

El mal samarità.

L'absorció de beneficis per la gestió impròpia de negocis aliens

MIQUEL MARTÍN CASALS / ALBERT RUDA GONZÁLEZ
Institut de Dret privat europeu i comparat. Universitat de Girona

SUMARI

I. INTRODUCCIÓ	2
II. L'ANOMENADA RESPONSABILITAT PER BENEFICIS	3
1. Escenaris possibles	3
2. El fet danyós no ha de sortir a compte.....	6
2.1 La qüestió en el Dret espanyol	6
2.2 La qüestió en el Dret comparat	9
III. GESTIÓ IMPRÒPIA DE NEGOCIS ALIENS.....	26

I. INTRODUCCIÓ

El present treball té per objecte l'estudi de la restitució de beneficis en el marc de la responsabilitat civil. En particular, es centra en aquella situació dins la qual la persona que causa un dany a una altra s'enriqueix gràcies a una conducta danyosa. En aquests casos, a la producció d'un dany a altri, que pot donar lloc al sorgiment d'una obligació de rescabalar-lo si concorren els requisits de la responsabilitat civil (art. 1902 CCE i següents o legislació civil especial que correspongui), s'hi afegeix un element addicional, com és l'enriquiment que experimenta el causant del dany. Es produeix aleshores un resultat que ja el Digest romà pretenia evitar —com és que algú s'enriqueixi en detriment d'un altre (*cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore*), segons l'enunciació de Pomponi recollida a D. 50,17,206; també D. 12,6,14)— tot erigint aquesta regla en un principi d'equitat. Es tracta del conjunt de casos que la dogmàtica alemanya de la responsabilitat civil anomena d'“absorció de beneficis” (*Gewinnabschöpfung*) o de “responsabilitat per beneficis” (*Gewinnhaftung*), i que en el Dret del *common law* s'acostuma a denominar com a “restitució per actes il·lícits” (*restitution for wrongs*) i “restitució o devolució” (*disgorgement*).

El present treball es situa en un àmbit relativament poc estudiat en el nostre Dret. A diferència del que succeeix en altres sistemes, on els remeis adreçats a la restitució han estat objecte d'una anàlisi molt exhaustiva (de la qual és possiblement el màxim exponent el Dret de la restitució o *law of restitution* del *common law*), en el nostre sistema aquesta matèria ha estat objecte d'una elaboració comparativament menor. Nogensmenys, aquest tipus de situacions presenta diversos problemes gravíssims des del punt de vista de la responsabilitat civil. Bàsicament, la restitució de beneficis transcendeix o ultrapassa els confins estrictes de la responsabilitat per passar a situar-se en un altre àmbit. En efecte, en els casos que aquí s'analitzaran, està en joc no només l'aplicació de les normes concretes que obliguen a aquell que causa un dany a reparar-lo, sinó també altres mecanismes o regles legals que constitueixen, igualment, fonts de les obligacions. Es tracta fonamentalment de la gestió de negocis aliens sense mandat (arts. 1888-1894 CCE), però també l'enriquiment injustificat o sense causa. En particular, com la doctrina ha posat de relleu, pot haver-hi situacions en què s'entrecreuin la regla de prohibició de l'enriquiment i el Dret de danys, com passa en el supòsit d'intromissió o invasió en l'exercici d'un dret que és aliè.¹ Però hi ha altres supòsits en què cal examinar si hi ha un entrecreuament similar.

¹ Vegeu Luis DíEZ-PICAZO / Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2001 (3a reimpressió 2003), p. 524.

Aquest estudi examina la manera com s'articulen aquestes reclamacions de restitució de beneficis, en la mesura en què el que la víctima demandant sol·licita no és la compensació o indemnització d'un dany *stricto sensu*, sinó el pagament d'un benefici obtingut de forma pel demandat, generalment de forma il·lícita. En efecte, en l'escenari hipotètic referit, en el qual el causant del dany s'enriqueix gràcies a la seva conducta danyosa, la víctima que es planteja reclamar aquest benefici de l'altra part no ho pot fer basant-se en les regles de la responsabilitat civil, sinó que ha de recórrer a altres figures o institucions. Aleshores, hom es pot preguntar si aquesta persona pot basar la seva acció en altres fonaments. Aparentment, l'enriquiment injustificat podria donar-hi una sortida, en la mesura en què s'adreça a que l'afectat recuperi o absorbeixi el benefici obtingut pel demandat, amb el límit de l'empobriment del demandant. Requereix, però, que aquest empobriment s'hagi produït. L'alternativa que cal examinar és si es pot reclamar sobre la base d'una gestió de negocis aliens feta contra (o sense) la voluntat de l'amo del negoci. És a dir, caldria analitzar l'interrogant de si es poden recuperar els beneficis obtinguts pel gestor que de mala fe gestiona els afers d'un altre. És a dir, si es pot demandar al samarità que, al contrari del protagonista de la paràbola bíblica, no actua en benefici d'un altre, sinó amb ànim de lucrar-se ell, tot aprofitant-se dels béns o interessos d'un altre.

II. L'ANOMENADA RESPONSABILITAT PER BENEFICIS

1. Escenaris possibles

Com és ben sabut, el punt de partida de la responsabilitat civil consisteix en què el causant d'un dany a una altra persona n'ha de respondre, sempre i quan es compleixin els requisits o pressupòsits establerts per la llei. A grans trets, les regles de responsabilitat civil difereixen entre si per la manera en què es defineixen aquests requisits i, en particular, per l'exigència o no de culpa. Quan aquesta és una condició de la responsabilitat es parla de responsabilitat subjectiva (de la que és el paradigma la regla de l'art. 1902 CC), mentre que en la resta de casos es parla de responsabilitat objectiva o sense culpa. Amb independència d'aquest primer element, la responsabilitat exigeix sempre un nexa causal entre la conducta del responsable i el dany sofert per la víctima, sigui per acció o per omissió (*El que por acción u omisión causa...*, com preveu el mateix art. 1902 CC). Si la responsabilitat prescindís d'aquest element causal, ja no estaríem parlant d'una autèntica responsabilitat civil, sinó de responsabilitat absoluta (com és el cas, per exemple, de la responsabilitat del posseïdor d'un sòl contaminat en virtut de la legislació sobre residus). Ara bé, pressupòsit previ de l'anàlisi sobre si aquests requisits es compleixen o no és que hi hagi un dany sofert per la víctima, és a dir, que aquesta hagi experimentat

en els seus interessos un detriment, un perjudici o pèrdua. Sense dany, pròpiament no pot haver-hi responsabilitat civil, essent així que aquesta és un mecanisme de reparació o compensació de danys i, per tant, sense dany no hi hauria res a reparar.

Tanmateix, existeix una sèrie de casos en els quals una persona, que ha vist afectats un dels seus interessos com a conseqüència de la conducta d'una altra, reclama a aquesta segona una indemnització, malgrat que en tals situacions la mateixa existència del dany podria posar-se en entredit. Es pot pensar, per exemple, en l'escenari en el qual una persona obté un benefici gràcies a la publicació no autoritzada de la imatge d'una altra. De fet, cada vegada són més freqüents els casos en què la imatge d'un personatge públic —actors, polítics, esportistes, etc.— és utilitzada amb finalitats comercials (per exemple, la publicació de la foto d'una actriu en una revista per a homes) o publicitàries. En aquest supòsit, la víctima pot haver experimentat un dany, en la mesura en què ella mateixa hauria pogut explotar comercialment la seva imatge. El fet que un tercer hagi fet servir la imatge de la víctima sense el consentiment d'aquesta ha privat la víctima de quelcom molt concret, com és la possibilitat d'obtenir pel seu compte els beneficis mitjançant l'explotació de la imatge amb el seu consentiment. Si l'escenari és aquest, resulta relativament senzill encabir els fets dins del supòsit general de la regla de responsabilitat civil, en tant que la persona que ha dut a terme la conducta en qüestió ha minvat les possibilitats d'enriquiment de la víctima, que hauria pogut explotar la seva pròpia imatge pel seu compte. Per tant, la víctima ha sofert un dany, consistent en l'enriquiment obtingut pel responsable. Així les coses, ens estariem movent dins del terreny tradicional de la responsabilitat civil, en el qual l'aplicació de la regla clàssica desenvolupa una funció de reparació del dany causat. Quelcom semblant succeeix, per exemple, en els casos en què algú s'aprofita indegudament del *know-how* d'una companyia, o incorre en un il·lícit concurrencial. En aquest supòsit, en el Dret comparat es sol admetre que el demandat hagi de respondre, consistint la responsabilitat en la restitució de l'enriquiment que hagi obtingut.² En el nostre sistema, se sol parlar d'enriquiments obtinguts per intromissió en el dret d'altri, cas en el qual s'imposa l'obligació restitutòria a través d'una anomenada *condictio* per intromissió de caràcter genèric.³

En canvi, aquesta subsumció resulta més complicada en altres situacions en les quals l'existència d'un dany és menys evident. Per exemple, si una persona realitza afirmacions falses sobre una altra, tot malmetent-ne el bon nom, el prestigi o la consideració, és evident que s'ha produït un acte il·lícit, pel qual la primera perso-

² Així, en Dret italià, Paolo GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Torino, UTET, 1996, p. 48.

³ Per tots, vegeu Xabier BASOZÁBAL ARRÚE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, p. 331.

na haurà de respondre front de la segona. Tanmateix, si el responsable s'ha enriquit gràcies a aquesta conducta, resulta menys obvi quin és el fonament en el qual la víctima s'haurà d'emparar per reclamar aquest benefici. Estrictament parlant, el fet que l'autor de les dites afirmacions s'hagi enriquit en el seu patrimoni no ha produït un empobriment de la víctima. Aquesta pot haver experimentat un dany moral, per exemple, però en cap cas no hauria pogut enriquir-se malmetent el seu propi nom o publicant falsedats sobre si mateixa. Per tant, malgrat que els seus interessos morals o immaterials s'hagin pogut veure lesionats per l'actuació d'una tercera persona, no sembla que l'enriquiment experimentat pel responsable correspongui a un dany sofert per la víctima. O bé pot succeir que l'enriquiment experimentat pel causant de l'acte il·lícit —que, per exemple, explota de forma il·legal obres intel·lectuals protegides— sigui superior a l'empobriment sofert per la víctima.

Quelcom similar succeeix en un tercer escenari. Es tracta d'aquelles situacions en les quals una persona duu a terme determinats actes per a prevenir la producció d'un dany. Es pot tractar tant de mesures de prevenció encaminades a evitar el dany a un tercer, com el dany a la mateixa persona, o fins i tot a interessos més amplis, no estrictament individuals, com la protecció del medi ambient. Un exemple paradigmàtic són les mesures de protecció dels recursos naturals amenaçats per un accident de contaminació mediambiental, com ara la col·locació de barreres de contenció per evitar la dispersió dels hidrocarburs vessats per un vaixell avariati. En aquests casos, hi ha una persona que pateix un detriment patrimonial, en tant que duu a terme un desembors econòmic per prevenir un dany futur, més o menys probable. En canvi, és possible que el dany no s'arribi a produir mai. Les mesures de prevenció poden ser altament efectives, o donar-se circumstàncies d'altre tipus (com una combinació de factors atmosfèrics o d'altra índole), de tal forma que el dany efectiu no arribi a produir-se mai. En tal cas, la prevenció hauria funcionat a la perfecció. Per això, a la pràctica sol parlar-se de mesures de prevenció pura, ja que la prevenció ha arribat a tal extrem d'eficàcia que ha aconseguit evitar que el dany s'arribi a materialitzar. Tanmateix, es planteja la paradoxa que, justament a causa d'aquest fet, no hi ha dany a rescabalar per part de la persona que va fer, amb la seva conducta, que l'adopció de mesures de prevenció tingués lloc. En contra del que cabria esperar, l'absència de dany, aconseguida possiblement gràcies a les mesures adoptades per algú altre, eviten el sorgiment de l'obligació de rescabalar-lo, justament perquè no hi ha dany a reparar. En cert sentit, es podria dir que la persona que va originar l'adopció de mesures de prevenció amb la seva conducta s'ha enriquit, ja que, si aquestes mesures no s'haguessin adoptat, el dany hauria acabat tingut lloc i, per tant, hauria acabat essent-ne considerat responsable. Novament, doncs, ens trobem amb una víctima —en aquest cas, la persona que de moment ha suportat el cost de l'adopció de les mesures de prevenció— que vol recuperar aquest cost de la persona que ha actuat de forma il·lícita (en l'exemple, el responsable del vessament o de l'amenaça de vessament).

2. El fet danyós no ha de sortir a compte

2.1 *La qüestió en el Dret espanyol*

En Dret espanyol, com és sabut, la responsabilitat civil es basa en la causació d'un dany a altri amb culpa (art. 1902 CC), excepte en els casos en què una regla especial exonera de la prova d'aquesta. A diferència del que succeeix en altres ordenaments jurídics, no existeix en el nostre una llista tancada d'interessos protegits per la responsabilitat civil. La llei simplement es refereix al dany, d'una forma àmplia i sense definir-lo. Això no significa que el nostre sistema de responsabilitat no tuteli interessos jurídics determinats, sinó simplement que aquests no estan inclosos en una llista expressament redactada pel legislador amb el propòsit de protegir uns interessos i deixar-ne d'altres deliberadament a fora. La raó d'aquest enfocament és històrica i rau en la influència que el Codi Civil francès va tenir sobre el Codi Civil espanyol en aquesta com en altres matèries. Tampoc el Codi napoleònic conté un catàleg d'interessos legals protegits, sinó una clàusula general de responsabilitat civil per culpa (art. 1382).

En els sistemes de clàusula general com l'espanyol o el francès, hi ha relativament poques barreres naturals que impedeixin l'expansió del sistema de responsabilitat. La manca de contorns clarament definits pel legislador en relació amb el concepte de dany pot facilitar que la responsabilitat civil acabi assumint funcions que, estrictament parlant, correspondrien a altres sectors de l'ordenament. No sembla casual que en els dos Codis Civils referits, per exemple, l'enriquiment injustificat hi trobi un encaix molt complex, atesa la manca d'una norma general que el reculli o prevegi de forma expressa, mentre que, com s'ha dit, la responsabilitat civil sembla ésser definida amb l'abast més ampli possible.⁴ En ambdós codis, i per raons històriques, són els quasicontractes de la gestió de negocis aliens sense mandat i el cobrament de l'indegut els que mereixen l'atenció del legislador, mentre que la prohibició d'enriquiment queda en una nebulosa.⁵

Front de l'abstracció del Codi Civil alemany, que proscriu l'enriquiment injustificat amb caràcter general (812 BGB), el *Code* napoleònic es caracteritza, doncs, per un major pragmatisme, el que ha comportat que la doctrina hagi fet referència ocasionalment al principi contra l'enriquiment injust, però o bé per descartar-lo com a

⁴ En aquesta línia es pot veure Pietro SIRENA, "La restituzione del profitto ingiustificato (nel Diritto industriale italiano)", *Rivista de Diritto Civile* [Riv. dir. civ.], 2006, 305-322, p. 307 i Philippe REMY, "Les restitutions dans un système de quasi-contrats: l'expérience française", dins de: Letizia VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Torino, Giappichelli, 2005, 73-95, p. 78 i 91.

⁵ Vegeu Luis DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6^a ed., Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 179 ss., i respecte del Dret francès, Remy, "Les restitutions...", cit., p. 73.

generalització mancada de sentit, o bé per exposar-lo però sense explicitar com es relaciona amb els supòsits en què el Dret francès dóna un remei a l'afectat.⁶ Pel que fa estrictament al Dret espanyol, són ben conegudes les dificultats que la doctrina ha trobat a l'hora d'encabir o ubicar sistemàticament l'enriquiment injustificat dins les previsions del CCE. Com a hereu de la influència francesa, regula els contractes i la responsabilitat civil, a més dels dos quasicontractes referits, però no l'enriquiment injustificat o sense causa, tret d'una referència aïllada quan es regulen les qüestions de Dret internacional privat relacionades amb la determinació de la llei aplicable (art. 10.9).

Aquest punt de partida ha propiciat que la responsabilitat entri en joc en alguns escenaris en els que la seva actuació podria ser, com a mínim discutible. En particular, cal referir-se al supòsit, ja esmentat, en què una persona obté un enriquiment en ocasió de la comissió d'un acte il·lícit. En el Dret espanyol, diverses normes estableixen com a criteri de la determinació de la indemnització deguda a la víctima la mesura de l'enriquiment experimentat pel responsable. A això cal afegir el fet que part de la doctrina i una línia jurisprudencial (entre altres, SSTS de 20.11.1964 [RJ 1964, 5394] i 25.11.1985 [RJ 1985, 5898]; en contra, SSTS de 12.4.1955 1955, 1126) i 8.6.1995 [RJ 1995, 4908]) hagi interpretat tradicionalment que el remei de l'enriquiment injustificat és merament residual o subsidiari (subsidiarietat que, per exemple, preveuen expressament els arts. 2042 del CC italià i 474 del CC portuguès).⁷ Aquesta marginalització de la prohibició d'enriquiment comporta que el remei no pugui entrar en joc quan s'ha comès un acte il·lícit ja que, aleshores, es podria entendre que l'ordenament ja ha articulat una solució al problema.⁸

Nogensmenys, tal vegada es podria qüestionar, des d'un punt de vista teòric o dogmàtic, el criteri d'incardinar la recuperació de beneficis dins la responsabilitat civil. L'enriquiment no és un autèntic dany, sinó una cosa diferent. El punt de vista tradicional, que relega l'enriquiment injustificat com a institució a un segon pla, oblida que aquest és un remei que pot i ha d'operar sempre que es compleixin els seus requisits d'aplicació. El simple fet que hi hagi hagut un acte il·lícit no necessàriament comporta que l'aplicabilitat de la regla de prohibició de l'enriquiment injustificat quedi exclosa automàticament, ja que en cas contrari s'estaria obligant el Dret de la responsabilitat civil a desenvolupar una funció que no li correspon, com és la restitució de beneficis. La funció de la responsabilitat civil no és restituir beneficis ob-

⁶ Com posa de relleu James GORDLEY, *Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 420.

⁷ Vegeu, amb més detall, Daniel VISSER, "Unjust enrichment", dins de: Jan M. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham UK, Northampton MA USA, Edward Elgar, 2006, 767-782, p. 772 i GALLO, *Arricchimento...*, cit., p. 52 i ss.

⁸ Vegeu SIRENA, "La restituzione...", cit., p. 308, amb més referències.

tinguts de forma injustificada, sinó compensar o indemnitzar danys. Per tant, la mera existència d'una conducta generadora de responsabilitat civil no pot excloure per si sola l'aplicabilitat del remei transversal de l'enriquiment injustificat si concorren els requisits d'aplicació d'aquest últim. La subsidiarietat només podria impedir que el remei contra l'enriquiment entrés en joc respecte de la reclamació del que estrictament constitueix el dany sofert per la víctima, ja que la compensació d'aquest ja es pot aconseguir per la via de la responsabilitat civil. No obstant, pel que fa a allò que no consisteix en un dany de la víctima, sinó en un enriquiment del demandat, no es pot oposar la subsidiarietat del remei contra l'enriquiment, ja que no és funció de la responsabilitat civil restituir enriquiments sinó indemnitzar danys. La pretesa subsidiarietat només impediria que es fes servir la via de l'enriquiment injustificat per alterar la solució a un supòsit de fet ja previst per una norma legal.⁹ Però atès que l'enriquiment del responsable no és un dany, no entra dins del supòsit de la norma de responsabilitat civil i, en conseqüència, queda la via oberta per reclamar l'enriquiment sobre la base de la prohibició d'enriquiment injustificat. En aquesta línia, es posa de relleu que el dany o empobriment de la víctima no són requisits essencials de la pretensió d'enriquiment.¹⁰ Aquesta solució no té res d'extraordinari des del punt de vista comparat, si es té en compte que en els sistemes que rebutgen la subsidiarietat del remei contra l'enriquiment injustificat —com són el Dret alemany i el Dret holandès— aquest i l'acció de danys poden concórrer perfectament, de manera que la víctima pugui obtenir una compensació suplementària gràcies a l'acció contra l'enriquiment.¹¹

L'anterior significa que, en un cas concret, poden coexistir o concórrer dos remeis diferents, com són la responsabilitat civil per una banda, i la prohibició d'enriquiment injustificat per l'altra. La primera s'adreçaria a reparar el dany causat per la víctima, mentre que la segona perseguiria que aquesta recuperés l'enriquiment experimentat per l'altra part. Aquesta utilització combinada de remeis diferents permet que el responsable no obtingui un benefici amb la seva conducta il·lícita. Si el deure que li imposa l'ordenament jurídic es limita a la reparació del dany, es pot produir una situació en què el responsable surti guanyant malgrat ésser considerat responsable. En aquests casos, l'acte il·lícit li sortiria a compte, ja que l'enri-

⁹ Vegeu Margarita CASTILLA BAREA, "La acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico español: la justificación de su carácter subsidiario", dins de: VACCA, *Arricchimento...*, cit., 105-124, p. 123.

¹⁰ Vegeu BASOZÁBAL, *Enriquecimiento injustificado*, cit., p. 334.

¹¹ Vegeu Jeroen CHORUS, "The eclectic design of the new Dutch Civil Code", dins de: VACCA, *Arricchimento...*, cit., 173-207, p. 184; Berthold KUPISCH, "Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni", dins de: VACCA, *Arricchimento...*, cit., 269-294, p. 287; Peter SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 5. Auf., Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 317 Rn. 675.

quiment seria net per a ell, degut al fet que el dany és inferior a l'enriquiment injustificat. Si l'ordenament vol evitar aquesta situació, cal que doni els incentius adequats, permetent que a la reclamació de responsabilitat civil s'hi afegeixi una segona reclamació, adreçada a recuperar l'enriquiment obtingut injustificadament pel responsable. D'aquesta forma, el remei contra l'enriquiment injustificat permetria complementar el sistema de responsabilitat.¹² La qual cosa, com s'ha vist, ja no pertany estrictament al Dret de la responsabilitat civil sinó a una institució diferent. En definitiva, es tracta que la causació d'un dany no surti a compte (*tort must not pay*). Si el responsable pot conservar l'enriquiment que obté amb la causació d'un dany, i només respon del dany, s'estarà acomplint la funció de compensació de la responsabilitat civil, però la solució seria inadequada des del punt de vista de la prevenció. Si es vol desincentivar aquest tipus de conductes, cal que el responsable també hagi de transferir a l'afectat l'enriquiment que hagi obtingut.

2.2 La qüestió en el Dret comparat

Tots els sistemes jurídics han d'articular una solució per al cas en què una persona comet un acte il·lícit, gràcies al qual obté un benefici, però això no es tradueix en un correlatiu empobriment de la víctima. La qüestió de què passa amb el rescabament de les mesures de prevenció pura també es planteja en molts sistemes. Si s'adopta una perspectiva funcional, es pot veure que en el Dret comparat es poden trobar aproximacions o enfocaments diversos a aquests conflictes d'interessos.

A) PRIMER SISTEMA: INDEMNITZACIÓ DE DANYS

El primer sistema consisteix en aplicar les regles sobre responsabilitat civil, com si la restitució de beneficis fos una autèntica indemnització. Aquest és l'enfocament adoptat pel *common law*. En ell, quan una persona no pateix una pèrdua (*loss*) malgrat haver estat víctima d'un acte il·lícit (*wrong*), no pot —pròpiament parlant— basar-se en les regles del Dret de la responsabilitat civil (*tort law*) per exigir-ne una reparació o indemnització. Tanmateix, els jutges anglesos han admès, dins de certs límits, que l'autor de la conducta il·lícita no en pot sortir beneficiat; no en pot sortir, per dir-ho d'alguna forma, immune. La comissió de l'acte il·lícit no pot sortir a compte o, com afirma un dels jutges, Lord Devlin, en un cèlebre cas anglès, *tort must not pay* (*Rookes v. Barnard*).¹³ Per assolir un resultat just, es considera que la indemnització no es pot limitar estrictament a la compensació del perjudici produït sinó que també ha d'incloure la possibilitat que la víctima recuperi allò en què el causant del dany s'hagi beneficiat. Com diu el jutge Lord Millett en el cas *Dubai*

¹² Com assenyala Antonio GAMBARO, "Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. Note introduttive", dins de: VACCA, *Arricchimento...*, cit., 1-11, p. 11. Semblantment, GALLO, *Arricchimento...*, cit., p. 57.

¹³ [1964] A.C. 1129.

Aluminium Co v. Salaam,¹⁴ it is increasingly recognised today that the ends of justice sometimes go beyond compensating a plaintiff for his loss and may extend to stripping a defendant of his profits. Per evitar aquest resultat indesitjat, els jutges anglesos poden obligar el responsable a retornar (*disgorge*) a la víctima l'enriquiment obtingut. Per tant, en el sistema del *common law*, és el mateix Dret de la responsabilitat civil el que articula un mecanisme, l'anomenat *disgorgement*, per impedir que el responsable s'enriqueixi amb la seva conducta, tot obligant-lo a retornar-lo a la part afectada. De fet, el sistema opera com si l'enriquiment obtingut pel responsable fos un dany en si mateix considerat, dany pel qual es pot demanar una indemnització (*damages*).

Per entendre aquest fenomen cal tenir en compte que en el Dret del *common law*, s'admeten categories d'indemnització que no coincideixen amb les existents en el nostre sistema. Per exemple, en determinades circumstàncies s'admeten formes d'indemnitzacions punitives (*exemplary damages*) o indemnitzacions que tenen com a funció revertir una transferència que ha tingut lloc indegudament (*restitutionary damages*). És comunament acceptat en el *common law* que aquesta última indemnització té una funció restitutòria, no compensatòria, de tal manera que en aquest sistema la indemnització aniria més enllà de la mera compensació de danys per acomplir funcions diferents.¹⁵ La indemnització restitutòria (*restitutionary damages*) funciona de la mateixa forma en què opera la restitució que es concedeix a la víctima en el cas d'un enriquiment injustificat. És a dir, que la mateixa reversió de la transferència – consisteixi aquesta en una suma de diners o en un objecte diferent – que té lloc arran de l'acció d'enriquiment injust es produeix en el Dret de danys a través de la indemnització restitutòria.¹⁶

La devolució o *disgorgement* no té com a funció castigar el causant del dany, sinó només privar-lo dels beneficis obtinguts (*profit-stripping*), raó per la qual no persegueix deixar el responsable en una posició pitjor a aquella en què es trobaria si no hagués causat el dany (a diferència del que succeeix amb els *exemplary damages*). Això sí, la restitució o *disgorgement* només es pot sol·licitar si el demandat ha comès un il·lícit (*wrong*) contra el demandant, ja es tracti d'un acte originador de responsabilitat extracontractual (un *tort*) o un acte contrari a la *equity* (*equitable wrong*).¹⁷ De fet, la restitució dels beneficis (*disgorgement*) és un remei concedit habitualment sobre la base de l'equitat, en el cas de conductes antijurídiques tals com

¹⁴ [2003] 1 All ER 97, 135, 164.

¹⁵ Per tots, Michael TILBURY, "Remedies and the Classification of Obligations", dins de: Andrew ROBERTSON (ed.), *The Law of Obligations. Connections and Boundaries*, London, UCL Press, 2004, 11-30, p. 28.

¹⁶ Vegeu James EDELMAN, "The Meaning of 'Damages': Common Law and Equity", dins de: ROBERTSON, *The Law of Obligations*, cit., 31-58, p. 39.

¹⁷ Vegeu VISSER, "Unjust enrichment", cit., p. 777.

la infracció d'un deure fiduciari, una traïció a la confiança dipositada, o la participació conscient en una infracció d'un deure fiduciari.¹⁸

A més, no és suficient qualsevol tipus de *tort*, sinó que ha de tractar-se d'una apropiació d'un bé moble o immoble; d'una violació d'una patent o dret d'autor (*copyright*), o de l'ús del nom o la imatge d'altri amb una finalitat comercial. En canvi, no es pot demanar la indemnització restitutòria quan la víctima ho és d'un *tort de battery*, immissions (*nuisance*), negligència (en el sentit específic del *tort de negligence*), o defamació (*defamation*), àdhuc encara que el demandat s'hagi enriquit gràcies a això. Tot i que aquesta distinció és comunament admesa, els tractadistes sobre responsabilitat civil subratllen l'obscuritat del criteri sobre la base del qual el Dret dóna un tractament diferent a uns i altres supòsits.¹⁹ Hi ha qui defensa que no es pot restringir l'abast de la indemnització restitutòria sobre la base d'exigir que la conducta il·lícita interfereixi amb la propietat (*property*) de la víctima.²⁰

Quelcom similar succeeix en el Dret de contractes anglès, en els casos d'incompliment. La indemnització derivada d'aquest incompliment es pot determinar no per referència a la pèrdua soferta per la part innocent, sinó pel guany (o estalvi, en el seu cas) obtingut per l'incomplidor gràcies a la seva conducta. El cas de referència o *leading case* és el d'un ex-espia i doble agent britànic (de nom George Blake) que, en contra del contracte que el vinculava de per vida al Regne Unit —i que l'obligava a mantenir el secret— va publicar les seves memòries mitjançant un editor privat. L'editorial, que també va resultar demandada, va transferir els beneficis de la publicació corresponents a l'ex-espia, que s'ocultava a Rússia. El màxim tribunal anglès, la *House of Lords*, va concloure que el Govern britànic tenia dret a una indemnització equivalent als drets d'autor o *royalties* obtinguts pel demandat gràcies a aquesta publicació (*Attorney General v. Blake*).²¹ Aquesta regla es considera que desincentiva l'incompliment contractual i és coherent amb el deure de bona fe. Generalment es considera que no és altra cosa que una forma de calcular el dany derivat de l'incompliment en casos complexos. Tanmateix, la *House of Lords* va precisar que aquest remei no es pot aplicar en tots els casos d'incompliment contractual, sinó que té caràcter excepcional. La seva aplicació requereix, per exemple, que la part afectada per l'incompliment tingui un interès legítim en evitar les activitats de la part incomplidora que proporcionen a aquesta els guanys en qüestió. Per aquesta raó, els tribunals anglesos només han aplicat la regla de *Blake* en els casos en què l'incompliment era dolós i estava adreçat específicament a obtenir el guany o estalvi. Però part de la doctrina ha considerat que es tracta d'una

¹⁸ Vegeu EDELMAN, "The Meaning...", cit., p. 51.

¹⁹ Com assenyala GORDLEY, *Foundations...*, cit., p. 446.

²⁰ Novament, vegeu EDELMAN, "The Meaning...", cit., p. 41.

²¹ [2001] 1 A.C. 268.

regla que crea inseguretat, en la mesura en què se'n predica l'excepcionalitat, i obliga a dur a terme investigacions complexes sobre la intenció amb què l'incomplidor va infringir el contracte.²²

Semblantment, en el Dret francès la indemnització de danys té en compte no només els danys i perjudicis patits per la víctima, sinó també l'enriquiment obtingut pel responsable. Aquest enriquiment es computa dins la partida de lucre cessant (*lucrum cessans*) de la indemnització. Aquest punt de vista correspon a una assimilació de l'enriquiment injustificat o sense causa a una espècie d'acte il·lícit o delicte civil (*délit civil*) per part de la persona enriquida. De fet, es tracta d'una acumulació encoberta (o *cumul caché*, com diu la doctrina francesa) de l'acció de danys i de l'acció d'enriquiment.²³ També s'ha posat de relleu que el Dret francès és força flexible pel que fa a la interpretació del concepte de dany moral (*préjudice moral*), essent aquest un expedient que la jurisprudència hauria fet servir per introduir en la indemnització les idees de càstig i prevenció, per exemple, en supòsits en què un competidor introdueix en el mercat un producte pràcticament idèntic al del demandant —i amb això el primer obté un benefici injust de l'estudi de mercat dut a terme pel segon.²⁴

La situació francesa és comparable a la que es troba en el Dret italià. En aquest, la doctrina s'ha plantejat igualment la qüestió de l'enriquiment derivat d'un acte generador de responsabilitat civil. La solució proposada per la doctrina, consistent en obligar el responsable a restituir l'enriquiment íntegre aconseguit mitjançant l'acte il·lícit, troba un punt de suport en la legislació sobre responsabilitat mediambiental.²⁵ Com és sabut, el legislador italià va introduir l'any 1986 una regulació especial per al supòsit de contaminació mediambiental, que obliga el responsable a reparar el dany sempre que hagi actuat amb culpa.²⁶ Dita llei preveu que la reparació en forma específica o en espècie tingui preferència sobre la reparació per equivalent o mitjançant una suma de diners. Quan aquella reparació no sigui possible, l'Estat podrà reclamar contra el responsable una suma de diners en concepte d'indemnització del dany mediambiental, que tingui en compte no només els danys soferts de forma efectiva, sinó també el benefici obtingut pel responsable mitjançant el comportament il·lícit (art. 18). Nogensmenys, la doctrina crida l'atenció sobre el

²² Vegeu Hector L. MACQUEEN, "DCFR and 'restitutionary damages' for breach of contract", *European Private Law News*, 16 May 2009 <www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=7780>, amb més referències.

²³ Com posa de relleu REMY, "Les restitutions...", cit., p. 91, amb més referències.

²⁴ Vegeu Cees VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 1202, amb més referències.

²⁵ Segons apunta GALLO, *Arricchimento...*, cit., p. 57.

²⁶ *Legge 349/1986, Istituzione del ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale.*

fet que aquesta norma va més enllà de la lògica purament indemnitzatòria, en tant que la norma referida té com a funció desincentivar la repetició dels comportaments danyosos en el futur.²⁷ A més, cal tenir present que aquest règim s'ha vist afectat per la transposició de la regulació europea sobre responsabilitat mediam-biental.²⁸

També els “Principis de dret europeu de la responsabilitat civil” (*Principles of European Tort Law*),²⁹ elaborats pel Grup Europeu de Dret de la Responsabilitat Civil (*European Group on Tort Law [EGTL]*),³⁰ fan referència a aquests interrogants. Pel que fa a les mesures de prevenció, estableixen que “Les despeses realitzades per evitar un dany que amenaça produir-se constitueixen un dany rescabable en la mesura en què hagin estat raonables” (art. 2:104: Despeses preventives).³¹ La norma no distingeix segons si el dany s'ha arribat a produir o no, amb la qual cosa sembla que inclou com a dany indemnitzable el cost de les mesures preventives raonables. El Comentari oficial als Principis afirma de forma expressa que, en determinades circumstàncies previstes a la norma, sembla raonable que les despeses de la prevenció es puguin recuperar del responsable, de forma que es reforci la funció preventiva que el Dret de la responsabilitat civil pot tenir.³² En canvi, aquests mateixos Principis no diuen res al respecte de la qüestió dels beneficis obtinguts pel causant del dany. Contenen, això sí, una norma sobre els “Beneficis obtinguts mitjançant l'esdeveniment danyós” (art. 10:103), però es refereix només als beneficis obtinguts per la mateixa víctima, no pel responsable. Perquè el benefici obtingut pel causant del dany fos indemnitzable, caldria, a més, que suposés una disminució en el patrimoni de la víctima, en tant que dany patrimonial (conforme a l'art. 10:201), sempre i quan hagués resultat infringit un dels interessos protegits d'aquesta (art. 2:102). Entre ells s'hi troba la “protecció d'interessos purament patrimonials o de relacions contractuals”, la qual, segons preveu, “pot tenir un abast més limitat” (art. 2:102.4).

²⁷ Novament, vegeu GALLO, *Arricchimento...*, cit., p. 57.

²⁸ Per a més detalls, es pot veure ALBERT RUDA GONZÁLEZ, *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Cizur menor, Thomson Aranzadi, 2008.

²⁹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Vienna [etc.], Springer, 2005. Hi ha traducció a l'espanyol: EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, Cizur menor, Thomson Aranzadi, 2009.

³⁰ La seva pàgina web és: <www.egtl.org>.

³¹ Traducció al català per Miquel MARTÍN i Albert RUDA, dins de EGTL, *PETL*, cit., p. 184 ss. L'original en anglès diu així: *Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred*.

³² Vegeu EGTL/ULRICH MAGNUS, “Art. 2:104”, dins de EGTL, *PETL*, cit., p. 37 núm. 1.

En canvi, la qüestió sí que està prevista al *Draft Common Frame of Reference* [DCFR] elaborat pel Grup d'estudi sobre un Codi civil europeu (*Study Group on a European Civil Code*) i el Grup de recerca sobre el Dret privat de la Comunitat Europea (*Research Group on EC Private Law [Acquis Group]*).³³ La restitució de beneficis obtinguts per una conducta il·lícita es regula dins d'aquesta proposta normativa en seu de responsabilitat civil. En particular, disposa que en cas de dany jurídicament rellevant, el responsable repari el dany, la qual cosa s'aconsegueix, en primer lloc, posant la víctima en la posició en què es trobaria si el dany no hagués tingut lloc (art. VI.-6:101 (1)). Si aquesta forma de reparació no és possible, i sempre que sigui raonable, la reparació pot consistir en la recuperació (*recovery*) de qualsevol avantatge obtingut pel responsable en connexió amb la causació del dany (art. VI.-6:101 (4)). Nogensmenys, el criteri seguit pel DCFR no és del tot clar, ja que sembla que s'estan barrejant aquí qüestions d'enriquiment injust amb qüestions de danys.³⁴ De fet, aquesta regulació es fa al marge de la referida a les reclamacions d'enriquiment injust (*Unjust enrichment*), que es troba en una seu sistemàtica diferent (llibre VII del DCFR). No queda del tot clar per quina raó s'han regulat aquestes pretensions fora de la regulació sobre l'enriquiment injust i dins de les relatives a la responsabilitat extracontractual. Segons el comentari que acompanya el DCFR, la reclamació per recuperar el profit obtingut pel causant del dany es basa en la ficció que la víctima hauria estat capaç d'explotar els drets dels que es tracti de la mateixa manera i amb més o menys el mateix èxit econòmic que el causant del dany.³⁵ No obstant, sembla dubtós que realment calgui basar la recuperació del profit en la idea que el profit obtingut pel demandat es correspon amb el dany econòmic experimentat pel demandant.³⁶ Pel que fa al cost de les mesures de prevenció, el DCFR preveu que si existeix l'amenaça que es produeixi un dany, la persona que el patiria si s'arribés a produir té dret a prevenir-lo, i que aquest dret el pot exercir front la persona que seria responsable del dany si aquest s'arribés a produir (art. VI.-1:102). Per tant, igual que en el cas dels PETL, semblen indemnitzables les mesures preventives, amb independència de si el dany s'arriba a materialitzar o no.

³³ Vegeu Christian VON BAR / Eric CLIVE / Hans SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier, 2009.

³⁴ Vegeu la ponència del Dr. Miquel MARTÍN CASALS en aquestes mateixes Jornades.

³⁵ Vegeu Christian VON BAR, *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.), Munich, Sellier, 2009, p. 912 núm. 18.

³⁶ Com critica Erik MONSEN, "Draft Common Frame of Reference (DCFR) and Restitution for Wrongs", *ERPL* 2010, 813 ss. Vegeu també la nota anterior.

Una variant dins d'aquest primer sistema la trobem en el Dret holandès. En ell, i de forma potser sorprenent, l'enriquiment injustificat es regula dins del conjunt de normes dedicades a la reparació de danys (*schadevergoeding*). El Codi Civil holandès (*Burgerlijk Wetboek* [BW]) no té cap problema en preveure que l'enriquiment (*verrijking*) és un autèntic dany (*schade*), que obliga la persona que s'enriqueix a costa d'una altra a rescabalar-lo (*te vergoeden*) en la suma del seu enriquiment, quan aquest es produeix de forma injustificada (*ongerechtvaardigd*, art. 6:212). Aquest criteri sembla únic en el Dret comparat i ha estat criticat fins i tot per la mateixa doctrina holandesa.³⁷ Una altra diferència del sistema holandès és que aquesta peculiar forma de rescabament només és exigible en la mesura en què sigui raonable (*voor zover dit redelijk is*), com disposa el propi BW. A diferència del que s'acostuma a entendre en altres sistemes com l'espanyol, el BW no configura l'acció d'enriquiment injustificat com a subsidiària. D'aquesta forma s'eviten les confusions a què sol portar l'aplicació d'aquest pretès caràcter de l'acció.³⁸ A més, el Codi holandès conté una norma específica sobre el supòsit en què el causant del dany s'enriqueix gràcies a la seva conducta antijurídica (*van onrechtmatige daad*). En tal cas, el jutge podrà calcular el dany amb la quantia del benefici o una part d'aquest (*op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan*, art. 6:104). La doctrina holandesa posa de relleu que l'aplicació d'aquesta norma requereix que la víctima hagi sofert un dany (és el que la doctrina holandesa anomena el requisit del dany o *schade-eis*), de forma que el mer enriquiment del demandat no és suficient –segons ha interpretat la jurisprudència. Tanmateix, des del punt de vista teòric o dogmàtic, part de la doctrina assenyala que el fonament de la restitució dels beneficis (*voordeelsafgifte*) és la idea de l'enriquiment injustificat.³⁹ A més, la norma no limita la quantia de l'enriquiment que pot exigir el demandant en funció de l'empobriment experimentat per ell. En teoria, l'enriquiment que pot reclamar pot ser superior a l'empobriment, a diferència del que succeeix si s'aplica la norma ja vista de l'art. 6:212 BW. Finalment, el jutge té un marge d'apreciació discrecional que li permet establir que el quantum de la indemnització sigui inferior a l'enriquiment obtingut pel demandat, i fins i tot que aquest pugui retenir la totalitat de l'enriquiment segons les circumstàncies del cas.⁴⁰ Segons la jurisprudència (sentència del *Hoge Raad* 24.12.1993),⁴¹ la norma de l'art. 6:104 BW és una aplica-

³⁷ Vegeu J.W.M.K. MEIJER, *Ongerechtvaardigde verrijking*, Rotterdam, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2007, p. 9 amb més referències.

³⁸ A favor d'aquesta opció, KUPISCH, "Ripetizione...", cit., p. 292, amb més referències.

³⁹ Vegeu J.G.A. LINSSEN, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, p. 536 i MEIJER, *Ongerechtvaardigde verrijking*, cit., p. 55 i 56.

⁴⁰ Vegeu CHORUS, "The eclectic...", cit., p. 199.

⁴¹ *Nederlandse Jurisprudentie* 1995, 421.

ció especial de la regla general de l'art. 6:97 BW, conforme al qual el jutge pot calcular el dany per estimació si no en pot determinar l'abast amb precisió.⁴²

B) SEGON SISTEMA: ENRIQUIMENT INJUST

El segon sistema consisteix en aplicar un expedient tècnic diferent, a manca d'una regla equiparable en el conjunt normatiu de la responsabilitat civil. L'exponent més clar d'aquesta solució és el Dret alemany, raó per la qual pot merèixer la pena fer-hi alguna referència.

A diferència del que succeeix en el nostre sistema, el Codi Civil alemany (*Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB]) preveu una regla general de prohibició de l'enriquiment injustificat (*ungerechtfertigte Bereicherung*, § 812 paràgraf 1r). Conforme disposa, la persona que obté quelcom a costa d'una altra i sense un fonament jurídic està obligat a restituir-ho, ja ho hagi obtingut per la prestació (*Leistung*) d'un altre o d'una altra manera (*in sonstiger Weise*), és a dir, l'acció d'enriquiment no basada en una prestació (*Nichtleistungskondiktion*). És en aquest segon incís de l'alternativa on la doctrina ubica sistemàticament l'acció contra la ingerència en les posicions jurídiques protegides d'una altra persona (*Eingriffskondiktion*). Aquesta acció es caracteritza perquè el demandat ha actuat sense permís i ha fet servir la posició jurídica del demandant en el seu propi interès. Gràcies a aquesta conducta s'ha enriquit a costa del demandant (*auf dessen Kosten*). Per això el demandat ha de restituir l'enriquiment a aquest altre. Els casos més importants són els d'utilització d'un bé aliè mitjançant el seu ús o el seu consum. La funció de la norma és de compensació (*Ausgleichsfunktion*) de l'enriquiment, no pas de castigar qui l'hagi obtingut de forma injustificada.⁴³

El fonament de la norma és molt debatut a la doctrina alemanya. La interpretació tradicional —formulada pel cèlebre romanista alemany Fritz SCHULZ— sosté que la norma es basa en la antijuridicitat de la ingerència (teoria de l'antijuridicitat o *Rechtswidrigkeitstheorie*), raó per la qual l'acció tindria una certa relació amb el Dret de la responsabilitat civil.⁴⁴ Segons aquesta teoria, tot enriquiment obtingut mitjançant una conducta antijurídica de la persona enriquida és injustificat. Front

⁴² *De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.*

⁴³ Vegeu Peter SCHLECHTRIEM, "Wandlungen des Bereicherungsrechts", dins de: Peter SCHLECHTRIEM (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 179-192, p. 186.

⁴⁴ Vegeu Fritz SCHULZ, "System der Rechte auf den Eingriffserwerb", *Archiv für die civilistische Praxis* [AcP] 1909, vol. 105, 1-488. La tesi va ser admesa després per H. H. JAKOBS, *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung*, Bonn, 1964, i criticada per Christof KELLMANN, *Grundsätze der Gewinnhaftung. Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969.

d'aquesta teoria, l'opinió dominant posa de relleu que el BGB no exigeix que la conducta del demandat hagi estat antijurídica. Aquest requisit impediria que l'acció es pogués fer servir en casos d'enriquiment obtingut a través d'una tercera persona o àdhuc sense una intervenció humana.⁴⁵ Com posen de relleu alguns autors, la regla contra l'enriquiment no depèn en la seva aplicació del fet que s'hagi causat un dany al perjudicat o que hagi tingut una conducta antijurídica o reprovable de l'altra part, sinó del fet que s'ha produït un resultat (l'enriquiment) que no es pot justificar.⁴⁶ A més, es posa de relleu que la idea de l'antijuridicitat tampoc no explica perquè l'enriquiment del demandat ha de ser transferit al demandant.⁴⁷

Per això, la doctrina dominant en el Dret alemany (i també part de la doctrina suïssa) es basa en la idea del contingut atributiu (*Zuweisungsgehalt*) de la posició jurídica afectada. Segons aquesta teoria —anomenada “de l'atribució” (*Zuweisungstheorie*)— el decisiu és que el benefici obtingut pel demandat gràcies a la seva ingerència no correspon a aquest, sinó al demandant.⁴⁸ L'acció d'enriquiment només procediria en els casos en què el demandat hagués fet una ingerència en les possibilitats d'utilització d'una posició a ell atribuïdes amb caràcter exclusiu. L'enriquiment és injustificat quan contravé l'ordenació de béns establerta per l'ordenament jurídic.⁴⁹ Com s'ha vist, sembla que aquesta és present en alguna mesura en el raonament que hi ha al darrere de la norma de l'art. 6:101 (4) DCFR, ja referida.

Nogensmenys, com la mateixa doctrina alemanya posa de relleu, aquesta teoria és tautològica, ja que en el fons ve a dir que el demandat no es pot quedar el que no es pot quedar.⁵⁰ L'únic que fa la teoria de l'atribució és formular la qüestió d'una altra forma. Per això, el que aquesta teoria posa de relleu realment és que cal identificar aquelles posicions jurídiques que, quan resulten afectades, donen dret al seu

⁴⁵ Vegeu, Dieter MEDICUS, *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 10. Auf., München, Beck, 2000, p. 349 Rn. 713.

⁴⁶ Així Josef ESSER / Hans-Leo WEYERS, *Schuldrecht. Band II. Besonderer Teil. Teilband 2. Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 8. Auf., Heidelberg, C. F. Müller, 2000, p. 34 i 74.

⁴⁷ Entre altres, SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, cit., p. 313 Rn. 664.

⁴⁸ Vegeu Dirk LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 3. Auf., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, p. 337 Rn. 1064. També a favor, entre altres, ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 38 i 73; SCHMIDT, *Schuldrecht*, cit., p. 165 Rn. 440; SCHLECHTRIEM, “Wandlungen...”, cit., p. 187 i SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, cit., p. 313 Rn. 665. Per al Dret suís, Anne-Catherine HAHN, “OR 62”, dins de: Marc AMSTUTZ *et al.* (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2007, 1369-1376, p. 1373. Semblantment, en el Dret italià, GALLO, *Arricchimento...*, cit., p. 38-39.

⁴⁹ Així Hans-Joachim MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, 4. Auf., München, Beck, 1994, p. 343 Rn. 625.

⁵⁰ Aquest és també l'argument esgrimit pels crítics com Gerd KLEINHEYER, “Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich”, *JZ* 1970, 471-477, p. 473.

titular dret a reclamar l'enriquiment obtingut pel demandat.⁵¹ El criteri decisiu és determinar si l'afectat tenia la possibilitat d'utilitzar comercialment la posició jurídica en qüestió d'una forma exclusiva o excloent (*ausschließliche kommerzielle Verwertungsmöglichkeit*). És a dir, que es tracta d'escatir si el demandant hauria pogut transferir a un tercer la seva posició a canvi d'una contraprestació, essent així que aquest tercer no hauria pogut obtenir-la en cas contrari.⁵²

Com la doctrina alemanya posa de relleu, no hi ha una fórmula de validesa general per respondre l'interrogant decisiu de quan estem en presència d'un contingut atributiu. La majoria dels casos en què se n'admet l'existència s'han decidit per un consens fàctic.⁵³ Avui en dia, la doctrina entén, per exemple, que en el cas de violacions dels drets de la personalitat, la recuperació de l'enriquiment s'ha d'aconseguir mitjançant aquesta via, sempre i quan el seu titular els hagués pogut explotar comercialment. Per tant, si es tracta d'una ingerència consistent en la publicació de fotografies compromeses o detalls de l'esfera íntima de l'afectat, que aquest no hagués consentit mai a canvi d'una contraprestació, aleshores no és possible l'acció d'enriquiment.⁵⁴ L'exemple paradigmàtic potser és el de la prostitució, en la mesura en què es considera que el dret a l'autodeterminació sexual no té cap contingut atributiu.⁵⁵ Un segon exemple, que permet apreciar la importància del criteri del contingut atributiu, es refereix al dret a la pròpia imatge. Si un fabricant utilitza la imatge d'una persona famosa amb finalitats publicitàries i sense el consentiment d'aquesta, la via de l'enriquiment queda expedita, perquè l'afectat hauria pogut negociar l'explotació comercial de la seva imatge (cas *Herrenreiter*).⁵⁶ No importa si efectivament així ho hagués fet, o si ho hagués fet en exactament les mateixes condicions en què la va explotar el demandat, sinó que, en abstracte o en general, l'afectat hauria tingut la possibilitat d'utilitzar comercialment la seva imatge. En canvi, si una persona famosa reclama contra la publicació d'imatges de la seva vida privada, l'acció d'enriquiment fonamentada en l'argument que l'afectada no estava disposada en general a autoritzar-ne la publicació no prosperarà. De fet així va succeir en el *leading case* de la princesa Carolina de Mònaco, per bé que aquesta sí que va obtenir el reconeixement al seu dret a una indemnització en un altre concepte,

⁵¹ Així Christiane WENDEHORST, § 812, dins de: Heinz Georg BAMBERGER / Herbert ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, München, Beck, 2003, p. 899 Rn. 72.

⁵² Novament, WENDEHORST, § 812, cit., p. 899 Rn. 73. O com afirma GORDLEY, *Foundations...*, cit., p. 431 (sense fer servir l'expressió *Zuweisungsgehalt*), cal escatir si el demandat va utilitzar els recursos del demandant per obtenir un benefici que aquest segon tenia dret a rebre en exclusiva.

⁵³ Com afirmen ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 74.

⁵⁴ WENDEHORST, § 812, cit., p. 899 Rn. 74.

⁵⁵ Per tots, LOOSCHELDERS, *Schuldrecht*, cit., p. 339 Rn. 1068.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 14.2.1958 - I ZR 151/56 (OLG Köln), BGHZ 26, 349; NJW 1958, 827.

el de dany moral.⁵⁷ Tanmateix, la jurisprudència ha aclarit amb posterioritat (en el cas de la demanda interposada pel polític alemany Oskar Lafontaine) que el decisiu no és si el titular de la posició afectada estava disposada i en condicions d'autoritzar la publicació de les seves imatges.⁵⁸ A més, part de la doctrina alemanya ha posat de manifest que la condemna a indemnitzar el dany moral en el cas *Carolina de Mònaco* en realitat constitueix un supòsit d'indemnització de *restitutionary damages* o absorció de beneficis (*Gewinnabschöpfung*) en la forma d'una indemnització de dany moral.⁵⁹

Altres drets amb contingut atributiu són els drets absoluts en general (com el de propietat, amb les limitacions previstes per la llei, §§ 903 i concordants del BGB; i els drets reals limitats); el dret al propi nom, o els drets patrimonials derivats de la propietat intel·lectual. Pel que fa a aquests últims, la doctrina dominant predica el contingut atributiu dels drets d'autor, patent, model d'utilitat, i marques.⁶⁰

En aquests casos de drets de propietat intel·lectual, la doctrina i la jurisprudència alemanyes entenen que la determinació de si els drets tenen un contingut atributiu requereix una valoració no només de la protecció del seu titular sinó també de l'interès de la col·lectivitat. Per exemple, si una companyia farmacèutica elabora informes sobre la innocuïtat des del punt de vista toxicològic de determinades substàncies químiques, per tal d'obtenir l'autorització per a la producció i distribució d'un herbicida, això no comporta l'existència d'una posició amb pretensió d'exclusivitat. Si l'autoritat pública corresponent es fonamenta en aquests mateixos informes per autoritzar sol·licituds anàlogues d'altres companyies, la primera companyia no pot exercir una pretensió d'enriquiment injustificat.⁶¹

Aquesta presa en consideració d'un interès general pot tenir lloc també en connexió amb altres drets. Un exemple de la doctrina alemanya és el de la reproducció de dades. Qualsevol persona pot fotografiar les coses d'una altra, i serà el fotògraf —no el propietari de la cosa fotografiada— el qui tindrà un dret amb contingut atributiu si la fotografia és una obra d'art. Semblantment, un escriptor pot reproduir en una novel·la dades vitals comunament conegudes sobre una altra persona. La doctrina té en compte l'interès públic i privat en la llibertat d'actuació dels altres com de valor superior a

⁵⁷ BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94, BGHZ 128, 1; NJW 1995, 861. Resumidament, sobre el cas, vegeu VAN DAM, *European Tort Law*, cit., p. 1201.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 26.10.2006 – I ZR 182/04 (OLG Hamburg), NJW 2007, 689-691.

⁵⁹ Així, Christian VON BAR, *Das deutsche Deliktsrecht im gemeineuropäischer Perspektive*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, p. 27, qui considera que la solució és correcta.

⁶⁰ Vegeu per tots ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 74.

⁶¹ BGH, Urt. v. 9.3.1989 – I ZR 189/86 (Köln), NJW 1990, 52-53 i SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, cit., p. 314 Rn. 667.

l'interès de l'afectat en obtenir-ne beneficis sobre la base d'un hipotètic monopoli jurídic sobre les seves dades.⁶²

Com es pot veure, els drets amb un contingut atributiu tenen en comú l'existència d'un mercat en el qual s'haurien pogut utilitzar comercialment. Per això, no és correcte excloure sistemàticament que els drets de la personalitat estiguin mancats de contingut atributiu, ja que avui en dia s'admet àmpliament aquest tipus d'utilització. Per tant, la publicació de detalls íntims extrets d'un diari secret, per exemple, donaria lloc a un supòsit de possible aplicació de la regla sobre enriquiment injustificat. Més discutit és el supòsit d'enriquiments il·lícits, que es podrien aconseguir *de facto* gràcies a les tècniques mèdiques modernes (com ara la sostracció no autoritzada d'òrgans humans).⁶³

En qualsevol cas, el que val la pena subratllar és que la restitució de beneficis en el Dret alemany no es vehicula a través de la responsabilitat civil, sinó mitjançant la prohibició de l'enriquiment injustificat. L'enriquiment injustificat només estaria més enllà de les possibles vies de reclamació del demandant en aquells casos en què el dret estigui mancat de contingut atributiu com s'ha vist. Per això, determinades lesions dels drets de la personalitat no donarien dret a reclamar l'enriquiment sobre la base del § 812 BGB i sí només la de demandar una indemnització per la via de la responsabilitat civil (§ 823.1 BGB). En fi, cal tenir present que el punt de partida normatiu del Dret alemany és ben diferent del propi del Dret espanyol, en el qual manca, com s'ha vist, un reconeixement positiu explícit de la institució de l'enriquiment injustificat tan clara. És el reconeixement amb una certa amplitud de la prohibició de l'enriquiment la que obliga la doctrina a buscar criteris que mantinguin les reclamacions dins d'uns determinats límits.

Des d'aquest punt de vista, la teoria del contingut atributiu (*Zuweisungsgehalt*) sembla útil, perquè permet delimitar els casos en què es pot recuperar l'enriquiment obtingut de forma injustificada respecte dels que no. I per fer-ho, pren com a punt de partida la determinació de si la persona afectada hauria pogut, ella mateixa, utilitzar respecte de tercers la posició jurídica afectada. Si, per exemple, el demandat ha dut a terme un acte de competència deslleial, que perjudica la posició del demandant però no l'ha privat d'una possibilitat d'utilitzar ell mateix el dret o interès afectat (v.gr. per una situació de boicot econòmic, o publicitat enganyosa), no entraria en joc la figura de l'enriquiment injustificat. L'argument és que el presumpte responsable no s'ha apropiat d'un benefici que el presumpte afectat tingués un dret a obtenir en exclusiva. Mentre que sí que ho faria quan sí que es produeix

⁶² Així ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 75.

⁶³ Vegeu ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 77 amb més referència.

aquesta privació o ingerència (v.gr. per actes de confusió, abús de secrets industrials, o similars).⁶⁴

Aquest enfocament encaixa amb la formulació que els autors del Dret natural — com GROTIUS, qui va ser el primer autor en presentar l'enriquiment injust com a font autònoma de les obligacions⁶⁵— van donar al principi contra l'enriquiment injust, com a principi connectat amb la idea aristotèlica de justícia commutativa.⁶⁶ Com és sabut, aquesta idea postula que cada persona té dret a conservar allò que té, mentre que la justícia distributiva dóna dret a cada persona a participar en els recursos que l'estat tingui per repartir. Per tant, és lògic que si algú s'apropia del que correspon a un altre segons la justícia commutativa ho hagi de restituir. Però per a això cal verificar abans que allò de què un altre s'ha apropiat corresponia en exclusiva al perjudicat, és a dir, que la posició jurídica d'aquest tenia un contingut atributiu (*Zuweisungsgehalt*). El dret en exclusiva s'atribueix —com el mateix Aristòtil ja havia defensat— per evitar els problemes que es derivarien d'una situació de comunitat sobre el bé o posició en qüestió, per un costat, i per donar un incentiu per esforçar-se i fer un bon ús dels recursos, per l'altre.⁶⁷ El que han de fer els competidors és esforçar-se per ser millors que els altres. Per això, si un competidor simplement ha fet ús del seu dret a competir en el mercat, no ha interferit amb una posició jurídica exclusiva d'un altre, ja que ningú no té dret a que els contractants potencials contractin justament amb ell i no amb un altre.

C) AVALUACIÓ CRÍTICA

En realitat i malgrat el que s'acaba d'exposar, tots dos plantejaments —tant el que situa el problema en seu de responsabilitat civil, com el que el situa dins l'enriquiment injustificat— semblen problemàtics, i això per diverses raons. En primer lloc, la devolució o *disgorgement* propi del *common law* constitueix un cos estrany, que encaixa malament en l'engranatge de les regles de responsabilitat civil. Com s'ha apuntat, l'enriquiment experimentat pel responsable té lloc al marge de la causació d'un dany a la víctima. Es pot prendre com a exemple el cas del permís per transportar minerals a través de la finca aliena (*wayleave for mining*). Si l'explorador de la mina duu a terme aquest transport a través de la finca d'altri, sense el consentiment d'aquest últim, això no significa necessàriament que aquest darrer hagi sofert un dany. El transport es pot haver fet, per exemple, en condicions que no hagin alterat la finca en qüestió, de manera que el que reclama la víctima és

⁶⁴ Així també, en el Dret italià, SIRENA, “La restituzione...”, cit., p. 322.

⁶⁵ Vegeu Robert FEENSTRA, *Legal scholarship and doctrines of private law, 13th-18th centuries*, Aldershot, Variorum, 1996, p. 198.

⁶⁶ Vegeu GORDLEY, *Foundations...*, cit., p. 425, amb més referències.

⁶⁷ ARISTÒTIL, *Política*, Llibre II.v. Més àmpliament, GORDLEY, *Foundations...*, cit., p. 425, 427 i 446.

només el fet que l'altra persona s'ha enriquit a costa seva. En una situació com aquesta, un jutge anglès segurament condemnaria el responsable a pagar una suma de diners anomenada "indemnització restitutòria" (*restitutionary damages*). No obstant, si bé es mira no s'hauria de parlar d'indemnització, i si així es fa és perquè el que el responsable ve obligat a pagar és una suma de diners, i prou. Que no ens trobem davant d'una veritable partida indemnizatòria es demostra per la manera en què es determina el quantum de la indemnització, que no és el dany sofert per la víctima, sinó l'enriquiment obtingut de forma injustificada pel responsable.⁶⁸ En conseqüència, encara que formalment es parli d'una indemnització, sembla que més aviat ens trobem davant una aplicació encoberta d'una altra regla, que possiblement sigui la doctrina de la prohibició de l'enriquiment injustificat.⁶⁹ Això suggereix que, en el fons, els enfocaments respectius del *common law* i del Dret alemany, per exemple —on, com s'ha vist, la qüestió es resol per la via de l'enriquiment injustificat— no estan tan lluny l'un de l'altre.⁷⁰ A banda d'això, fins i tot es podria debatre si està realment justificat que l'explotador de la mina es vegi obligat a pagar l'enriquiment al propietari de la finca, en la mesura en què aquest no ha patit una autèntica pèrdua o detriment. Hi ha qui pensa que, en el fons, el propietari no hauria de rebre una indemnització que va més enllà del dany (*harm*) o interferència que ha sofert.⁷¹

Semblantment, el DCFR col·loca dins de les normes sobre responsabilitat civil la restitució d'un benefici obtingut en connexió amb la causació d'un dany. No obstant, la recuperació del benefici prevista per les normes referides més amunt presuposa que hi ha hagut un dany, entès com a requisit o condició de la responsabilitat. Per tant, la víctima no podrà reclamar els beneficis obtinguts pel demandat si no pot provar que hi ha hagut el que el DCFR un "dany jurídicament rellevant" (*legally relevant damage*).⁷²

L'anterior podria fer pensar que l'enfocament correcte és, doncs, el propi del Dret alemany que, com s'ha vist, vehicula aquestes reclamacions per la via de l'enriquiment injustificat. Front del punt de partida adoptat pel Dret anglès, té l'avantatge que no requereix la comissió d'un acte il·lícit generador de responsabilitat civil perquè la víctima pugui reclamar l'enriquiment del demandat, ja que en el fons no

⁶⁸ Com assenyala SIRENA, *Restitution...*, p. 451.

⁶⁹ Semblantment, Ulrich AMELUNG, *Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 97 ss.

⁷⁰ Com ha posat de relleu Reinhard ZIMMERMANN, "Ungerechtfertigte Bereicherung und das Common Law", dins de: VACCA, *Arricchimento...*, cit., 255-267, p. 266.

⁷¹ Així GORDLEY, *Foundations...*, cit., p. 448.

⁷² Com posa de relleu MACQUEEN, "DCFR...", cit.

es tracta de vehicular una reclamació de danys sinó una d'enriquiment injustificat. Nogensmenys, la solució germànica també presenta algunes dificultats. Per començar, convé tenir present que la regla que prohibeix l'enriquiment injustificat fa referència al fet que aquest enriquiment s'hagi obtingut a costa d'una altra persona. En el Dret del *common law* aquest requisit es formula tot exigint que l'enriquiment hagi tingut lloc a costa del demandant (*at the plaintiff's expense*). Quelcom semblant exigeix el BGB quan disposa que la pretensió de restitució (*Herausgabeanspruch*) per enriquiment pressuposa que algú ha obtingut quelcom a costa d'un altre (*auf Kosten des anderen*, § 812). I el mateix es pot dir del Codi Civil holandès (*ten koste van een ander*, art. 6:212) o el Codi d'Obligacions (*Obligationenrecht [OR]*)⁷³ suís (*aus dem Vermögen eines andern*, art. 62). Aquesta referència sembla indicar que no es podrà exigir la restitució de l'enriquiment si el demandant no ha experimentat al mateix temps un correlatiu empobriment.

Però, com ja s'ha vist, hi ha situacions en les quals la víctima no pot demostrar això últim, justament perquè el benefici no s'ha obtingut a costa seva, o no ha experimentat un correlatiu empobriment. L'empobriment pressuposa que, si les coses s'haguessin fet correctament, el demandat no hagués obtingut aquest mateix benefici, sinó que el beneficiat hagués estat la pròpia víctima. En canvi, pot haver-hi supòsits en què el demandat s'enriqueixi, àdhuc gràcies a la utilització dels recursos de la víctima, d'una manera que només aquell pot aconseguir, de forma que l'enriquiment sigui conseqüència de l'especial habilitat o destresa del demandat. És a dir, que pot haver-hi casos d'enriquiment sense empobriment, en els quals —en conseqüència— no es podria reclamar per la via de la prohibició d'enriquiment. Si l'enriquiment d'un (el *fieri locupletiores* del Digest) no va acompanyat de l'empobriment de l'altre (*cum alterius detrimento*), en puritat de conceptes no procediria el remei contra l'enriquiment injustificat. Aquest és freqüentment el cas en relació a la utilització abusiva de drets de caràcter immaterial d'una altra persona, com succeeix en el supòsit de les creacions de l'ingeni o els actes de competència deslleial, o bé en la utilització in consentida dels drets de la personalitat, com ara en el cas de l'ús de la imatge d'una persona en un anunci publicitari.

Diversos ordenaments —com l'italià— insisteixen en la necessitat que l'enriquiment vagi acompanyat d'un empobriment, que s'erigeix en límit màxim del que es pot reclamar per aquesta via.⁷⁴ Amb tot, això no representaria un problema en el Dret alemany. En ell, la doctrina sosté que l'acció d'enriquiment no depèn del fet que el

⁷³ *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911* (actualitzada a 1 de gener de 2010) que es pot trobar a www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf.

⁷⁴ Vegeu VISSER, "Unjust enrichment", cit., p. 773; GALLO, *Arricchimento...*, cit., p. 27 i SIRENA, "La restituzione...", cit., p. 316.

demandant s'hagi empobrit en una mida que correspongui amb aquell. No és necessari, doncs, que s'hagi empobrit —almenys no en el supòsit d'enriquiment per ingerència en la posició aliena.⁷⁵ Així ho va establir ja el Tribunal imperial o *Reichsgericht* en una sentència de l'any 1919, conforme a la qual la persona que ha fet servir indègudament la via ferroviària d'un altre no es pot emparar en què el propietari no ha patit cap pèrdua.⁷⁶ I com argumenta la doctrina, l'acció correspon al demandant perquè hi ha hagut un enriquiment (*Bereicherung*), no perquè hi hagi hagut un empobriment (*Entreicherung*).⁷⁷ Àdhuc en el Dret suís, on la llei exigeix expressament que l'enriquiment s'hagi produït *a costa del patrimoni d'un altre* (*aus dem Vermögen eines andern*, art. 62 OR), com s'ha vist, la doctrina entén que no cal que el demandant hagi patit un autèntic perjudici patrimonial, sinó que la simple obtenció d'un enriquiment pel mandat s'entén de forma automàtica que és “a costa” del demandant.⁷⁸ Aquesta sembla ser la interpretació prevalent en el *common law*, en el qual és suficient que algú s'hagi enriquit a costa d'un altre, però sense requerir que aquest últim hagi experimentat un perjudici.⁷⁹

Aquest criteri s'allunya de la interpretació comunament acceptada en el Dret espanyol, en el qual sembla que només alguns autors han sostingut que l'empobriment com a tal no és un requisit per a l'aplicació del remei front de la prohibició d'enriquiment injustificat,⁸⁰ mentre que l'opinió dominant sosté que l'enriquiment només es pot recuperar en la mesura de l'empobriment del demandant,⁸¹ essent aquest un “límit infranquejable” (en paraules de la STS de 5.10.1985 [RJ 1985, 4840]; semblantment, STS de 19.4.1990 [RJ 1990, 2731]). En altres sistemes, i en concret en el Dret anglès, part de la doctrina ha defensat que el supòsit en què hi ha un enriquiment sense un dany efectiu al demandant és constitutiu d'un supòsit específic, un acte il·lícit especial consistent en l'enriquiment il·lícit (*wrongful enrichment*). Aleshores, el demandant podria reclamar aquest enriquiment sense ha-

⁷⁵ Vegeu SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, cit., p. 339 Rn. 714.

⁷⁶ *Reichsgericht* 20.12.1919 (RGZ 97, 310).

⁷⁷ Vegeu ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 79.

⁷⁸ Vegeu HAHN, “OR 62”, cit., p. 1373.

⁷⁹ Vegeu GALLO, *Arricchimento...*, cit., p. 34 i 35, qui sembla acceptar aquesta interpretació també per al Dret italià.

⁸⁰ Així, José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago, 1979, p. 87. També, en relació amb l'enriquiment per intromissió, BASOZÁBAL, *Enriquecimiento...*, cit., p. 334.

⁸¹ Per tots, José Luis LACRUZ BERDEJO / Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA / Agustín LUNA SERRANO / Jesús DELGADO ECHEVERRÍA / Francisco RIVERO HERNÁNDEZ / Joaquín RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 3ª ed. revisada y puesta al día por Francisco RIVERO, Madrid, Dykinson, 2005; p. 408 i 414.

ver de provar un correlatiu empobriment.⁸² De forma una mica diferent, però amb un resultat que es pot considerar anàleg, el Dret italià ha fet ús de la regla que permet al jutge avaluar el dany equitativament en cas que sigui difícil fer-ho d'una altra manera (art. 2056 *Codice Civile*). Així, la jurisprudència italiana ja no necessita basar-se per a la determinació del quantum indemnitzatori en la pèrdua patrimonial de la víctima, sinó —ja sigui de forma alternativa o cumulativa— en el profit obtingut pel responsable o en l'anomenat preu de consens (*prezzo del consenso*)⁸³ —és a dir, el preu que l'afectat hauria estat disposat a pagar en l'hipotètic cas en què se li hagués demanat el consentiment.

A més, en el cas del Dret alemany hi ha un inconvenient addicional, degut a la relativa manca de delimitació positiva dels supòsits en què és possible reclamar l'enriquiment. Com s'ha vist, la doctrina ha desenvolupat la teoria conforme a la qual aquesta reclamació és possible a condició que la posició jurídica afectada tingui un contingut atributiu. Tanmateix, el criteri no ens diu res per si sol, sinó que obliga a fer una segona delimitació de situacions que donen dret a reclamar. A banda d'això, es dona el fet que si la posició jurídica afectada està mancada d'aquest contingut atributiu, caldrà reclamar per la via de la responsabilitat civil. Nogensmenys, com ja s'ha vist, això porta a un carreró sense sortida, perquè l'enriquiment es pot haver obtingut sense dany del demandant. El Dret alemany, fins on s'ha pogut veure fins aquí, no resol quina és la via per reclamar l'enriquiment quan el dret afectat no té contingut atributiu. Per això no falten algunes veus crítiques a la mateixa doctrina alemanya.⁸⁴

A banda de l'anterior, és comunament admès que l'aplicació del remei contra l'enriquiment injustificat requereix que la part que s'enriqueix hagi actuat de mala fe. Aquest és un aspecte en el qual sembla que pràcticament tots els ordenaments jurídics coincideixen.⁸⁵ Això provoca una important limitació del remei contra l'enriquiment si es compara amb el mecanisme de la responsabilitat civil que, com a regla general, exigeix culpa (art. 1902 CC), i en alguns casos (els de responsabilitat objectiva), ni això. El requisit de la mala fe equivaldria, si es trasllada a la responsabilitat civil, a exigir que el causant del dany s'hagi comportat de forma dolosa, és a dir, amb consciència i voluntat de causar-lo. Aquesta comparació entre ambdós remeis —la indemnització i la restitució de l'enriquiment— posa de manifest com és

⁸² Vegeu Peter BIRKS, "Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment", *Texas Law Review* [Tex. L. Rev.] 2001, vol. 79, 1767-1794, p. 1767.

⁸³ Vegeu SIRENA, "La restituzione...", cit., p. 311 i GALLO, *Arricchimento...*, cit., p. 49, amb més referències.

⁸⁴ Com la de Christiane SIEMES, "Gewinnabschöpfung bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Presse", *AcP* 2001, vol. 201, 202-231, p. 214.

⁸⁵ Vegeu SIRENA, "La restituzione...", cit., p. 310.

de restrictiu l'àmbit operatiu d'aquest segon. Caldria, doncs, preguntar-se si existeix algun remei alternatiu que permetés la víctima recuperar o absorbir l'enriquiment àdhuc en casos de conducta de bona fe del responsable.

III. GESTIÓ IMPRÒPIA DE NEGOCIS ALIENS

Una possibilitat que en teoria caldria examinar és la referent a vehicular aquestes reclamacions per la via del quasicontracte de la gestió de negocis aliens sense mandat. Com s'ha vist, sembla que el sistema actual pot entrebancar-se amb algunes insuficiències si el que es pretén és que la víctima pugui reclamar els beneficis obtinguts pel responsable, merament sobre la base de les regles de la responsabilitat civil o de l'enriquiment injustificat. En el primer cas, perquè no sempre hi ha dany, i en el segon, perquè no sempre hi ha enriquiment, o no es permet la recuperació quan el dret de la víctima no té un contingut atributiu (el *Zuweisungsgehalt* de la doctrina alemanya). Des d'un punt de vista *de lege ferenda*, sembla possible que es plantejgi la proposta d'introduir en el sistema una regla general d'absorció de danys amb independència de si la víctima hauria consentit la intromissió en el seu dret (per exemple, perquè hauria concedit el seu permís o llicència si se li hagués demanat) o de si hagués pogut consentir la intromissió, és a dir, sense fer dependre el dret a la devolució del profit del fet que el dret lesionat tingui o no un contingut atributiu (*Zuweisungsgehalt*).⁸⁶ La proposta parteix de la base que la teoria del contingut atributiu pot deixar alguns casos en què la víctima no recuperi el profit, la qual cosa produiria un efecte de prevenció insuficient, i això és justament el que caldria evitar.

L'anterior insuficiència planteja l'interrogant de si existeix algun altre expedient que pugui socórrer el demandant per permetre-li obtenir l'absorció del profit o benefici obtingut pel mandat. Una possibilitat que es pot plantejar si, en teoria, podria desenvolupar aquesta funció, seria la d'una tercera figura, com és la gestió de negocis aliens sense mandat (*negotiorum gestio*, o el que el DCFR anomena —segons ja s'ha vist— “intervenció benvolent en els afers d'altri” (*benevolent intervention in another's affairs*)).⁸⁷ Es tractaria aleshores d'entendre que el mandat, amb l'actuació que li apermès obtenir un profit, ha estat en realitat gestionant afers o interessos d'una altra persona, el demandant, que estaria facultat per absorbir-los o recu-

⁸⁶ Aquesta és la proposta de Gerhard WAGNER, dins de Egon LORENZ (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz - Zwecke, Inhalte, Grenzen. Mit Vortrag von Gerhard Wagner und Dokumentation der Diskussion*, Karlsruhe, VVW, 2006, p. 121 nota 41.

⁸⁷ En la línia apuntada per SIRENA, *Restitution...*, p. 453 i “La restituzione...”, cit., p. 317.

perar-los. La resposta que es doni a aquest interrogant —lluny de ser purament teòrica o conceptual— seria rellevant en termes pràctics, no només perquè permetria recuperar els beneficis en més casos que no pas si es fa servir la via de l'enriquiment injustificat, sinó també, per exemple, als efectes de la prescripció, ja que els terminis per reclamar la responsabilitat civil són especialment breus (tres anys, art. 121-21.d) CCC) en comparació amb el termini general de prescripció decennal (art. art. 121-20 CCC), que resultaria aplicable a la reclamació per gestió de negocis en Dret català.

La possibilitat de recuperar o absorbir el profit mitjançant la gestió de negocis podria trobar alguna oposició o resistència. De fet, alguns autors ja han manifestat els seus dubtes, tot assenyalant que és una possibilitat molt difícil, si no impossible.⁸⁸ Per això, sembla possible interrogar-se sobre la funció que aquest quasicontracte desenvolupa en el nostre sistema i si podria donar cabuda als problemes o conflictes d'interessos que aquí s'han referit. Com és ben sabut, la gestió de negocis aliens té lloc quan una persona s'immisceix en els béns o negocis d'un altre, sense el seu consentiment (art. 1889 I CCE). Fonamentalment s'estan cobrint amb aquest expedient els supòsits en què la intervenció del gestor no s'havia pogut demanar o autoritzar amb anterioritat a que tingués lloc. En aquests casos, el gestor oficiós, com l'anomena el CCE, està obligat a reparar els danys causats a l'amo o propietari d'aquests béns o negocis, sempre que aquell hagi obrat amb culpa. Pròpiament parlant, la gestió de negocis aliens no constitueix un remei de restitució o devolució dels beneficis, ja que les obligacions que fa néixer són les de continuar la gestió per part del gestor (art. 1888 CCE; obligació que no té cap sentit quan la gestió es fa amb una intenció purament depredatòria, per enriquir-se el gestor)⁸⁹ i desenvolupar-la de forma diligent (art. 1889 CCE), així com l'obligació de l'amo de rescabalar el gestor en els termes previstos per la llei (art. 1893). Aquesta última acció, corresponent a l'antecedent romà de *l'actio negotiorum gestio contraria*, no és pròpiament una acció d'enriquiment, ja que l'enriquiment té una causa, que és la pròpia gestió de negocis.⁹⁰ El Codi Civil espanyol —seguint el model francès— no preveu, doncs, una acció d'enriquiment en aquesta seu.⁹¹ Tampoc no preveu la possibilitat que el gestor reclami una retribució per la seva gestió, degut a la idea que aquell actua de

⁸⁸ Així GALLO, *Arricchimento...*, cit., p. 7.

⁸⁹ Com posa de relleu María Elena SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, Civitas, 2000, p. 114.

⁹⁰ Com apunta, des del punt de vista comparat, KUPISCH, "Ripetizione...", cit., p. 290.

⁹¹ Respecte del Codi francès, vegeu REMY, "Les restitutions...", cit., p. 76 amb més referències.

forma amistosa, com correspon —novament— a la construcció romana d'aquesta figura.⁹²

Tanmateix, la doctrina ha posat de relleu que la regulació de la gestió de negocis aliens en el Codi Civil espanyol és molt flexible, de manera que s'hi podrien incloure molts supòsits imaginables.⁹³ Com és sabut, la paraula “gestió”, emprada pel Codi espanyol, s'interpreta de forma molt àmplia, tot incloent tant els actes jurídics com els merament materials de gestió.⁹⁴ El problema rau en què, en aquests casos, el gestor no actua voluntàriament com a tal, ni pretén administrar o conservar el patrimoni del *dominus negotii*, ni té sempre una intenció altruista, sinó que probablement es mou amb una finalitat il·lícita, com és enriquir-se a costa del demanant. Tanmateix, la regulació sobre la gestió (arts. 1888 ss. CCE) no requereix que la voluntarietat es refereixi a la gestió mateixa, sinó a la immissió en els negocis aliens,⁹⁵ essent aquest un aspecte que sí es compliria en els casos que s'estan analitzant. Ara bé, també s'ha posat de relleu que si el gestor sap que el negoci és aliè, però el gestiona per a aconseguir-hi un profit, comet un acte il·lícit, que el farà responsable dels danys causats al *dominus*,⁹⁶ o que ha de donar lloc a l'aplicació de la regla prohibitiva de l'enriquiment injust.⁹⁷ Aquest plantejament sembla traslladar el problema a la responsabilitat civil, tot i que, com s'ha vist, convindria preguntar-se aleshores quin és exactament el dany; o al de l'enriquiment, que com s'ha vist també resulta limitada.

A més, en el Dret comparat generalment s'interpreta que el gestor està obligat a lliurar al propietari l'enriquiment que hagi experimentat gràcies a la gestió dels negocis d'aquest, sempre i quan el gestor hagi actuat de mala fe. Aquest requisit es compleix quan el gestor era conscient de la seva interferència amb els negocis d'altri. Així, en el Dret alemany, es reconeix que la gestió de negocis aliens (*Geschäftsführung ohne Auftrag*) pot entrar en joc quan el gestor està mancat de la voluntat de gestionar els negocis d'un altre, cas en el qual el gestor actua com si el negoci aliè fos el seu propi (*Eigengeschäftsführung*). Aleshores cal distingir dos supòsits diferents:

⁹² Vegeu Filippo RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Auf., Wien, New York, Springer, 2009, p. 1759 amb més referències.

⁹³ Vegeu Francisco J. ANDRÉS SANTOS, “Artículo 1888”, dins d'Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2029.

⁹⁴ Per tots, LACRUZ/RIVERO, *Elementos...*, cit., p. 394.

⁹⁵ Novament, vegeu LACRUZ/RIVERO, *Elementos...*, cit., p. 395.

⁹⁶ Així Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 517.

⁹⁷ Així SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, cit., p. 115, qui suggereix que possiblement s'hauria de seguir el model alemany, al qual es farà referència.

a) si la gestió de negocis aliens ha tingut lloc en la creença que el gestor gestionava els seus propis afers, sinó que actuava sota els efectes d'un error (*irrtümliche Eigen-geschäftsführung*), són inaplicables les normes sobre gestió de negocis (segons preveu expressament el § 687.1 BGB). Per tant, enlloc d'aplicar aquestes normes (§§ 677 a 686 BGB), el conflicte d'interessos s'haurà de resoldre amb les relatives a la responsabilitat civil (si hi ha un il·lícit civil o, en l'expressió alemanya, un *Delikt*) i l'enriquiment injustificat.⁹⁸ Part de la doctrina afirma que en realitat en aquest supòsit no ens trobem davant d'un cas de gestió de negocis aliens, en la mesura en què l'alienitat (*Fremdheit*) de l'interès és irrellevant.⁹⁹ En aquest punt, el Dret alemany coincideix, per exemple, amb el Dret italià, en el qual es posa de relleu que la gestió de negocis aliens només entra en joc si el gestor és conscient del fet que està gestionant interessos aliens i, per tant, actua de mala fe.¹⁰⁰

b) En canvi, si el gestor ha actuat de mala fe (*bösgläubig*) o amb dol (*vorsätzlich*), es parla en Dret alemany d'una gestió de negocis aliens impròpia (*unechte Geschäftsführung ohne Auftrag*, regulada al § 687 BGB) o *Geschäftsanmaßung*. Aquest segon supòsit es produeix quan el gestor actua de forma il·lícita, tot usurpant els negocis de l'amo. La gestió es diu que és injusta (*angemaßte*), no permesa (*unerlaubt*). En tal cas, el Codi Civil alemany preveu que l'amo pot fer valdre les pretensions pròpies de la gestió de negocis (§ 687.2 1a part BGB). Tal com s'interpreta aquesta norma, l'amo pot reclamar, com ho faria el gestor en la gestió de negocis autèntica (*echte Geschäftsführung ohne Auftrag*), la restitució (*Herausgabe*) del que hagi obtingut el gestor (§ 681 2a part, en relació amb el § 667 BGB).

I al seu torn, el gestor pot reclamar l'amo del negoci allò en què s'hagi enriquit (§ 687.2 2a part per remissió al § 684 BGB). Per evitar que aquestes dues reclamacions creuades es converteixin en una mena de carrusel jurídic —en paraules de la doctrina alemanya— en el qual l'amo hagi de retornar tot el què ha rebut del gestor, s'interpreta que quan l'amo del negoci reclama al gestor l'enriquiment, aquest pot, per la seva banda, reclamar les seves despeses sobre la base de la figura de l'enriquiment injustificat, i per tant, no pot reclamar despeses més enllà d'aquest enriquiment.¹⁰¹

Com la doctrina alemanya assenyala, aquesta pretensió de restitució (*Herausgabeanspruch*), que l'amo del negoci té contra el gestor, és especialment atractiva quan

⁹⁸ Es pot veure ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 24 i Rolf SCHMIDT, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 5. Auf., Grasberg bei Bremen, edició de l'autor, 2007, p. 16 Rn. 42, segons el qual és irrellevant si l'error era o no excusable.

⁹⁹ Així ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 25.

¹⁰⁰ SIRENA, "La restituzione...", cit., p. 319.

¹⁰¹ Vegeu SCHMIDT, *Schuldrecht*, cit., p. 17 Rn. 42 i p. 45 Rn. 108 i ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 26.

el gestor ha perseguit l'obtenció d'un benefici.¹⁰² A més, aquesta pretensió pot concórrer amb una altra, basada en la prohibició d'enriquiment per intromissió en la posició jurídica d'altri (l'anomenada *Eingriffskondiktion*) conforme al § 812.1 1a part *i.f.* BGB,¹⁰³ de la qual ja s'ha parlat. Finalment, les normes sobre gestió de negocis poden concórrer amb les de la responsabilitat civil, de forma que l'amo del negoci reclami pels danys que li hagi causat el gestor —tot i que la doctrina apunta que és poc freqüent que això passi.¹⁰⁴ En suma, l'amo del negoci pot reclamar contra el gestor de mala fe la restitució de l'enriquiment en concurs amb altres remeis.

De fet, una part de la doctrina defensa que la gestió de negocis aliens impròpia o *Geschäftsanmaßung* pugui constituir la via adequada perquè l'afectat reclami l'enriquiment obtingut per l'altra part. D'aquesta manera s'evita que el gestor en surti immune malgrat que hagi produït una ingerència en l'esfera d'una altra persona i, per tant, s'evita que tingui un incentiu per especular sobre la possibilitat de quedar-se l'hipotètic guany obtingut amb la seva conducta.¹⁰⁵ La proposta sembla molt interessant, ja que la gestió de negocis impròpia permet l'amo del negoci obtenir quelcom més que si anés per les altres dues vies referides —com són responsabilitat civil i enriquiment injustificat. En relació a la primera, la gestió de negocis és superior, perquè el guany obtingut pel gestor pot excedir el dany demostrable de l'amo. I en relació al segon, perquè —a banda de les limitacions ja referides— en l'enriquiment injustificat s'interpreta que el demandant només pot reclamar el valor comú de la cosa de la qual ha disposat indegudament el demandat (en el marc del § 816 BGB).¹⁰⁶

En qualsevol cas, sembla que en el Dret alemany hi ha una tendència general restrictiva, que es manifesta en una interpretació el requisit de l'alienitat del negoci en el § 687.2 de forma estricta, tot limitant-ne l'aplicació a les posicions jurídiques absolutes.¹⁰⁷ Per aquesta raó, per exemple, l'arrendador no estaria facultat per exigir sobre la base d'aquesta norma l'enriquiment obtingut per l'arrendatari gràcies al sotsarrendament que el primer va prohibir.¹⁰⁸

Com es pot apreciar, el Dret alemany relatiu a aquesta matèria és molt estructurat i complex, però una solució similar es pot trobar en altres sistemes. En el Dret italià,

¹⁰² Així LOOSCHELDERS, *Schuldrecht*, cit., p. 280 Rn. 883.

¹⁰³ Vegeu Jan Dirk HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, Heidelberg [etc.], Springer, 2010, p. 339 *Randnummer* [Rn.] 346 i SCHMIDT, *Schuldrecht*, cit., p. 20 Rn. 44 i p. 46 Rn. 111.

¹⁰⁴ Vegeu ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 4.

¹⁰⁵ HARKE, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 341 Rn. 348.

¹⁰⁶ Vegeu ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 25.

¹⁰⁷ Segons apunten ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 25.

¹⁰⁸ Així ESSER/WEYERS, *Schuldrecht*, cit., p. 79.

per exemple, la gestió de negocis aliens (regulada als arts. 2028 ss. *Codice Civile*) també pot ser d'aplicació amb independència de si el gestor va actuar de forma altruista o en interès propi, raó per la qual el gestor està obligat a restituir l'enriquiment obtingut en ambdós casos.¹⁰⁹ Part de la doctrina posa de relleu que per a assolir aquest resultat no cal referir-se a la categoria dogmàtica de la gestió de negocis aliens impròpia o il·legítima —que estaria mancada de reconeixement positiu explícit en el Dret italià—¹¹⁰ tot i que és certament admesa per un altre sector doctrinal, que és possiblement el predominant.

A la inversa, quan el gestor ha actuat en el seu propi interès, per enriquir-se ell (*lucra causa*), malgrat que no es compleixin els requisits de l'acció contrària (regulada a l'art. 1893 CCE, com és sabut), podrà reclamar a l'amo del negoci que li reembossi les despeses de la gestió, en allò en què l'amo se n'hagi aprofitat. Es tracta del que la doctrina francesa anomena “gestió de negocis anormal” (*gestion d'affaires anormal*), tot basant-se en una solució ja defensada per POTHIER, conforme a la qual el dret del gestor a recuperar l'enriquiment de l'amo es basa en l'equitat.¹¹¹ En canvi, en el Dret italià el gestor només pot fer aquesta reclamació a condició que la gestió hagi resultat útil per a l'amo (art. 2031.1 *Codice Civile*). Si ha estat així, podrà rescabalar-se de les despeses; en canvi, si la gestió ha estat no útil per a l'amo, el gestor haurà de restituir l'enriquiment però sense poder reclamar-ne les despeses.

Un enfocament diferent és adoptat en el Dret anglès. De fet, la figura de la gestió de negocis sense mandat, d'arrels romanes, és desconeguda en aquest altre ordenament. El punt de vista conforme al qual una persona que presta serveis no sol·licitats a una altra en pot demanar el reembossament de les despeses és estrany al *common law*, a diferència del que passa a la jurisdicció mixta d'Escòcia, per exemple.¹¹² En el Dret anglès, el gestor està obligat a la restitució de beneficis amb independència de la seva bona o mala fe. Tanmateix, perquè sorgeixi aquella obligació és precís que el gestor hagi infringit un deure fiduciari (*fiduciary duty*), el que suposa una manifestació de la protecció especial que el *common law* dona a la relació fiduciària. Sense aquesta infracció, el deure de restitució només sorgeix si el gestor va actuar de mala fe (*knowingly*).

Com s'ha vist els Principis europeus de la responsabilitat civil elaborats pel *European Group on Tort Law* no regulen aquesta qüestió. Pel que fa al *Draft Common Frame of Reference*, sí que s'ocupa d'aquesta figura, tot optant pel model continental de

¹⁰⁹ Vegeu SIRENA, “La restituzione...”, cit., p. 317.

¹¹⁰ Així SIRENA, “La restituzione...”, cit., p. 318.

¹¹¹ Per més detalls vegeu REMY, “Les restitutions...”, cit., p. 92 ss i ANDRÉS, “Artículo 1983”, dins de LUELMO, *Comentario...*, cit., p. 2035 ss.

¹¹² Vegeu RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit., p. 1768.

base romana. Al seu art. V-1:101, en ocupar-se de l'actuació benvolent en els afers d'altri (*benevolent intervention in another's affairs*), que és el títol del llibre V del DCFR, preveu que la gestió pressuposa l'actuació altruista (*predominant intention of benefitting another*) i sobre la base d'un fonament raonable per actuar (*reasonable ground for acting*). Segons la mateixa norma, aquest fonament manca si el gestor de negocis coneix, o havia de conèixer, la voluntat de l'amo contrària a la gestió. Degut a això, sembla que la via de la gestió dels negocis aliens no estaria disponible en els casos que aquí s'estan estudiant.

En definitiva, sembla que hi ha arguments per a plantejar el debat sobre si és convenient o no la introducció d'una regla de recuperació o devolució del benefici obtingut per una persona, al marge de la regla sobre l'enriquiment injustificat. Aquesta nova regla no es pot encabir en el sistema de la responsabilitat civil, ja que pot haver-hi una obtenció de beneficis sense un correlatiu empobriment o perquè pot no haver-hi dany (com en el cas de les mesures preventives pures). Enlloc d'això, la nova regla tal vegada podria consistir en una aplicació de la figura de la gestió impròpia de negocis aliens sense mandat.