éste con el demandante.

¹³⁷ BIRKS, P., *Unjust...*, cit., p. 230. Es la sede elegida para plantear el siguiente caso: unos Grandes Almacenes habían cobrado más IVA del debido por algunos productos y reclamaron al fisco la restitución de lo pagado de más; se denegó la pretensión alegando que la restitución de la diferencia entre lo que ingresaron y lo que hubieran debido ingresar supondría un enriquecimiento injusto para ellos, puesto que como intermediarios en la gestión del impuesto ya habían repercutido ese IVA (exceso incluido) entre los clientes.

tan que la concesión de una pretensión de restitución contradiga la *ratio* o finalidad de otras instituciones jurídicas, como la cosa juzgada, la protección del *accipiens* de buena fe, la prescripción o el retraso desleal. En tercer y último lugar aparece una miscelánea de defensas que aglutina los factores injustos que no habían quedado comprendidos en la nueva tipología: aquí aparecen las defensas de «adquisición por tercero de buena fe», «ilicitud», «incapacidad», «defecto formal» (invocar la falta de formalidades para eludir la pretensión nacida de un contrato; figura típica del «abuso por defecto formal» en el seno del principio de buena fe) y el «cumplimiento de una obligación natural» como causa de *soluti retentio*. Son defensas conocidas, aunque el autor profundiza con ejemplos que ayudan a comprenderlas mejor¹³⁸.

Birks reconoce que la presentación del panorama general de defensas no resulta especialmente ordenado o conforme a un cierto sistema, pero le parece suficientemente completo para asegurar que el Derecho de Enriquecimiento injusto conserve su flexibilidad, también bajo la perspectiva de la «ausencia de base». Las excepciones son la «herramienta» que da estabilidad/flexibilidad a un sistema que concede la acción restitutoria con mayor facilidad, por lo que es importante considerarlas en su conjunto para tener una visión global del panorama restitutorio: el peso de la tercera pregunta (sobre cuándo el enriquecimiento es «injusto») se ha desplazado parcialmente a la quinta (sobre las defensas oponibles). Lo cierto es que conociendo las reflexiones de Birks sobre las defensas uno se sitúa sin dificultad en cualquiera de los manuales sobre la materia, aunque cada autor añada algún matiz. Por ejemplo,

¹³⁸ Así, en la protección de terceros de buena fe, junto a numerosos supuestos claros hay también algunos que pueden despertar dudas: si A toma dinero de B y lo gasta en un hotel de lujo, la posición del hotel no resulta atacable por mucho que se trate de gastos de lujo. La excepción es absoluta; no se puede alegar que esas prestaciones hubiesen sido más baratas en otro establecimiento. Si A recibe ese dinero de B por error de éste, la posición del hotel resulta igualmente inatacable; otra cosa es que A pueda esta vez oponer a B que ha gastado de un modo que no se hubiera permitido. Sin embargo, como se ha visto más arriba, si A toma dinero de B y lo gasta en un casino, la posición de éste resulta más débil, porque el contrato de juego es nulo, lo que dio pie a que los jueces trabajaran con el siguiente esquema: A toma dinero de B y lo entrega sin título válido (o con título gratuito) a C: C está obligado a restituir a B.

Las atribuciones con causa torpe plantean también diferentes hipótesis, más o menos complejas: si C da dinero a D para que ponga una bomba en un avión, la pretensión de C para recobrar lo entregado fracasará: *ex turpi causa non oritur actio*; pero cuando el que demanda restitución haya consentido en la «ilicitud» bajo presión, o por error, la defensa del demandado puede ser menos clara. Los contratantes «inocentes» en contratos con causa torpe no pueden acudir al remedio contractual, pues no es posible exigir el cumplimiento de un contrato ilícito, pero no se les debería negar la pretensión de restitución de lo que entregaron: permitir que un inmigrante ilegal demande el cumplimiento de su contrato de trabajo –nulo– burlaría la prohibición de contratarlo, pero negarle también una acción no contractual para que se le restituya el valor de su trabajo sería dejar la puerta abierta a la explotación de un colectivo especialmente vulnerable.

Burrows y Virgo tratan de las excepciones que surgen en el contexto de la representación; y además, Virgo separa las defensas generales (*estoppel*, cambio de posición, despobrecimiento, ilicitud, incapacidad, prescripción y retraso desleal, defensas relacionadas con la representación) de algunas defensas específicas que solo concurren en supuestos concretos, como sería la defensa de «contraprestación suficiente» en los casos de error, o la de «adquisición de buena fe» en relación con las acciones reales de restitución¹³⁹.

12. VALORACIÓN FINAL

Desde 2003, año en que deteníamos nuestra historia para analizar con pormenor la aportación del segundo Birks, el interés por la materia ha seguido creciendo. Baste mencionar la aparición del Libro VII del «Draft Common Frame of Reference», a cargo del *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, sobre «Enriquecimiento injustificado», el Borrador de Código de Derecho escocés de Enriquecimiento injusto, a cargo de Eric Clive, la publicación en 2011 del *Restatement Third, Restitution and Unjust Enrichment*, del ALI, a cargo de Andrew Kull¹⁴⁰ o, finalmente, la propuesta de un Proyecto de *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, presentado en 2012 y coordinado por Burrows.

Para apreciar lo que ha ocurrido en la primera década del nuevo siglo bien puede servirnos la tercera edición del manual de Burrows (2011), que tampoco ahora sigue a Birks, ni en la idea de sustituir el «Derecho de Restituciones» por el «Derecho de Enriquecimiento injusto» ni en el abandono del modelo de «factores injustos». Además de mencionar que los cursos universitarios y manuales son de Derecho de Restituciones y no de Derecho de Enriquecimiento injusto (en particular, incluyen el estudio de los enriquecimientos por «ilícito»), opina que sigue sin encontrar un motivo de peso por el que las cosas deban cambiar; por el contrario, aprecia razones claras para no hacerlo: en primer lugar, porque la restitución de enriquecimientos injustos por «ilícito» sigue sin entenderse bien, por lo que es mejor explicarla junto a (y en contraste con) la restitución de enriquecimientos injustos en sentido estricto (no provenientes de contrato ni de daño); en segundo lugar, porque muchos jueces y autores usan el lenguaje del Derecho de Restituciones para referirse no solo a la restitución por enriquecimiento injusto (en

¹³⁹ VIRGO, G., *The Principles...*, cit., pp. 665 y ss.

¹⁴⁰ BURROWS, A., *The Law ...*, cit., 3.^a ed., pp. 3 a 9.

sentido estricto) sino también a la restitución por «ilícito»; en tercer lugar, porque hay cuestiones comunes que parece lógico plantear para ambos tipos de enriquecimiento, como la naturaleza –real u obligacional– de la pretensión restitutoria; y en último lugar, porque siempre hay supuestos limítrofes entre un tipo y otro de enriquecimiento¹⁴¹.

En cuanto a la «acalorada cuestión» sobre si el Derecho inglés debería cambiar desde el tradicional enfoque de los «factores injustos», propio del *common law*, hacia el del *civil law* con su «ausencia de base» para resolver la cuestión del injusto, a Burrows le parece que después de la publicación del *Unjust Enrichment* de Birks –su «conversión» hacia una cierta versión del modelo de «ausencia de base»– el debate ha tomado una dimensión completamente nueva y se ha convertido en uno de los asuntos centrales de la materia. El autor opina que aunque algunas sentencias swap (especialmente *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council* –1994– y *Guinness Mahon & Co Ltd v Kensington and Chelsea Royal London Borough Council* –1999–) se refirieron *obiter* a cierta «ausencia de base» como fundamento de la restitución, entendiéndola probablemente como un «factor injusto», no puede considerarse que supusieran el abandono del modelo de «factores injustos» en favor de otro modelo que gira en torno a la «ausencia de base». Le parecen decisivas las palabras de Goff en *Woolwich Equitable Building Society v IRC* (1993), acerca de que el Derecho inglés no ha desarrollado un principio que garantice la restitución por el mero hecho de que el enriquecimiento *no se debía*: «nuestro Derecho pudo haberse desarrollado para reconocer una *condictio indebiti*, *por no deberse lo entregado*, pero no lo hizo»; y cita algunas sentencias de la Corte Suprema, posteriores a las mencionadas *Westdeutsche* y *Guinness*, que han vuelto a apoyarse en el modelo de los «factores injustos», continuando así la labor de limitar la restitución con la necesidad de identificar un motivo relevante para provocarla¹⁴².

En *Deutsche Morgan Grenfell v IRC* (2006), Lord Hoffmann y Lord Walker trataron abiertamente de la cuestión planteada por Birks en torno al cambio de modelo. Para Hoffmann, la Corte Suprema no tiene ninguna necesidad de pronunciarse sobre la cuestión del fundamento de la responsabilidad por enriquecimiento; Walker duda abiertamente de que sea el momento adecuado para decidir si el Derecho de Enriquecimiento injusto debería apoyarse sobre un principio altamente abstracto, distinto y distante

¹⁴¹ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., p. 12.

¹⁴² BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., p. 97.

respecto de la doctrina ya establecida en el *common law*, pero reconoce haberse dejado seducir por él, de manera que sería apropiado considerar su recepción en un futuro. Burrows concluye que la Corte Suprema no ha cambiado de modelo, por ahora, aunque haya dejado abierta la posibilidad de apreciar la conveniencia de hacerlo más adelante. Por su parte, las cortes menores han continuado utilizando explícitamente el modelo de los «unjust factors»¹⁴³.

Graham Virgo critica las sentencias swap y la «ausencia de base» como causa de restitución. En su opinión, la ausencia de base es un síntoma, pero la razón de ser de la restitución es la falta de capacidad para contratar de una de las partes, los municipios. Es probable que en la mentalidad continental sea suficiente –para justificar la restitución– que no se deba lo entregado, pero esto no basta en el modelo anglosajón; hay que completar la frase: no se debía porque se pagó por error, porque se entregó por intimidación, porque se pagó en cumplimiento de un contrato nulo, porque se entregó en previsión de un contrato que no llegó a existir, etc.¹⁴⁴. Claro que estos motivos materiales no son desconocidos por el modelo del *civil law*, lo que ocurre es que quedan a la sombra del dato principal (si hay o no causa para retener), salvo el más importante de ellos, el error, que juega un papel distinto según haya evolucionando en cada ordenamiento (algunos lo exigen, otros lo presumen, otros no lo requieren pero aceptan la excepción de que el *solvens* sabía que no estaba obligado a entregar; finalmente, otros no lo requieren y reducen la excepción a la posibilidad de invocar la doctrina de los actos propios).

Al analizar el nuevo modelo birkseano, Burrows encuentra que las «bases» que justifican el enriquecimiento son: una obligación válida (contractual, legal u otra), un *trust*, una entrega gratuita o una prestación contractual anticipada (sin contrato aún); y denuncia que no se trate de categorías propias del Derecho de Enriquecimiento injusto, de manera que la cuestión sobre el «injusto» pasa a depender de categorías jurídicas que se encuentran fuera de éste, como ocurre en el *civil law*. Concluye que las soluciones a las que se llega con ambos modelos son prácticamente las mismas, que no se puede decir que el modelo de Birks sea más elegante y fácil de aplicar, y que no hay razones claras para abandonar un sistema por otro, teniendo también a la vista el no pequeño trastorno que supondría el cambio. Con todo, concede que el modelo de Birks se podría utilizar como «contrapunto» para «chequear» los casos nuevos o más difíciles; con el doble «test» –«factores injustos» y «sine

¹⁴³ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., p. 98.

¹⁴⁴ VIRGO, G., *The Principles...*, cit., p. 121.

causa»— se tendría una visión completa del conflicto y se ayudaría al desarrollo del *common law*¹⁴⁵.

Krebs había llamado la atención sobre la dificultad de importar soluciones jurídicas alemanas argumentando que incluso una regla concreta que parezca *a priori* fácil de trasplantar «es parte de un sistema de Derecho privado que parte de que la palabra «nulo» implica consecuencias restitutorias automáticas», por lo que es fundamental que el trasplante tenga en cuenta el modo de funcionamiento de cada sistema y sus consecuencias¹⁴⁶. Comentando a Krebs, Ch. Mitchell observa que los Tribunales ingleses deberían pensarlo más antes de desplazar el Derecho de Restituciones hacia otro modelo, conforme a las líneas del Derecho alemán; y ello porque el modelo alemán de «Enriquecimiento injustificado» tiene sentido dentro del contexto del Derecho de Obligaciones alemán, en el que encontramos reglas —por ejemplo, en materia de restitución por impugnación del contrato— que no tienen paralelo en el Derecho inglés; primero habría que considerar las consecuencias «restitutorias» que tendría el mencionado desplazamiento y solo después, en su caso, cabría valorar su posible aceptación o influencia¹⁴⁷. Otro ejemplo importante de continuidad con el modelo de «unjust factors» es el del Tercer *Restatement*, en el que el profesor Kull propone su propia versión. En ella encontramos novedades, como una nueva familia de supuestos que ha agrupado bajo la denominación de «intervención en interés propio»¹⁴⁸.

G. Virgo opina que se trata de encontrar un camino intermedio entre la función formal o equitativa (propia de un principio general de justicia) y la función material o normativa (prescriptiva, propia de la aproximación «sine causa») del principio de enriquecimiento

¹⁴⁵ BURROWS, A., *The Law...*, cit., 3.ª ed., pp. 100 a 114.

¹⁴⁶ KREBS, T., *Restitution...*, cit., p. 309. El autor vuelve a pronunciarse a favor del sistema de «unjust factors» en «In Defense of Unjust Factors», en JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R. (ed.), *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, pp. 76 y ss. MEIER, S., *Restitución...*, cit., p. 213: «El argumento principal contra el modelo de «ausencia de base» o contra un modelo que justifique la restitución en la nulidad del contrato (como había hecho el Tribunal Supremo con el «factor injusto» de «ausencia de base» en los casos de swap), es que en Derecho inglés la nulidad del contrato no supone automáticamente la restitución de lo que las partes hubieran intercambiado».

¹⁴⁷ MITCHELL, CH., Recensión a cuatro libros sobre Enriquecimiento injusto, entre ellos, *Restitution at the Crossroads: a Comparative Study*, de Thomas Krebs, en *The King's College Law Review*, 14, 2003, p. 296.

¹⁴⁸ Una breve aproximación en GERGEN, M. P., «Self-Interested Intervention in the Law of Unjust Enrichment», en JOHNSTON, D. y ZIMMERMANN, R. (ed.), *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, pp. 243 y ss., especialmente 248 y ss. Desde la peculiar perspectiva de este trabajo, Gergen llega a la conclusión de que el sistema de Birks resuelve mal los supuestos de «intervención en interés propio», como ocurre con la *negotiorum gestio*, que sin embargo no trata de explicar. Eso le lleva a tener que forzar algunos conceptos, como el de «atribución gratuita», «compulsión» o «asunción de riesgo» (pp. 254 a 257).

injusto. Al autor le parece razonable que la manera de aplicar el principio no constriña excesivamente la concesión de acciones de restitución para poder adaptarlo a una realidad cambiante; pero también que esta adaptación debería partir de los supuestos típicos, más que de una vaga referencia a la justicia del caso. Tan necesario es que se vayan reconociendo nuevos «factores injustos» y que los existentes se vayan reinterpretando cuando haga falta, como que el desarrollo parta de los «factores injustos» existentes. Y sugiere, ya desde una perspectiva práctica, que para hacer efectivo el principio de enriquecimiento injusto sea necesario que la demanda invoque alguno de los «factores injustos» reconocidos¹⁴⁹.

Creo que ahora se comprenderá mejor la idea de que conocer bien la aportación de Birks proporciona una base sólida para comprender y apreciar correctamente el fundamento y la evolución del Derecho inglés de Restituciones y de Enriquecimiento injusto. Su análisis y el conjunto de opiniones que lo analizan y critican proporciona un panorama adecuado para valorar lo que ha ocurrido y está ocurriendo en el debate anglosajón sobre el Derecho de Restituciones; en este sentido, puede decirse que la obra de Birks es una buena clave de acceso a este complejo territorio jurídico.

Ciertamente, el paladar jurídico continental queda algo desconcertado en algunos lugares de la explicación: acudir a la atribución gratuita como argumento para justificar algunas transmisiones, como en materia de beneficios incidentales, o considerar sin mayor explicación que el contenido de atribución del derecho del acreedor alcanza el primer subrogado, la ganancia ilícita o el poder acudir contra el enriquecido mediato (que no pueda alegar la adquisición de buena fe), son algunos de estos ejemplos: no basta con decir que se han obtenido «a su costa», o que es necesario «disuadir» de determinadas conductas. Si se quiere que el Derecho de Restituciones lleve a cabo esta última función (lo que no se pone en tela de juicio en el contexto anglosajón), habría que construir mejor el «título de imputación subjetiva» y las relaciones entre la gravedad de la conducta y la dimensión de la medida disuasoria. Otro flanco que queda mal cubierto por una acción de enriquecimiento injusto que quiere desvincularse del Derecho de Daños es el tratamiento de las intromisiones: se sugieren algunas soluciones como razonables sin una reflexión suficiente o aclaratoria sobre la función o funciones que esa acción debería perseguir o sobre el contenido de atribución de los derechos usurpados, por lo que tanto el enfoque como las soluciones se presentan como el resultado de una

¹⁴⁹ VIRGO, G., *The Principles...*, cit., pp. 59 a 61. Su conclusión es que al jurista inglés le resulta preferible el modelo propio del *common law* (p. 126).

«voluntad», la del autor o la de que quien pueda hacer valer su propia «política jurídica», de conceder esa u otra consecuencia. Sea como fuere, no es este el lugar ni el momento para analizarlas una a una en profundidad. En su caso, se han deslizado algunos comentarios para ayudar en la tarea de suministrar una visión comparada y crítica de las soluciones propuestas, también para entender hasta qué punto las labores de armonización del Derecho de Enriquecimiento europeo chocan con dificultades serias para llegar a puntos comunes entre los sistemas de *civil* y *common law*.