

Enrique Barros Bourie
M^a Paz García Rubio
Antonio M. Morales Moreno

Derecho de daños



Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

Derecho de daños

Enrique Barros Bourie

M^a Paz García Rubio

Antonio M. Morales Moreno

Derecho de daños



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Enrique Barros Bourie, M^a Paz García Rubio y Antonio M. Morales Moreno

I.S.B.N. : 978-84-613-7250-8

Depósito Legal: M-52683-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

RESTITUCIÓN DE GANANCIAS POR INTROMISIÓN EN DERE- CHO AJENO, POR INCUMPLI- MIENTO CONTRACTUAL Y POR ILÍCITO EXTRA-CON- TRACTUAL (<i>Enrique Barros Bourie</i>)	11
I.- Enriquecimiento injustificado como fuente general de obliga- ciones	11
II.- Supuestos de la restitución por enriquecimiento injustifi- cado y de la responsabilidad por daños	26
III.- Enriquecimiento a consecuen- cias de un incumplimiento con- tractual	32

IV.- Enriquecimiento como consecuencia de un ilícito extracontractual	59
RESTITUCIÓN DE BENEFICIOS OBTENIDOS POR INTROMISIÓN EN DERECHO AJENO, POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y POR ILÍCITO EXTRA CONTRACTUAL. (M^a Paz García Rubio)	
I.- Enriquecimiento injusto como fuente general de obligaciones ...	79
II.- Supuestos de la restitución por enriquecimiento injustificado y de la responsabilidad por daños	93
III.- Enriquecimiento a consecuencia de un incumplimiento contractual	100
IV.- Enriquecimiento a consecuencia de un ilícito extracontractual ..	117
V.- Intromisión en derechos de la personalidad	128
VI.- Consideración final	130

CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RIESGOS EN MATERIA CON- TRACTUAL UN CONTRAPUN- TO CON LA RESPONSABILI- DAD EXTRA CONTRACTUAL (<i>Enrique Barros Bourie</i>)	135
I.- Introducción: el punto de vista metódico en el derecho de obli- gaciones	135
II.- Contrato e ilícito extracontrac- tual como fuentes de las obliga- ciones	138
III.- Criterios de atribución de ries- gos en materia extracontractual como <i>tertium comparationis</i>	147
IV.- Equivocidad del concepto de riesgo en el derecho de contra- tos	153
V.- Conveniencia de introducir un concepto diferenciado de incum- plimiento	157
VI.- Diligencia y satisfacción del interés del acreedor como criterios determinantes de la responsabili- dad contractual en sentido estricto ..	176

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA UNIFICACIÓN DEL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO (<i>Antonio M. Morales Moreno</i>)	193
I.- Introducción.....	193
II.- El Código civil español como punto de partida	195
III.- Contrato e ilícito extracontractual como fuente de las obligaciones	198
IV.- Los mecanismos de distribución de riesgo en el contrato	205
V.- La noción de incumplimiento	209
VI. - Incumplimiento y daño	213
VII.-La problemática de las obligaciones de medios	215

RESTITUCIÓN DE GANANCIAS
POR INTROMISIÓN EN DERECHO
AJENO, POR INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL Y POR ILÍCITO
EXTRA CONTRACTUAL

Enrique BARROS BOURIE

*Disorderly law is no more than an alibi for
illegitimate power*

Peter Birks

I. Enriquecimiento injustificado como
fuente general de obligaciones¹

1. *El enriquecimiento injustificado entre
el contrato y el ilícito extracontractual.* En
contraste con el contrato y el delito civil, las
dos fuentes generales de obligaciones recono-
cidas en las Institutas de Gayo, las obligacio-
nes que nacen como de un contrato (*quasi ex
contractu*), que son distinguidas como un

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

grupo separado en las Institutas de Justiniano (3.14, 3.27), no presentan homogeneidad conceptual, sino responden a las figuras cuasicontractuales típicas desarrolladas en los códigos civiles y que han conservado una perfecta individualidad. A los tipos cuasicontractuales de los códigos de influencia francesa, se agregan muy diversas acciones restitutorias, que tienen por antecedente la nulidad, la resolución, la accesión, la reivindicación exitosa con efectos obligatorios en materias de frutos, deterioros y mejoras, y muchas otras que tienen su filiación en las *condictiones* romanas, o que pueden ser explicadas por analogía².

En los principales sistemas jurídicos, bajo distintas formas, estas *condictiones* y cuasicontratos han pasado a ser interpretados a la luz del principio unificador de enriquecimiento injustificado o sin causa, que es concebido como razón justificadora común para todos ellos. Una importante generalización del derecho civil moderno en la materia, atribuible a la escolástica española y a H.

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

Grocio³, ha sido reunir las diversas hipótesis de obligaciones restitutorias bajo ese concepto normativo e indeterminado⁴.

En el *common law*, el derecho de obligaciones ha sido tradicionalmente dividido en contratos, ilícitos y restitución. Sin embargo, la doctrina más lúcida ha reparado que esta última categoría no está en el mismo nivel analítico que las dos primeras, porque mientras el contrato y el ilícito son reconocidos como fuentes de las obligaciones, la restitución es un remedio que tiene por antecedente un hecho jurídico, de entidad funcional semejante al contrato y al ilícito, como es el enriquecimiento injustificado⁵.

Así, con razón, se propone que las obligaciones sean clasificadas de acuerdo a su fuente

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

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

⁵ P. Birks, "Definition and Division: A Meditation on Institutes" 3.13, y E. Weinrib, "Juridical Classifications of Obligations", ambos en P. Birks, editor, *The Classification of Obligations*, Oxford: Clarendon, 1997, 1 (20) y 37 (47), respectivamente.

en derivadas de contrato, de hecho ilícito, de enriquecimiento injustificado y de otras fuentes. A la inversa, en la propia tradición del derecho civil ha faltado una mirada de conjunto de las diversas obligaciones restitutorias, lo que ha impedido verlas como concreciones típicas y diferenciadas, pero que responden a un principio común de enriquecimiento injustificado.

El mayor interés de esta ordenación a efectos de este estudio es intentar lograr claridad acerca de la concurrencia de hipótesis cubiertas por el derecho de contratos o de la responsabilidad extracontractual, por un lado, con acciones restitutorias que tengan por antecedente el enriquecimiento injustificado, por el otro.

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

bién pueden tener por antecedente el incumplimiento del contrato o los demás hechos que causan daño y pueden ser acumulables a la reparación en naturaleza.

En otras palabras, en nuestra tradición jurídica el sistema de acciones tiende a relativizar la distinción del análisis económico del derecho entre protección de derechos de propiedad, en que el titular puede hacer valer su derecho respecto de cualquier tercero que lo discuta, y reglas de responsabilidad, en que el titular se debe conformar con una reparación en dinero⁶. Por otro lado, nada impide que el derecho sólo conceda una acción indemnizatoria, aunque se vea afectado un derecho de propiedad⁷.

⁶ G. Calabresi y A. D. Melamed, "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral", en *Estudios Públicos* 63, 1996 (1972), pág. 347. Sobre la superposición de acciones en la responsabilidad contractual, F. Pantaleón, "Las bases de la responsabilidad contractual", en *Anuario de Derecho Civil* 46 (1993), 1719, A. M. Morales, *La modernización del derecho de obligaciones*: Madrid: Civitas, 2006, 29, 55; en materia extracontractual, E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica, 2006, pág. 869.

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

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

Por eso, aunque el principio restitutorio del enriquecimiento injustificado se encuentre en un nivel funcional equivalente al contrato y al ilícito civil, ha demorado mucho en adquirir la configuración dogmática general, pero a la vez compleja y diferenciada, de esas otras fuentes de obligaciones. Ocurre que el enriquecimiento injustificado es un principio normativo mucho más impreciso que el contrato o el ilícito dañoso, de modo que las obligaciones restitutorias no responden a un criterio de la misma generalidad que las obligaciones indemnizatorias por incumplimiento contractual o por daños provocados por nuestra culpa. Lo cierto es que mientras se puede decir con claridad que los contratos y los ilícitos que causan daño dan lugar a obligaciones, la respuesta es más oscura tratándose del enriquecimiento injustificado.

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

3. *¿Por qué no se puede asumir una regla general de restitución de toda ganancia que se reciba de tercero sin justificación en la ley o el contrato?* La vida en común supone que unos obtengamos provecho de los otros de las maneras más disímiles, sin que sea razonable llevar una cuenta corriente de esos beneficios. Las razones son muchas y aquí sólo se puede hacer una relación esquemática de algunas: (a) la sociedad en que vivimos supone vínculos básicos e inmanentes de cooperación, que se expresan en principios de justicia política a un nivel más general que el derecho privado; (b) llevar esa cuenta corriente de beneficios recíprocos se enfrenta con dificultades insuperables de inconmensurabilidad, pues los beneficios que nos proveemos son de índoles muy diversas; y, aunque se estableciere un método de medición, los costos de transacción que envolvería esa medición serían inabordables; (c) en la gran mayoría de los casos, el interés propio es una razón suficiente para la acción, sin que el actor atienda (y ni siquiera sea consciente) de las externalidades beneficiosas que puede provocar en terceros⁹; y (d) a la inversa, la mayoría de los beneficios que se siguen de nuestra interacción espontánea son obtenidos sin que el beneficiado

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

siquiera tenga conocimiento, de modo que no se puede imponer una carga que no tiene por supuesto un consentimiento (por eso, los efectos de la agencia oficiosa se diferencian de los del contrato de mandato).

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

4. *Principio general de enriquecimiento vs. condiciones típicas*. La disputa dogmática más general en materia de enriquecimiento injustificado se refiere a si las acciones son reconocidas a partir de un solo principio general o si se asume la necesidad de separar supuestos de hecho diferentes¹².

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

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

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

Una mirada comparada evidencia que las hipótesis concretas de enriquecimiento injustificado difícilmente son subsumibles en un solo conjunto abstracto de supuestos, como ha tendido a ocurrir en el derecho francés y en otros ordenamientos que históricamente le han sido cercanos. La experiencia muestra la dificultad de elaborar en la materia una doctrina razonable, por refinada que sea, a partir de un concepto de excesiva generalidad¹³.

El trabajo dogmático y jurisprudencial está mejor orientado desde el análisis de tipos de

¹³ Es sintomático que la doctrina francesa del enriquecimiento injustificado, que luego influyó en los sistemas jurídicos español e iberoamericano, haya sido construida bajo temprana influencia de la doctrina alemana, en una época cuando aún se perseguía construir una teoría unitaria en la materia, pretensión que luego fue desechada hasta llegar a una situación doctrinaria por completo pacífica en el sentido inverso de una ordenación tipológica de las hipótesis de enriquecimiento injustificado; una relación de esta circunstancia histórica, así como de la evolución posterior de la doctrina alemana, en X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* [nota 1], págs. 22, 35 (con referencia especialmente a las obras más influyentes en la materia: W. Wilburg, *Die Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht* (1934) y E. von Caemmerer, *Bereicherung und unerlaubte Handlung* (1954); muy ilustrativo del contexto es T. Krebs, "The Fallacy of 'Restitution for Wrongs'", en A. Burrows y of Earlsferry editores, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford: Oxford University Press, 2006, págs. 379 (382).

casos que presentan analogías básicas y a cuyo respecto existen razones comunes para dar lugar a restituciones, que a partir de un principio filosófico-jurídico resulta muy disputado¹⁴.

Por eso, la tradición que ordena la materia bajo ciertos supuestos acotados, como en las

¹⁴ En la filosofía del derecho privado hay dudas acerca de las razones de justicia para restituir lo recibido injustificadamente. J. Coleman piensa que sólo en el caso de la responsabilidad reparadora que tiene por antecedente el ilícito existen razones de justicia correctiva para indemnizar a la víctima; por el contrario, existen hipótesis en que el enriquecimiento injustificado carece de contraparte, como ocurre precisamente con el actuar negligente que amenaza daño que no se materializa, que por definición supone un ahorro de costos de cuidado a costa de los demás, porque aumenta la probabilidad de que sean víctimas de un accidente; el deber de entregar las ganancias que se siguen injustificadamente de una actividad sigue, en su opinión, una lógica de justicia propiamente restitutoria (J. Coleman, *Risks and Wrongs*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, pág. 369). E. Weinrib, el filósofo del derecho contemporáneo que más intensamente ha desarrollado la idea aristotélica de justicia correctiva como fundamento normativo del derecho privado, estima que la rectificación exigida por la justicia correctiva se refiere tanto al daño como al enriquecimiento injustificado (E. Weinrib, "Juridical Classifications of Obligations", en Peter Birks ed., *The Classification of Obligations* [nota 5], págs. 37, 46); sin embargo el propio Weinrib estima que no hay razones de justicia correctiva que justifiquen que el incumplimiento de un contrato de lugar a acciones restitutorias, además de las reparadoras (infra nota 36).

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

¹⁵ La doctrina alemana es la que mejor ha encarado esta tarea dogmática; incluso ordenamientos de gran complejidad, como el inglés, tienden a mirar hacia ese desarrollo doctrinal como el más fértil en esta materia (T. Krebs, "The Fallacy of 'Restitution for Wrongs'" [nota 13], pág. 379); sobre esas ventajas en la dimensión del derecho español y de la tradición romano germánica, en general, L. Díez-Picazo, "La doctrina del enriquecimiento injustificado" [nota 1], pág. 116; X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* [nota 1], págs. 35, 53. Es interesante seguir la evolución doctrinaria y jurisprudencial del derecho holandés, que optó por una regla general en la materia, sin otra calificación que la restitución por el enriquecimiento injustificado sea razonable (Código Holandés de 1992, § 6:212); sobre los orígenes de esta norma, R. Feenstra, *Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Hinsicht*, conferencia Ankara,

5. *El enriquecimiento por intromisión como relevante a efectos de este trabajo.* Si se acepta de manera simplificada la clasificación de enriquecimiento por prestación y por intromisión¹⁶, se muestra que las hipótesis de enriquecimiento relevantes responden a grupos de supuestos por completo diferentes entre sí, que no pueden ser subsumidos en un criterio general comprensivo de todas las hipótesis relevantes¹⁷. Asimismo se muestra

abril 1968, AUHF-1972-29-01-02-Feenstra [entrada Google por nombre del trabajo y autor], pág. 303.

¹⁶ Se asume aquí una simplificación, que se explica por el propósito de la ponencia, que excluye las hipótesis de enriquecimiento sin prestación distintas a la intromisión en derecho ajeno, que corresponden a la *restitución de mejoras* que ha efectuado quien debe restituir la cosa (*Aufwendungskondition*) y a la *extinción onerosa de una deuda* que correspondía a un tercero, como ocurre con la obligación restitutoria de contribución a la deuda que tiene el tercero que es solidariamente responsable de la deuda pagada por el acreedor (*Rückgriffskondition*); una descripción sintética de estas condiciones no ligadas a una prestación recibida por el deudor en D. Medicus, *Schuldrecht II. Besonderer Teil* [nota 12], pág. 341.

¹⁷ Así lo ha intentado, infructuosamente, la doctrina francesa al establecer ciertos requisitos generales de procedencia de la acción que resultan a la vez demasiado restrictivos (como ocurre con la exigencia de que haya un desplazamiento patrimonial desde el acreedor al deudor de la obligación de restitución) y demasiado expansivos (porque carece de instrumentos analíticos para distinguir las razones para acceder a la acción restitutoria en ciertos grupos de casos y no en otros); es sintomático que en uno de los manuales franceses más renombrados le sean dedicadas unas pocas páginas al principio de enriqueci-

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

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

En las segundas, la restitución de beneficios se sigue de intromisión en derechos ajenos que garantizan al titular un derecho de exclusividad, de modo que la obligación restitutoria se asocia a derechos de propiedad, con la consecuencia de que hay lugar a la restitución de beneficios obtenidos sin fundamento jurídico, aunque no haya sufrido daño

miento injustificado, a pesar de que en opinión de los autores 'está llamado a constituir al lado de la voluntad individual y de la culpa que causa daño una fuente general de obligaciones en derecho positivo' (F. Terré, Ph. Simler e Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz, 8ª edición, 2002, pág. 998).

el titular¹⁸. En atención a que la materia central de este trabajo es la concurrencia de acciones de enriquecimiento (por un lado) con acciones indemnizatorias y de ejecución en naturaleza (por el otro), aquí sólo resulta relevante este enriquecimiento por intromisión.

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

El enriquecimiento por intromisión es típico de derechos absolutos que pueden ser oponibles a cualquiera que pretenda intervenir en ellos, como ocurre con la propiedad sobre cosas corporales y con los derechos de exclusividad que se rigen por las reglas del dominio (propiedad intelectual e industrial) o que tienen una estructura análoga a la propiedad (contenido patrimonial de los derechos de la personalidad). Pero también puede favorecer a quienes gocen de esos bienes a título de derecho personal (arrendatario, comodatario, titular de un derecho de licencia). La pregunta que se analiza en la sección III se refiere a si

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

la acción por enriquecimiento también puede ser planteada por el acreedor contra el deudor incumplidor que se ha beneficiado de su incumplimiento.

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

A diferencia de la reivindicación, que como acción real se dirige contra la cosa, la acción restitutoria de las ganancias obtenidas por intromisión es personal y se dirige contra quien haya hecho uso, goce o disposición sin autorización del bien que es objeto de un derecho de exclusividad. Pero una y otra presentan la analogía de que tienen por antecedente la acción de un tercero sobre un bien

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

ajeno, afectando la exclusividad de su titular²⁰. La acción de enriquecimiento por intromisión es principalmente una forma de proteger derechos de propiedad, entendidos en sentido analógico, mediante obligaciones restitutorias²¹.

II. Supuestos de la restitución por enriquecimiento injustificado y de la responsabilidad por daños

6. *Diferencias entre los supuestos de enriquecimiento por intromisión y de responsabilidad en sentido estricto.* La pregunta que ocupa a esta ponencia es si el incumplimiento del contrato y el ilícito extracontractual pueden dar lugar a acciones restitutorias de los beneficios que se siguen para quien ha incu-

²⁰ La acción restitutoria de ganancias puede técnicamente cumplir una función sustitutiva de la reivindicación, especialmente en casos en que esta acción sea de difícil ejecución (K. Larenz y C. W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, T. II, 13ª edición, 1994, pág. 170); la relación entre ambas acciones se muestra en el Código chileno, que otorga la acción reivindicatoria en la forma de una acción restitutoria sobre el *precio*, contra el que enajenó la cosa, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil la persecución (artículo 898) y por el *valor* de la cosa contra el poseedor de mala fe que haya dejado de poseer (artículo 900).

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

rrido en ellos. Atendidas las exigencias menores que tienen las acciones restitutorias respecto de las indemnizatorias, la intuición lleva a contestar la pregunta de manera erróneamente positiva.

Ante todo, lo comúnmente determinante en las acciones de enriquecimiento ha pasado a ser la ganancia del deudor y no el desplazamiento patrimonial, esto es, el empobrecimiento correlativo del acreedor (como suele ocurrir en las *condictiones* que tienen por antecedente una prestación)²². La lógica de la acción por enriquecimiento es la justicia restitutoria y no la correctiva, precisamente porque el empobrecimiento patrimonial no es (necesariamente) un requisito de proceden-

²² *Münchener Kommentar*, 2ª edición, Tomo 5, München: Beck, 1986 (*M. Lieb*), § 812 15, 305; *K. Larenz y C. W. Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil, T. II [nota 20], pág. 127; con especial referencia a las particularidades del enriquecimiento en el caso de intromisión en derechos de la personalidad, A. Büchler, "Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zu Dialektik von Ich und Mein", en *Archiv für civilistische Praxis* 206 (2006), págs. 300 (332); X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* [nota 1], 100; por el contrario en el derecho francés la exigencia de que el enriquecimiento corresponda a un empobrecimiento correlativo ha sido tradicionalmente un requisito para limitar la aplicación del principio general (F. Terré, Ph. Simler e Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations* [nota 17], pág. 1002).

cia²³. Por eso, la medida de la restitución es la ganancia injustificada y no el perjuicio, de modo que éste carece de relevancia en la determinación del *quantum* restitutorio²⁴.

En segundo lugar, el enriquecimiento no supone un juicio de antijuridicidad. En verdad, la naturaleza *quasi ex contractu* de las acciones restitutorias de enriquecimiento injustificado deriva de dos factores negativos: su función no es indemnizatoria, ni su antecedente un hecho ilícito (Código chileno, artículos 1437 y 2284). Como en el caso de la obligación que nace del contrato, la obligación restitutoria es primaria, esto es, no deriva del incumplimiento de una obligación, ni de un deber general de conducta²⁵. Por eso,

²³ J. Coleman, *Risks and Wrongs* [nota 14], pág. 371; J. Gordley, "Tort Law in the Aristotelian Tradition", en D. Owen editor, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon, págs. 130 (138).

²⁴ Lo inverso ocurre en la doctrina francesa de la acción de enriquecimiento, porque la medida de restitución es el valor menor entre el beneficio y el empobrecimiento (Dalloz, *Mégacode Civil*, 2003, artículo 1371, pág. 123).

²⁵ P. Birks, *Definition and Division: A Meditation on Institutes 3.13* [nota 5], pág. 25. Los primeros fallos que reconocieron una acción por enriquecimiento por intromisión en el derecho alemán pusieron énfasis en la ilicitud de la conducta del deudor, como fue el caso de un industrial que tenía contratada una conexión ferroviaria con su establecimiento y que instaló un segundo terminal en la misma línea; el *Reichsgericht* estimó que la conduc-

aun la intromisión inocente da lugar a acción restitutoria²⁶.

En tercer lugar, la acción de intromisión se refiere a las cosas, materiales o inmateriales, sobre las cuales tenemos derechos y más excepcionalmente a los servicios que prestamos a terceros. La propiedad se tiene sobre cosas que están fuera de nosotros y que nos pueden ser tomadas y restituidas. Por el contrario, los servicios no son restituibles en especie: si hago algo que beneficia a un tercero, en principio éste nada me debe. Sólo excepcionalmente le puedo exigir restitución

ta antijurídica, no autorizada y codiciosa del demandado daba lugar a la pretensión restitutoria del actor (RG 20.12.1919. RGZ 97, 312); la doctrina y jurisprudencia alemanas, influidas por el desarrollo dogmático de W. Wilburg, han preferido abandonar la exigencia de antijuridicidad para el enriquecimiento por intromisión (o la han desfigurado), haciendo suficiente la perturbación (*Beeinträchtigung*) patrimonial de los intereses del acreedor, de modo que la acción está determinada por el resultado ganancioso y no pasa por la calificación de la conducta (*Münchener Kommentar* [nota 22], (*M. Lieb*) § 812, pág. 207; D. Medicus, *Schuldrecht II* [nota 12], pág. 338; la idea ya aparece en los autores de la tardía escolástica española y fue recepcionada por medio de H. Grocio, quien reproduce un ejemplo típico de intromisión, como es alimentarse con comida ajena (R. Feenstra, *Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Hinsicht* [nota 15], pág. 303).

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

o reparación, cuando ha creado la confianza de que me remunerará (lo que supone un contrato implícito). Pero no se puede exigir al beneficiario que acepte o valore el servicio que se le presta sin su consentimiento. Por eso, no siempre que alguien obtiene de otro una ganancia sin contrato hay enriquecimiento relevante²⁷.

7. *Concurrencia de acciones de enriquecimiento por intromisión e indemnizatorias.* En atención a sus diferentes supuestos, las hipótesis de enriquecimiento que dan lugar a acciones restitutorias de beneficios son independientes del incumplimiento de contrato y de los ilícitos extracontractuales; también se diferencian de las acciones indemnizatorias provenientes de esos ilícitos en que su medida es el beneficio y no el daño.

²⁷ J. E. Penner, *Basic Obligations* [nota 9], pág. 192; esta diferencia explica que el reconocimiento de una acción restitutoria por intromisión sólo se refiera a derechos de goce exclusivo de una cosa material o inmaterial; la cuestión es discutible en el derecho inglés; positivamente afirmando la indiferencia, A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, London i.a: Butterworths, 1994, pág. 287; el enfoque opuesto había sido sostenido por P. Atiyah, "Contracts, Promises, and the Law of Obligations", en *Essays on Contracts*, Oxford: Clarendon, 1986, pág. 10, (21); la calificación de estas relaciones como de enriquecimiento es parte de su crítica a la doctrina del contrato como promesa.

Sin embargo, nada obsta para que un mismo hecho dé lugar a acciones restitutorias e indemnizatorias. Así ocurre cuando un mismo hecho causa daño patrimonial a una persona (reparación indemnizatoria) y enriquecimiento correlativo de otra (restitución de beneficios); es el caso de la nulidad de un contrato que se produce a consecuencia de la conducta dolosa de una de las partes, que da lugar, por un lado, a obligaciones restitutorias entre las partes y a reivindicación si la cosa ha pasado a un tercero (Código chileno, artículos 1687, 1689 y 904 ss.) y, por otro, a la responsabilidad por daños que tiene por antecedente una declaración contractual falsa.

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

En las próximas secciones se tratarán sucesivamente las hipótesis de superposición de enriquecimiento injustificado que da lugar a obligaciones restitutorias con supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual.

III. Enriquecimiento a consecuencias de un incumplimiento contractual

8. *Dificultades conceptuales para conciliar los remedios contractuales y de restitución de ganancias injustificadas.* El contrato y el enriquecimiento injustificado son fuentes de obligaciones que responden a criterios normativos muy diferentes. El contrato justifica el enriquecimiento, porque es causa suficiente para que el acreedor lo obtenga. La doctrina moderna entiende al contrato como un instrumento de distribución de riesgos jurídicos²⁸, creando de este modo los incentivos económicos conexos a hacerse cargo de los resultados²⁹, de modo que las ganancias que haga una parte en razón de un contrato ventajoso son legítimas, aunque tengan por contrapartida pérdidas para la contraparte. Por lo mismo, la parte empobrecida carece de fundamento para demandar invocando el enriquecimiento de la contraparte, aunque éste supere lo que se podía esperar al momento de contratar³⁰. Todo ello es sin perjuicio de que

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

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

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

la lógica económica del contrato sea que ambas partes se enriquezcan en razón de haber obtenido lo que recíprocamente se prometen.

A lo anterior se agrega la dificultad de aplicar en materia contractual la lógica de la propiedad. El incumplimiento contractual no afecta derechos de propiedad sobre el crédito según la particular lógica de los derechos personales: el incumplimiento del contrato no significa, en principio, irrupción alguna en el ámbito de exclusividad del acreedor en el goce de su derecho contractual. Sólo excepcionalmente hay contratos que garantizan al acreedor un espacio de exclusividad respecto del deudor, que puede entenderse cubierto por una pretensión restitutoria por efecto de intromisión (infra § 14).

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

Las pretensiones restitutorias en todos estos casos son independientes de las indemnizatorias, tanto en lo referente a las condiciones de procedencia, como al objetivo protector de la acción. En el primer sentido, los requisitos de la acción indemnizatoria suelen ser más exigentes que las de las acciones que dan lugar a restitución. En el segundo, la medida de la obligación restitutoria es la prestación efectuada por el acreedor, mientras en la indemnizatoria es el daño que haya sufrido. La única superposición está dada por la circunstancia de que la restitución puede ser tenida por el piso de la indemnización, si el derecho define un piso mínimo al *quantum* indemnizatorio, que no pueda ser inferior al valor de la prestación efectuada por el acreedor de la reparación³¹.

En estos casos, la extinción o modificación de la relación contractual por rescisión, reso-

³¹ El Código chileno establece que perdida la cosa que se debe se entiende que ha sido por hecho imputable al deudor y en tal caso éste está obligado a pagar el precio de la cosa y la indemnización (artículo 1672); la norma asume que el monto de la indemnización a que da lugar el incumplimiento de un contrato tiene por piso el valor en dinero de la cosa debida. La regla no hace referencia, sin embargo, propiamente a una restitución de lo dado por el acreedor, sino al valor que la cosa tenga al momento de su avalúo, de modo que mantiene su naturaleza indemnizatoria, con la ventaja de que el acreedor no debe probar perjuicios.

lución u otra razón da lugar a acciones restitutorias que tienen por antecedente el enriquecimiento injusto de la contraparte porque la prestación efectuada ha perdido su justificación contractual. En principio, al acreedor le será más interesante demandar perjuicios, salvo que la cosa dada en pago valga más ahora que en el momento del contrato (caso en el cual el deudor tendrá un incentivo natural a cumplir con su obligación)³². A su vez, reclamar a título de resolución la restitución de lo dado, entregado o hecho, o su valor, suele ser una opción razonable para el acreedor que no desea someterse a las exigencias probatorias, ni a los requisitos de imputabilidad, previsibilidad y causalidad del daño (especialmente respecto del lucro cesante). Si han cambiado los precios de mercado, incluso puede ocurrir que al acreedor resulte más conveniente perseguir la restitución de lo pagado que obtener una indemnización. Cualquiera que sea la situación, lo característico es que ningún incumplimiento imputable al deudor es necesario como requisito de la pretensión restitutoria³³.

La neutralidad axiológica de las obligaciones restitutorias que surgen de la resolución

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

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

del contrato se muestra en que incluso el deudor incumplidor tiene pretensiones que persiguen evitar el enriquecimiento sin causa del acreedor. Mientras en materia indemnizatoria, el deudor incumplidor sólo puede esperar medidas de mitigación que de buena fe resulten exigibles al acreedor para disminuir los perjuicios, en materia restitutoria puede ocurrir que la parte que haya incumplido su obligación, y que con ello haya dado lugar a la resolución, tenga una pretensión restitutoria por lo que haya dado en razón del contrato. Así, si el deudor ha realizado parte importante de su encargo antes de caer en incumplimientos que den lugar a la resolución del contrato de servicios, tiene derecho a que el acreedor le restituya el valor de lo que hasta entonces haya prestado útilmente en su beneficio (que, a su vez, no puede ser objeto de restitución).

10. *Relevancia indemnizatoria de los beneficios del acreedor a consecuencia del incumplimiento.* A su vez, los beneficios obtenidos por el acreedor a causa del incumplimiento también pueden ser relevantes en el cálculo de los perjuicios que se siguen de ese mismo incumplimiento. En este caso, la compensación de esas ventajas o beneficios responde a la lógica de la reparación del daño efectivamente sufrido, lo que exige la *compensatio lucri et damni*, bajo la condición

de que esos beneficios sean consecuencias objetivamente atribuibles al hecho del incumplimiento³⁴. Sin embargo, en este caso, los beneficios sólo son relevantes a efectos de calcular el daño efectivamente sufrido por el acreedor a consecuencia del incumplimiento. Por eso, su consideración responde a una lógica estrictamente indemnizatoria.

11. *Interés del acreedor de accionar contra los beneficios del deudor a consecuencia de su propio incumplimiento.* Una pregunta distinta es si al acreedor contractual se le deben reconocer acciones para que el deudor le desembolse las ganancias que éste ha obtenido en razón de su incumplimiento. Este caso presenta diferencias con las restituciones que analógicamente responden a la idea de obligaciones *quasi ex contractu*, porque la acción del enriquecimiento alegado no tiene por antecedente la restitución de lo prestado en

³⁴ La jurisprudencia norteamericana parece haber cambiado de giro, en este mismo sentido (A. E. Farnsworth, *Contracts* [nota 32], pág. 556). En verdad, la compensación de beneficios que se siguen para el acreedor a consecuencias del incumplimiento plantea dificultades análogas, pero más serias, que en materia extracontractual (E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* [nota 6], pág. 901); un desarrollo dogmático muy completo de la compensación de beneficios del acreedor en materia contractual en *Münchener Kommentar*, Tomo 2, 5ª edición, 2007, (H. Oetcker) págs. 249, 222.

razón de un contrato que ha devenido ineficaz, ni es invocada por el deudor en compensación del daño efectivo sufrido por el acreedor, sino se dirige contra los beneficios que el deudor haya obtenido a consecuencia de su propio incumplimiento contractual, prescindiendo de si el acreedor ha sufrido perjuicios.

Puede ocurrir que el acreedor prefiera la mera restitución por razones muy diversas. Ante todo, el daño que se sigue del incumplimiento puede ser inferior al beneficio obtenido por el deudor; la situación es especialmente seria si del incumplimiento no se sigue daño o los perjuicios son puramente nominales y, por el contrario, el deudor ha obtenido un importante beneficio derivado del incumplimiento de su obligación.

Además, en circunstancias que la reparación indemnizatoria puede estar amenazada por riesgos probatorios (especialmente respecto del lucro cesante), el acreedor puede enfrentarse a una posición estratégica de desventaja en el juicio de responsabilidad contractual, aunque el daño se haya efectivamente producido. De hecho, el cálculo del lucro cesante podría hacerse reflejamente, a partir del enriquecimiento que significa para el deudor no haber negociado *ex post* con el acreedor una liberación de su obligación³⁵. Pero este fin se logra con más facilidad si el

acreedor tiene disponible una acción directa contra el enriquecimiento del deudor.

También puede ocurrir que el deudor alegue una causa convencional o legal de exoneración de responsabilidad, en cuyo caso el acreedor carece de remedio indemnizatorio, a pesar de que el incumplimiento haya reportado beneficio al deudor.

En suma, el acreedor puede preferir la restitución de los beneficios obtenidos por el deudor a consecuencias de su incumplimiento contractual. La intuición, dirigida por la idea de enriquecimiento injustificado, lleva a preguntarse por las razones para que el acreedor pueda verse privado de esa acción, en circunstancias que las acciones restitutorias ni siquiera requieren un juicio de ilicitud y en esta hipótesis, por el contrario, incluso ese juicio de desvalor resulta posible.

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

Las limitaciones del razonamiento excesivamente abstracto en materia de enriquecimiento injustificado se muestran cuando se pone a prueba interna y externa esta inferencia aparentemente irrefutable. La cuestión ha adquirido cierta importancia en la discusión acerca de los remedios para el incumplimiento contractual en el derecho del *common law*; en el derecho alemán la respuesta está determinada por el contenido atributivo del derecho personal respectivo, que determina la procedencia de la acción de enriquecimiento por intromisión; de acuerdo con la doctrina unitaria del enriquecimiento injusto construida por los tribunales franceses, se debe entender que queda excluida la aplicación del remedio restitutorio de beneficios frente a los incumplimientos contractuales, en razón del criterio restrictivo de subsidiaridad, pues ante el incumplimiento contractual el acreedor ya está protegido por las pretensiones de ejecución en naturaleza y de reparación de los daños. Seguidamente se reseñará el estado de la cuestión en la doctrina y en el derecho comparado.

12. *Escepticismo doctrinario acerca de los remedios restitutorios de beneficios en materia contractual.* La doctrina es más bien escéptica respecto de la admisibilidad de los remedios restitutorios de ganancias que se siguen del incumplimiento de un contrato.

Ante todo, hay razones de justicia contractual en sentido estricto: el contrato establece una relación entre las partes en cuya virtud el deudor tiene una obligación de cumplir lo prometido, de modo que el ilícito contractual en sentido amplio consiste en no haber satisfecho el interés que el contrato protege al acreedor. La tarea del derecho es corregir el injusto que se sigue del incumplimiento atendiendo precisamente a ese interés³⁶, para lo cual son apropiados los remedios de ejecución en naturaleza, resolución, indemnización y los otros desarrollados por el derecho de contratos. A diferencia de lo que ocurre con el deudor, las vicisitudes patrimoniales del acreedor a consecuencias de su conducta se ubican fuera del ámbito contractual. Por eso, la restitución de ganancias que el deudor haya obtenido a consecuencia de su incumplimiento carecerá normalmente de relevancia en el ámbito contractual³⁷. Al carecer de fundamento de justicia contractual, el remedio deviene en un instrumento punitivo, que tiene la función de prevenir el incumplimiento, adoleciendo así del mismo defecto

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

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

instrumentalista, ajeno a la lógica del derecho privado, que afecta a la doctrina del incumplimiento eficiente.

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

pagados los perjuicios que logre probar el acreedor³⁸.

A las dificultades conceptuales y de justificación referidas se agregan problemas prácticos de causalidad. Según los principios generales de imputación objetiva de las consecuencias a un hecho determinado, el beneficio sólo puede dar lugar a una obligación restitutoria en la medida que tenga por condición necesaria al incumplimiento y, además, pueda ser normativamente atribuido a este último (esto es, que pueda ser tenido por efecto *directo* de ese incumplimiento). Lo cierto, sin embargo, es que el beneficio está usualmente dado por circunstancias muy diversas, incluyendo la

³⁸ La hipótesis de incumplimiento eficiente sirve para explicar y justificar el derecho vigente en sistemas jurídicos que son reticentes a conceder la acción de ejecución en naturaleza (como es la regla en el derecho anglosajón). En sistemas jurídicos donde la ejecución forzada de la obligación es una acción generalmente reconocida al acreedor, la hipótesis de incumplimiento eficiente está relativizada desde el punto de vista axiológico y funcional, porque su supuesto técnico-jurídico es precisamente que el deudor pueda liberarse de su obligación contractual indemnizando al acreedor. Por lo mismo, en estos ordenamientos hay una razón adicional de carácter sistemático para desechar que el incumplimiento contractual autorice al deudor una acción de restitución de beneficios obtenidos del incumplimiento. En verdad, el remedio es un instrumento preventivo esencial del incumplimiento si la ejecución en naturaleza resulta imposible o carece de utilidad práctica para el acreedor.

propia habilidad del deudor. Por eso, surge el problema probatorio del beneficio y de su relación con el incumplimiento. Aunque se aceptara que la regla de distribución debiera ser una prorrata entre el beneficio atribuible al incumplimiento y el que lo es a otras causas, los problemas probatorios tienden a ser mucho más agudos que respecto del daño del acreedor³⁹.

Si se invierte el énfasis, y se atiende al derecho del acreedor, en vez del ilícito contractual, resulta irrelevante el enriquecimiento que haya obtenido el deudor a consecuencias de su propio incumplimiento, porque ello no afecta el interés económico que el contrato reconoce al acreedor⁴⁰. Sólo resultaría relevante en los casos en que este interés económico exclusivo que el contrato garantiza está afectado por el incumplimiento, como ocurre, por ejemplo, si se infringe una cláusula válida de no competencia, obteniéndose un beneficio que el contrato aseguraba privativamente al acreedor⁴¹. Pero en este caso, de ser aceptada

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

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

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

la acción de enriquecimiento, la función de la obligación del deudor no es restitutoria ni indemnizatoria, sino simplemente punitiva.

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

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

⁴² A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* [nota 27], pág. 308, con referencia a un antiguo caso escosés, *Teacher v. Calder*, en que la Corte negó lugar al acreedor a su pretensión de restitución de beneficios, y sólo dio lugar a la indemnización de perjuicios, en juicio seguido contra un financiero que infringió una

restitución de beneficios que resultan del incumplimiento contractual es por completo excepcional y más bien reciente en las jurisdicciones del *common law* (además de bastante caótico). La doctrina y la jurisprudencia entienden, por lo general, que se trata de un remedio inapropiado para los incumplimientos contractuales. En consecuencia, las alternativas doctrinales son el rechazo a todo evento del remedio⁴³, o bien intentar una descripción de las situaciones típicas y excepcionales en que procede, que es el camino generalmente seguido por la doctrina.

Las excepciones al principio de que no hay lugar a restitución de beneficios derivados del incumplimiento contractual parecen haberse depurado y diferenciado con el tiempo, pero aún son objeto de intensa discusión en la doctrina inglesa⁴⁴. Suelen distinguirse tres

obligación contractual de invertir £ 15.000 en el negocio forestal del acreedor y lo hizo, en cambio, en un negocio más rentable de destilerías ([1899] 1 F 39); de igual modo se ha fallado si el incumplimiento ha significado que el deudor ahorre los costos de ejecución, porque lo relevante son los perjuicios del acreedor, que en el caso eran puramente nominales (*Tito v. Waddell*, [1977] Ch 106, 332, citado por A. Burrows, *op. cit.*, pág. 309).

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

⁴⁴ P. Birks fue hasta su muerte temprana el gran impulsor de la idea de que era necesario dar nueva forma

grupos de casos: los incumplimientos cínicos o inescrupulosos; los casos en que los jueces niegan lugar a la acción de ejecución en naturaleza, en ejercicio de su potestad valorativa de acuerdo con la *equity*, de modo que la acción sobre los beneficios es reconocida en vez de esa ejecución en naturaleza; y, en tercer lugar, en algunos casos en que el acreedor sufre perjuicios puramente nominales y se estima de equidad darle una satisfac-

al derecho sobre restituciones, invirtiendo el enfoque desde el remedio restitutorio hacia su fundamento en el enriquecimiento sin causa (*The Classification of Obligations* [nota 5] y *An Introduction to the Law of Restitution*, Oxford: Clarendon, 1ª edición, 1985, pág. 334; *Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press, 2ª edición, 2005). La mayoría de la doctrina ha sostenido el principio de que el incumplimiento contractual no da lugar a acciones restitutorias de beneficios, de modo que la tarea es más bien descubrir las razones por las que excepcionalmente procedería (A. Burrows (*Remedies for Torts and Breach of Contract*, [nota 27], pág. 307). La materia es objeto de amplia discusión en una obra colectiva editada en memoria de P. Birks, donde parte importante de la discusión se refiere precisamente a las obligaciones restitutorias provenientes de ilícitos (*wrongs*) extracontractuales o del incumplimiento contractual (trabajos de R. Stevens, G. Virgo, J. Edelman, G. McMeel y T. Krebs en A. Burrows y Lord R. of Earlsferry editores, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks* [nota13]). Una posición radicalmente adversa a la acción restitutoria de beneficios en materia contractual en D. Harris, D. Campbell y R. Halson, *Remedies in Contract & Tort* [nota 43], capítulo 17 (por D. Campbell).

ción con cargo a los beneficios que el deudor ha obtenido de su incumplimiento⁴⁵.

(a) Suele citarse el caso norteamericano *City of New Orleans v. Fireman's Charitable Association* como expresivo del principio de que el incumplimiento de contrato no da lugar a restitución, en el cual los demandados, que estaban obligados por contrato a mantener una cierta capacidad de combate del fuego, no cumplieron con su obligación a lo largo de la vigencia del contrato; sin embargo, durante ese tiempo no se materializó el riesgo, de modo que la provisión del servicio bajo el estándar convenido no se tradujo en daño para el acreedor. Se falló que el acreedor sólo tenía en este caso una acción de perjuicios, en caso de que éstos llegaran a producirse, pero que carecía de acción para que le fuera restituido el valor de los costos ahorrados.

(b) En *Wrotham Estate Homes Ltd. v. Parkside Homes Ltd.*, una empresa inmobiliaria construyó casas incumpliendo una promesa contractual que la obligaba a realizar las edificaciones de una cierta manera; la Corte

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

no dio lugar a la ejecución en naturaleza que suponía destruir lo construido (bajo el derecho de la *equity* reconocer esa acción es facultativo para el tribunal), y, en cambio, otorgó al acreedor, que no había sufrido daños acreditables, el derecho a ser indemnizado en una suma que se tuvo por equivalente a lo que habría debido pagar el deudor para ser relevado de la restricción contractual⁴⁶. El elemento distintivo de este caso se refiere a una *restitución de beneficios que fue reconocida después de rechazarse la acción en naturaleza* y en circunstancias que los daños efectivamente sufridos por el acreedor eran patrimonialmente nominales. Ante la posibilidad de que el deudor quedara impune, la Corte decretó una medida compensatoria que se mide por el valor de mercado que habría tenido la autorización. De hecho, la Corte reconoció los perjuicios sufridos (*damages*) y los valoró de una manera que es más cercana a la idea de lucro cesante que a la de restitución de beneficios, pues no supone un desembolso de lo ganado por el deudor, sino una suma que se tiene por equivalente al daño sufrido por el acreedor, que se tiene por equivalente al valor de cambio del derecho contractual del acreedor.

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

Es interesante en este caso que el fundamento de la obligación restitutoria podría ser construido como un caso de intromisión en el contenido atributivo de un derecho personal: sólo el acreedor podía autorizar una modificación de la ordenación urbanística convenida y fue perturbado en ese derecho personal de exclusividad, obteniendo el deudor provecho de esa intromisión. Con todo, la pregunta es más general, porque se refiere a la procedencia de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en el derecho personal del acreedor. A pesar de que limita con el lucro cesante, en atención a la base de cálculo, la obligación es tenida por los juristas ingleses por estrictamente restitutoria, porque se dirige contra el beneficio injustificado que el deudor obtiene de la intromisión; a pesar de que el derecho del acreedor cuyo goce es intervenido por el incumplimiento es personal, su contenido atributivo se tiene por colindante con la propiedad⁴⁷.

⁴⁷ A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* [nota 27], pág. 313. En el derecho chileno existe un régimen de acciones especial para el incumplimiento de las obligaciones de no hacer: si lo hecho puede deshacerse, la obligación deviene en una obligación de hacer; sin embargo, ésta está sujeta a dos limitaciones: deshacer lo hecho debe ser necesario para los fines que se tuvieron en vista al momento de contratar y el deudor puede ser oído a prestar ese objeto por otros medios (Código chileno, artículo 1555). La disposición establece

(c) En *Attorney General v. Blake* se ordena la restitución de beneficios que el deudor obtiene por un incumplimiento cínico y doloso. La situación es muy extrema, pero permite delinear un criterio normativo fundado en lo injusto que resulta que el deudor obtenga utilidad a consecuencias de una conducta contractual particularmente impropia. Durante más de 15 años, el señor Blake trabajó para los servicios británicos de seguridad. Su contrato le impedía divulgar la información que recogiera en ejercicio de sus tareas. Luego de ser apresado por espionaje en 1961, escapó de la cárcel y se asentó en el país en cuyo favor había actuado como espía. En 1989 convino en la publicación de sus memorias con una empresa editorial inglesa y se acordó un anticipo de £ 150.000. El procurador general no pretendió impedir la publicación (lo que probablemente no habría logrado de la corte en razón del valor de la libertad de expresión), sino que intentó exitosamente pre-

una reparación sustitutoria de la ejecución en naturaleza. Esa suma que podría haberse convenido para obtener la autorización tiene en este caso un carácter típicamente indemnizatorio, aunque el resultado pueda ser similar al que siguieron los jueces en *Wrotham Estate Homes Ltd. v. Parkside Homes Ltd.* Cabe preguntarse en qué medida la calificación como restitución o reparación indemnizatoria en estos casos límites no está más determinada por tradiciones que por cuestiones conceptuales o funcionales.

venir que el señor Blake recibiera el saldo aún impago del anticipo⁴⁸.

La doctrina ha entendido este caso como excepcional por dos razones: porque envuelve un incumplimiento cínico y doloso de un contrato y porque hay un legítimo interés en prevenir que el deudor se aproveche de su propio ilícito. En otras palabras, los elementos determinantes del éxito de la acción restitutoria de beneficios que se siguen del incumplimiento contractual son en este caso el dolo manifiesto del deudor y una particular justificación en concreto del remedio restitutorio, lo que le confiere un carácter intimidante y excepcional⁴⁹. Se volverá sobre el dolo como fundamento y agravante de obligaciones restitutorias al tratar de las acciones restitutorias de beneficios obtenidos por ilícitos extracontractuales.

En verdad, las alternativas en la discusión doctrinaria son dos: que nunca sea reconocido un derecho del acreedor a una acción de enriquecimiento por los beneficios capturados por el deudor en razón de su propio

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

⁴⁹ J. Edelman, *Gain-Based Damages and Compensation* [nota 40], pág. 141 (149).

incumplimiento, o bien, que por razones especiales y en ciertos grupos de casos, se reconozca ese remedio⁵⁰. Enseguida, tomando como referencia algunos aspectos centrales del derecho anglosajón, se hará referencia a las hipótesis de enriquecimiento por intromisión del deudor en el derecho contractual del acreedor y de incumplimientos particularmente deshonestos o cínicos.

14. *¿Irrupción en el contenido atributivo del derecho del acreedor mediante el incumplimiento contractual?* En los casos de intromisión en un derecho contractual ajeno usualmente es más probable que se produzca un efecto de enriquecimiento del deudor sin que el acreedor sufra un daño relevante (o al menos equivalente) que dé lugar a indemnización. La pregunta crítica se refiere a si una relación contractual puede garantizar un ámbito de exclusividad del acreedor cuyo apro-

⁵⁰ En el derecho norteamericano, por regla general, no se observa este principio, pero con una importante limitación: si bien los tribunales aceptan que el principio de que nadie puede lucrar de su propio ilícito se extiende a materia contractual (por el solo hecho del incumplimiento), la restitución sólo se limita a los beneficios que se entiende que fluyen (*flow*) desde el acreedor y no se extiende a todos los beneficios que el acreedor haya podido percibir; el resultado de este conjunto de reglas es que hay hipótesis en que un incumplimiento eficiente resulta posible (A. E. Farnsworth, *Contracts* [nota 32], pág. 824).

vechamiento por el deudor pueda dar lugar a restitución. Por cierto que esa exclusividad estaría limitada por el derecho personal que el contrato le confiere, de modo que tiene un alcance relativo al deudor⁵¹.

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

⁵¹ Conviene aclarar que las situaciones aquí referidas son diferentes a las que plantean intromisiones de un tercero en el derecho de goce de un arrendatario; en este caso se plantea la pregunta de si el contrato es suficiente antecedente para la acción de enriquecimiento por intromisión contra un tercero. Nada debiere obstar para que se reconociera esta acción personal de enriquecimiento por irrupción en tales casos, porque se trata una intromisión en un derecho de goce que frente a terceros se ejerce con la misma exclusividad de que goza el propietario; lo mismo puede ocurrir en casos muy diversos, como es el del empresario que tiene derechos sobre la obra o la imagen de otra persona (X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* [nota 1], 178).

logo con los deberes de abstención que impone la propiedad. Algo semejante ocurre en las prohibiciones de realizar obras materiales, como era el caso en *Wrotham Estate Homes Ltd. v. Parkside Homes Ltd.* (*supra* párrafo [13] b): al acreedor se le reconocía un derecho de típico contenido propietario, aunque sólo estuviera garantizado por contrato, a autorizar la construcción de una manera diferente a la convenida.

El problema técnico que plantea el reconocimiento de una acción por irrupción en derecho ajeno por incumplimiento de contrato radica en la dificultad para definir el ámbito de atribución exclusiva del derecho del acreedor en relación con su deudor. Los derechos personales son objeto de una especie de propiedad (Código chileno, artículo 583). Sin embargo, la titularidad de un derecho de crédito no debe ser confundida con su satisfacción por el deudor, como se muestra en la diversidad de remedios contractuales. Por lo mismo, en la relación entre acreedor y deudor, ninguna explicación resulta convincente respecto del “contenido atributivo” de un derecho de crédito. De ello se sigue que también son grandes las dificultades para determinar si el incumplimiento del derecho es la infracción de un contrato o el acto de intromisión. En circunstancias que razones de seguridad en el tráfico hacen necesario que el

deudor conozca con alguna certeza su ámbito de riesgo, la acción de enriquecimiento difícilmente puede cumplir esa prueba.

Y aunque fuere técnicamente posible precisar en qué casos el contrato garantiza al acreedor un ámbito de exclusividad respecto de su deudor, después se plantea la pregunta de si es razonable conceder una acción restitutoria en estos casos. A falta de disposición en contrario, no es fácil asumir que las partes hayan estado dispuestas a aceptar una regla implícita que obliga al deudor a restituir en ciertos casos el beneficio que se sigue de su incumplimiento. Por eso, parece preferible entregar la materia a la técnica contractual. La idea de predominio del acuerdo de las partes lleva pensar que debe quedar radicada en ellas la previsión de los casos en que el incumplimiento contractual no genera daño y sí beneficios al deudor incumplidor. Si el derecho privado quiere mantenerse razonablemente fiel a la idea de que las partes son libres para ordenar su relación contractual, es preferible no crear interferencias entre los remedios propiamente contractuales de protección del crédito y los provenientes del enriquecimiento sin causa, que responden a otros órdenes de intereses⁵².

⁵² G. McMeel, "Unjust Enrichment, Discharge for Breach and the Primacy of Contract", en A. Burrows y

15. *La restitución de beneficios como sanción del dolo del acreedor.* Como se muestra en *Attorney General v. Blake* (supra párrafo [13] c), la conducta particularmente cínica del deudor parece plantear un cuestión más general, referida a los casos en que alguien pretenda aprovecharse de su propio dolo. Con fundamento en el artículo 1186 del Código español, *F. Pantaleón* ha afirmado que si el deudor enajena la cosa debida a un tercero, el acreedor puede optar entre una acción indemnizatoria y una que tenga por objeto el valor del crédito⁵³. En el Código chileno, los artículos 1458 y 2316 otorgan acción contra quien se ha aprovechado del dolo ajeno, hasta por el monto del provecho; aunque esta acción puede ser entendida como un híbrido de pretensión indemnizatoria (en cuanto al objeto) y restitutoria (en cuanto al límite de la obligación del tercero), también puede ser interpretada extensivamente en el sentido que los beneficios procedentes del dolo deben ser desembolsados por el deudor doloso; al menos con las calificaciones que suele hacer la doctrina inglesa, en orden a que se trate de una conducta deshonesto o cínica.

Lord R. of Earlsferry editores, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks* [nota 13], pág. 223 (244).

⁵³ F. Pantaleón, "El sistema de responsabilidad contractual", en *Anuario de Derecho Civil* 48 (1991), pág. 1019 (1022).

Pero aun dentro de estos límites, el remedio de enriquecimiento injustificado para incumplimientos contractuales dolosos debe ser mirado con cautela. Como se ha señalado, en estos casos la pretensión del acreedor es meramente punitiva, porque no se relaciona con su derecho contractual, sino lo transforma en receptor de un desembolso de beneficios injustificados obtenidos por el deudor en razón de su conducta despreciable. El acreedor carece en tales casos de justificación contractual para recibir ese beneficio: el entuerto es corregido punitivamente, privando al autor de sus beneficios y redistribuyéndoles al acreedor⁵⁴.

16. *Resumen y evaluación.* Se han revisado en esta sección las razones para no confundir la acción de enriquecimiento por intrusión en derecho ajeno con las acciones y demás remedios que surgen del incumplimiento contractual. Sólo excepcionalmente el incumplimiento de un contrato puede configurar intromisión en derecho ajeno⁵⁵. El caso más cercano es el de las obligaciones de no hacer, para cuya insatisfacción el derecho suele abrir

⁵⁴ D. Harris, D. Campbell y R. Halson, *Remedies in Contract & Tort* [nota 43], pág. 266.

⁵⁵ G. Calabresi y A. D. Melamed, "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral" [nota 6], pág. 351.

soluciones alternativas que no supongan la pérdida de valor que supone deshacer lo hecho. A ello se agrega la agravación de responsabilidad por dolo, en que la restitución de beneficios puede ser concebida, desde un punto de vista estrictamente contractual, como una sanción punitiva que tiene por límite el enriquecimiento obtenido por quien lo ha cometido.

Con todas las reservas de los párrafos anteriores, debe aceptarse que estos discutibles caminos al menos atienden a valores y bienes en juego y son susceptibles de cierta delimitación dogmática. Estas son claras ventajas respecto a respuestas jurisprudenciales carentes de forma, como es el reconocimiento de indemnizaciones por daño moral por valores inconmensurables cuando al juez *le parece* que la reparación indemnizatoria es insuficiente o estima que la conducta del deudor debe ser objeto de un especial reproche punitivo.

IV. Enriquecimiento como consecuencia de un ilícito extracontractual

17. *El daño de la víctima y no el beneficio del autor es determinante en materia de responsabilidad civil.* El supuesto más general de responsabilidad extracontractual está dado por el daño sufrido por negligencia del de-

dor. Ese hecho es condicionante de las acciones indemnizatorias y de reparación en naturaleza. La responsabilidad extracontractual tiene una lógica bien definida: alguien toma o afecta con su acción un interés ajeno y tiene que indemnizar el daño resultante o repararlo en naturaleza. El enriquecimiento del deudor es irrelevante, porque el objeto de la acción está definido desde la posición de la víctima que pretende ser restaurada patrimonialmente al estado anterior al daño.

De hecho, como se ha referido, la negligencia lleva siempre implícita una cierta ganancia. Si alguien conduciendo negligentemente provoca un accidente, la ganancia del autor del daño está dada por lo que ahorró en esfuerzo o cuidado (según el principio de que el beneficio puede consistir en un valor positivo o en el ahorro de un valor negativo). Pero lo determinante es que esa ganancia injusta sólo produce efectos civiles desde el momento del daño. Antes puede haber un ilícito infraccional, incluso penal, pero no es civilmente relevante, porque la ganancia no se obtiene a costa de una víctima efectiva (cuya particular situación es haber sufrido un daño que debe ser reparado), sino de todos los candidatos a víctimas de accidentes⁵⁶. A lo

⁵⁶ J. Coleman, *Risks and Wrongs* [nota 14], pág. 370.

sumo reconoce el derecho en tales casos acciones públicas preventivas⁵⁷.

El daño de la víctima y el beneficio del responsable se pueden corresponder como positivo y negativo. En tal caso, carece de sentido una acción que se dirija contra los beneficios obtenidos por el autor del daño. Pero también puede ocurrir, como en materia contractual, que el beneficio sea superior al daño, caso en el cual para la víctima puede resultar de mayor interés dirigirse contra los beneficios obtenidos por quien cometió el ilícito.

Ante esta situación, surgen dos cuestiones principales: cómo se resuelve el cúmulo de acciones restitutorias e indemnizatorias, y si hay casos en que la comisión de un ilícito es condición suficiente para que haya lugar a una acción de restitución de beneficios.

⁵⁷ Así, el Código chileno otorga una acción popular preventiva "en todos los casos de daño contingente que imprudencia o negligencia de alguien amenazare a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare a solamente algunas personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción" (artículo 2333). Una acción específica pero análoga se ofrece si alguna cosa amenaza caída desde la parte superior de un edificio (artículo 2328).

18. *Independencia de las hipótesis que dan lugar a responsabilidad y a enriquecimiento injustificado.* En el derecho inglés se suele distinguir entre restituciones autónomas y por efecto de ilícito, que puede ser un incumplimiento contractual o un ilícito extracontractual⁵⁸. Influido por esta apreciación autorizada, proveniente de un sistema jurídico donde el derecho de restituciones tiene un desarrollo comparativamente muy superior, asumí en mi estudio sistemático de la responsabilidad extracontractual que pueden haber acciones restitutorias que tengan por antecedente genérico el ilícito civil⁵⁹. Lo cierto es que esta ponencia me ha dado la oportunidad de cambiar de opinión.

La lógica de la restitución de beneficios siempre es la del enriquecimiento injustificado, que frecuentemente tiene estrecha relación con las acciones de propiedad (o con derechos que le son análogos), y no con la responsabilidad civil, que atiende a los daños causados a la víctima y que deben ser reparados por razones de justicia correctiva. A su vez, las obligaciones restitutorias tienen por antecedente común la carencia de base jurídi-

⁵⁸ P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* [nota 44], pág. 314.

⁵⁹ E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* [nota 6], pág. 929.

ca de la apropiación o beneficio recibido de tercero⁶⁰.

Por cierto que las hipótesis que dan lugar a enriquecimiento injusto pueden concurrir con las de ilícitos extracontractuales, en la medida que el caso satisfaga los supuestos de hecho de ambas acciones. En tales casos, sin embargo, la obligación restitutoria no es desencadenada por el ilícito, sino porque el hecho, con prescindiendo del juicio de ilicitud, también da lugar un enriquecimiento injustificado, según las reglas que rigen las restituciones en aplicación de este principio⁶¹.

⁶⁰ Así lo reconoció ese distinguido jurista que fue P. Birks hacia el final de su vida (*Unjust Enrichment* [nota 44], xii).

⁶¹ Sobre las diferentes razones de justicia que subyacen a la reparación indemnizatoria y al enriquecimiento injustificado, E. Weinrib, *Juridical Classifications of Obligations* [nota 5], pág. 46. La superposición de estas categorías puede ser muy sutil, especialmente en casos de estado de necesidad, como se muestra en *Vincent v. Lake Erie* (124 NW 221 – Minn. SC, 1910, citado por Weinrib, op. cit., 48): durante una tormenta el barco de la demandada buscó refugio en el muelle de la demandante, con el resultado de que el barco fue salvado, pero el muelle sufrió daños. Atendidas las circunstancias, la demandada no cometió ilícito alguno, de manera que no puede ser perseguida su responsabilidad extracontractual; sin embargo, obtuvo un beneficio por intromisión en la propiedad ajena que, como tal, no requiere de juicio de reproche acerca de la conducta. La condición para que proceda restitución es la intromisión inocente; pero el beneficio no está dado por el

En el enriquecimiento injusto por irrupción se asume que el enriquecido actúa de buena fe, con error excusable. Las reglas que obligan a la restitución cuasicontractual y posesoria están construidas protegiendo la confianza del obligado de que se encontraba en su derecho o en su desconocimiento del hecho. Por otra parte, el reconocimiento de acciones restitutorias por intromisión en derecho ajeno, con independencia del empobrecimiento sufrido por el acreedor, pone de manifiesto el fundamento de estas acciones, que se conceden precisamente para proteger la exclusividad en el goce del derecho del titular⁶².

Por eso, la concurrencia de hipótesis de responsabilidad y de enriquecimiento supone que el hecho, además de cumplir con los requisitos de las acciones restitutorias de beneficios, haya sido cometido con negligencia. Pero, por regla general al menos, esta infracción a deberes de cuidado no es consti-

valor del barco, sino se estimó que lo estaba por los perjuicios sufridos por el demandante, lo que muestra que no necesariamente existe una identidad entre ilícito y daño y entre enriquecimiento y beneficio.

⁶² G. Calabresi y A. D. Melamed, "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral" [nota 6]; y J. Coleman, *Risks and Wrongs* [nota 14], págs. 77, 336.

tutiva por si misma del enriquecimiento injustificado.

De lo señalado se sigue que puede haber concurrencia *alternativa* de pretensiones indemnizatorias y restitutorias, pero cada una se rige por los preceptos respectivos. Hablar en tales casos de una indemnización restitutoria es desde luego una herejía, porque la restitución sólo atiende a los presupuestos propios de acciones de enriquecimiento y su objeto no son los daños del demandante, sino los beneficios obtenidos injustificadamente por el deudor⁶³.

Por el contrario, como se ha referido, hay experiencias comparadas en que el ilícito extracontractual es antecedente de la obligación restitutoria⁶⁴; esta idea aquí se rechaza,

⁶³ A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* [nota 27], pág. 293.

⁶⁴ Es el caso del llamado *waiver of tort* del derecho inglés, en que el ilícito, esto es, la infracción de un deber de conducta, es condición de la obligación restitutoria; con todo, la acción restitutoria en ese sistema no es general, sino está circunscrita a cierto tipo de eventos y otras cuestiones que determinan en concreto su procedencia (una reseña en P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* [nota 44], pág. 313). Es interesante, en todo caso, que si se descartan los casos en que la obligación restitutoria está determinada por la conducta gravemente abusiva del demandado o por infracción a deberes de confianza, las hipótesis inglesas de enriquecimiento por ilícitos (*torts*) son muy cercanas a las de enriquecimiento por intromisión: interfe-

con las calificaciones que se harán al final, porque por regla general no hay relación suficiente entre el ilícito y el beneficio que justifique que la víctima actúe sobre esos beneficios. La razón se encuentra en que la víctima carece de un interés personal en el enriquecimiento, que fundamente su actuar sobre los beneficios obtenidos del ilícito, en vez de procurar la indemnización de sus propios perjuicios.

En principio, el concurso de acciones indemnizatoria y restitutoria es alternativo, esto es, se puede ejercer una u otra, pero no pueden ser acumuladas, porque actuar sobre los beneficios supone, en cierto sentido, condonar el ilícito. Además ambas acciones se refieren a intereses patrimoniales que son el anverso y el reverso patrimoniales de un mismo hecho, de modo que carece de justificación recibir a la vez la restitución del beneficio obtenido por el demandado y la indemnización del daño patrimonial por lucro cesante sufrida por el demandante. Distinta es la situación cuando un mismo acto tiene distintas calificaciones, porque afecta bienes jurídicos distintos, como ocurre con la afecta-

rencia con cosas, uso de la tierra (*trespass of land*), *nuisance* (A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* [nota 27], pág. 290).

ción concurrente de bienes de contenido patrimonial y puramente moral (infra § 19).

En consecuencia, la intromisión como hecho que determina un enriquecimiento sin causa se rige por las reglas generales, aunque el hecho sea también un ilícito civil. Y, por regla general, el ilícito de intromisión se construye con independencia del ilícito extracontractual, de acuerdo con las reglas generales de esta acción restitutoria.

19. *Protección de los derechos de la personalidad como caso ejemplar.* Las formas de protección de los derechos de la personalidad han suscitado interminables discusiones doctrinales. Sin embargo, ya parecen dibujarse ciertos desarrollos comunes. En circunstancias que estos derechos atribuyen al titular derechos absolutos de goce y que pueden ser apropiados o ser objeto de intromisión por terceros, todo indica que el principio es que estén garantizados de una manera equivalente a la propiedad sobre cosas. Atendido su común atributo de exclusividad, son las diferencias específicas las que deben ser mostradas, en vez de partir de discusiones que exceden el horizonte del derecho civil respecto de su entidad ontológica.

De este modo, en la dimensión del derecho de obligaciones, la intromisión culpable en

estos derechos por un tercero abre al titular dos caminos alternativos: la acción de responsabilidad civil extracontractual y la fundada en el enriquecimiento injustificado. La acción indemnizatoria se dirigirá, alternativamente, si el bien es objeto de comercialización, a la reparación del lucro cesante determinado por el valor de mercado que tiene la autorización del goce; o, si no ha sido comercializado, a una reparación que deberá ser equitativa, de acuerdo con la valoración patrimonial que un tercero podría haber dado al bien en cuestión. La acción de enriquecimiento tiene por objeto que el demandado desembolse las ganancias que efectivamente haya obtenido en razón de la intromisión⁶⁵. En atención a que la acción es personal y protege los derechos de uso y goce, debe entenderse que favorece no sólo a los titulares originarios de estos derechos, sino también a quienes tienen derechos contractuales de goce⁶⁶.

⁶⁵ K. Larenz, *Lehrbuch del Schuldrechts*. T. I, Parte General, 14ª edición, München: Beck, 1987, pág. 514. Se trata en el caso de la valoración indemnizatoria de dos caminos para determinar el valor de los perjuicios y no de dos pretensiones distintas, como afirmaba Larenz, *Münchener Kommentar*, Tomo 2, [nota 34] (H. Oetcker), § 252, pág. 56.

⁶⁶ A. Büchler, "Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zur Dialektik von Ich und Mein" [nota 22], pág. 335; véase también nota 52.

La pretensión que se dirige contra los beneficios tiene gran importancia práctica en estos casos, atendida la dificultad usual de valoración del daño si se actúa en sede de responsabilidad civil. Sin embargo, también en esta perspectiva estos derechos presentan ciertas particularidades al momento de determinar su patrimonialidad o de precisar su valor patrimonial.

La primera dificultad ocurre especialmente cuando son afectados bienes que están fuera del comercio, porque su disposición sería contraria a las buenas costumbres o al orden público (disposición patrimonial de la honra o del cuerpo, por ejemplo); o si simplemente el titular no ha tenido interés alguno en comercializarlos, o incluso ha desechado expresamente hacerlo. En tales casos se ha puesto en duda si procede reconocer acciones de enriquecimiento por intromisión en atención a que resulta discutible que se trate de un bien de contenido patrimonial. Sin embargo, todo indica que el enriquecimiento es un hecho que puede ser probado en concreto y que lo relevante a su respecto es la ventaja patrimonial que haya obtenido el demandado, de modo que es posible obtenerlo incluso si la intrusión recae en bienes esencialmente intransferibles, como la honra (como ocurriría con el lucro que se sigue de la difamación). En estos ejemplos se muestra que la acción de enriquecimiento

mira al derecho del titular a efectos de calificar la procedencia de la acción, pero atiende a los efectos patrimoniales en el deudor para determinar si ha habido enriquecimiento⁶⁷. Por consiguiente, procede la acción de enriquecimiento incluso respecto de estos bienes intransferibles, a condición de que el deudor haya obtenido beneficio patrimonial.

En el caso de bienes que son transferibles (como la imagen o la historia de la vida privada), el problema radica en la determinación del valor del bien del que se ha apropiado el demandado (bajo el supuesto frecuente de que resulte de gran dificultad para la víctima probar el beneficio efectivo del demandado). En estos casos no queda más alternativa que una apreciación equitativa del valor de cambio que habría tenido ese bien si hubiese sido cedido. Aunque existe el riesgo de que la *condictio* devenga en punitiva, más vale manejar conscientemente ese riesgo que poner a la víctima en una situación de indefensión. Por la misma razón, sin embargo, las fronteras entre la restitución de beneficios, la indemnización de perjuicios y la simple retribución compensatoria son muy tenues, por lo que en estos casos parece exigible el requisito

⁶⁷ A. Büchler, *op. cit.* nota anterior, 335; en contra X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* [nota 1], pág. 172.

de culpa que caracteriza a la responsabilidad civil. Así, el remedio restitutorio es en estos casos un sustituto funcional de la reparación indemnizatoria.

Finalmente, conviene atender a que en el caso de intrusión culpable en derechos de la personalidad pueden concurrir copulativamente la pretensión restitutoria del enriquecimiento y la pretensión indemnizatoria del daño moral. En general, cuando un mismo acto tiene distintas calificaciones, porque afecta bienes jurídicos distintos, como ocurre con la afectación concurrente de bienes de contenido patrimonial y puramente moral, las acciones indemnizatorias son acumulativas. Algo semejante ocurre con la acción indemnizatoria y la restitutoria. Es el caso, por ejemplo, de la intromisión en el derecho a la vida privada, que da lugar alternativamente a una pretensión indemnizatoria del daño patrimonial o a una acción de enriquecimiento por el beneficio económico obtenido por el demandado, y eventualmente, a una acción indemnizatoria por el daño moral que se sigue del ilícito con independencia del daño patrimonial⁶⁸.

⁶⁸ X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno* [nota 1], pág. 174; A. Büchler, *Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zur Dialektik von Ich und Mein* [nota 22], 335. Queda planteada la pregunta si la acumu-

20. *Derechos de propiedad intelectual e industrial.* La concurrencia de acciones de enriquecimiento e indemnizatorias en materias de bienes inmateriales (derechos de autor, patentes, marcas) presenta fuertes analogías con los derechos de la personalidad; en materia de derecho de autor pueden incluso concurrir, como en estos últimos, intereses patrimoniales con otros de naturaleza estrictamente moral. Sobre las patentes, marcas y creaciones del espíritu recaen derechos de propiedad con fundamento legal. Los mismos efectos se pueden extrapolar hacia situaciones de exclusividad en el goce de derechos que no están sujetas a un estatuto especial de propiedad, como son los secretos industriales.

lación de acciones no supone valorar de dos maneras distintas el mismo bien. Precisamente porque la vida no está en el comercio, tiene para el titular un valor estrictamente moral; desde el momento en que ese bien es invadido y se recogen los beneficios patrimoniales que provocó esa intrusión, puede entenderse que la acción ha sido tolerada y carecería de sentido reclamar, además, daño moral. La compatibilidad se muestra más clara si se atiende a que la acción de enriquecimiento tiene su fundamento en un derecho patrimonial que garantiza exclusividad, en el sentido de la propiedad, y que la especificidad del derecho protegido se muestra en que también tiene un ámbito de exclusividad estrictamente moral (a diferencia de lo que ocurre con los derechos de contenido puramente patrimonial).

A falta de norma legal limitante, respecto de estos derechos rigen, en consecuencia, las reglas sobre valoración del daño y del enriquecimiento a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior⁶⁹. Este cúmulo alternativo de acciones propiamente indemnizatorias y restitutoria está expresamente reconocido por la ley chilena sobre propiedad industrial⁷⁰. En virtud de lo expresado, puede asumirse que lo mismo vale para los demás derechos que garantizan a su titular un goce exclusivo⁷¹. Mal que mal las acciones restitutorias por intromisión tienen la función de prevenir y compensar interferencias con la propiedad.

21. *Efectos del dolo*. También en sede extracontractual cabe preguntarse por los efectos particulares del dolo. Las preguntas son si el dolo puede ser un supuesto independiente de obligaciones restitutorias y si puede ser concebido como agravante. La tendencia in-

⁶⁹ *Münchener Kommentar*, Tomo 2 [nota 34], (H. Oetcker) § 252, pág. 56.

⁷⁰ *Supra* nota 35.

⁷¹ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*. T. I, Parte General [nota 66], pág. 514; el derecho inglés es muy diferenciado en la materia: si ha habido intromisión de buena fe sólo se reconoce acción para obtener una retribución equitativa (que funcionalmente *es quasi ex contractu*) y sólo en caso de haberse actuado de mala fe se reconoce una acción de desembolso (*disgorgement*) de todos los beneficios (A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* [nota 27], pág. 302).

equivoca del derecho es a contestar positivamente ambas cuestiones en virtud del principio general, que tiene efectos reflejos en materia de enriquecimiento injustificado, de que nadie puede aprovecharse de su propio ilícito.

Desde antiguo se reconocen en materia posesoria obligaciones restitutorias diferentes respecto del poseedor de buena y de mala fe (Código chileno, artículos 904 ss.). El conocimiento real o presunto del ilícito (esto es, la forma más leve de intencionalidad) tienen efecto agravante de las obligaciones restitutorias en las normas sobre prestaciones mutuas. En general, se puede hablar de una obligación restitutoria leve, que se basa en la presunción de buena fe y que alcanza idealmente a una retribución sólo por el valor de goce efectivo de la cosa, y una responsabilidad agravada que tiene por antecedente la mala fe y que se materializa en el deber de desembolsar todos los beneficios que el deudor haya obtenido (o haya debido obtener) de la cosa.

La cuestión se plantea particularmente respecto de actos que producen efectos puramente patrimoniales o ilícitos negociales en que el dolo suele ser constitutivo del ilícito (abuso de información privilegiada, interferencia en contrato ajeno, por ejemplo)⁷².

En estos casos, sin embargo, es difícil encontrar afectados derechos que tengan un contenido atributivo de goce exclusivo, en circunstancias que estos ilícitos extracontractuales generalmente se relacionan con los supuestos y límites de la libertad de contratación. En la medida que no existe un ámbito garantizado de exclusividad, como exige la acción de enriquecimiento por irrupción en derecho ajeno, es muy improbable que a las acciones indemnizatorias se agreguen otras que se dirijan contra el enriquecimiento injustificado.

Esta regla que excluye la acción de enriquecimiento en amplios ámbitos de negocios tiene su límite en formas calificadas de dolo. En el derecho alemán no existe una regla en materia de enriquecimiento sin causa que ordene la restitución de lo obtenido por un delito civil; sin embargo, los civilistas apoyan que se modifique el § 251 BGB, en orden a que se otorgue acción dirigida contra el enriquecimiento obtenido mediante delitos voluntarios que tengan por fin el lucro⁷³. En el derecho inglés la conciencia del ilícito, que hace a la conducta cínica o deshonesta, da

⁷² E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* [nota 6], pág. 284, y §§ 65 ss.

⁷³ Actas del 66º Encuentro de Juristas (2006), T. I, 94 (citado en *Münchener Kommentar*, Tomo 2, [nota 34]).

lugar a la restitución de todas las ganancias que se hayan obtenido, mientras que el enriquecimiento de buena fe da lugar a una obligación que está limitada a una deuda de valor⁷⁴.

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

[H. Oetcker] § 249, 507); en ese sentido ya K. Larenz y C. W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*. Besonderer Teil, T. II [nota 20], pág. 173.

⁷⁴ P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* [nota 44], pág. 326; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* [nota 27], pág. 301; P. Cane, *The Anatomy of Tort Law* [nota 8], pág. 114; y G. Virgo, *The Role of Fault in the Law of Restitution*, en A. Burrows y Lord R. of Earlsferry editores, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks* [nota 13], pág. 83 (96); la misma actitud adoptó el *American Law Institute* en el *Restatement of the Law of Restitutions*, al asumir que si el demandado cometió conscientemente el ilícito (*consciously tortious*) al adquirir el beneficio, será también privado de cualquier beneficio subsecuente que obtenga por su medio. Véase Capítulo 8, Nota Introductoria, citado por J. Edelman, *Gain Damages and Compensation* [nota 40], pág. 147).

intencionalidad, es natural entonces que concurra la pretensión indemnizatoria con la de restitución de beneficios.

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

Como también se mostró respecto del incumplimiento contractual, el análisis de la concurrencia de acciones de enriquecimiento con acciones de responsabilidad extracontractual deja en evidencia una cuestión metódica más general, como es que la apertura de caminos bien definidos y consistentes con el ordenamiento general del derecho de obligaciones resulta preferible a los extremos de una doctrina excesivamente rígida o de una práctica laxa⁷⁵.

⁷⁵ El autor agradece en particular los comentarios de María Paz García Rubio, catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela, que le llevaron a revisar muchos

de los juicios de la ponencia original leída en Madrid en marzo de 2008; asimismo, reconoce los finos comentarios de Francisco González Hoch, Profesor de la Universidad de Chile, a una versión posterior del manuscrito.

RESTITUCIÓN DE BENEFICIOS
OBTENIDOS POR INTROMISIÓN
EN DERECHO AJENO, POR
INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL Y POR ILÍCITO
EXTRA CONTRACTUAL

M^a Paz GARCÍA RUBIO

El problema básico que presenta la ponencia del Profesor Barros es la posible concurrencia, y en su caso compatibilidad o no, de hipótesis igualmente cubiertas por el derecho de contratos y/o por la responsabilidad extracontractual, con acciones restitutorias que tengan por antecedente el enriquecimiento injustificado, en concreto en supuestos del llamado enriquecimiento por intromisión.

I. Enriquecimiento injusto como fuente general de obligaciones

Enrique Barros Bourie alude en primer término a la dificultad de reconocer el enriquecimiento sin causa como una fuente general de obligaciones. Este problema se suscita

igualmente en el Derecho español¹, tanto desde el punto de vista legislativo, como académico.

Por las razones que se detallarán más adelante, la figura no cuenta con una regulación material en el CC español y no aparece expresamente en el mismo hasta la reforma del Título Preliminar en 1973-1974, precisamente en una norma de DIPr.

Desde el punto de vista académico plantea problemas de ubicación teórica que tienen repercusión tanto en el plano docente, como en el ámbito de la investigación jurídica. Desde el primer enfoque, un vistazo a los

¹ El estudio del e. s. c. (sin que pueda entrar ahora en matices con respecto a si ésta o no la denominación más idónea) tiene en el ámbito español un antes y un después en el trabajo de L. Díez-Picazo, “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, Discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como miembro de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, contestación de M. de la Cámara Alvarez, Madrid, 1987. Las principales ideas de este trabajo aparecen compendiadas, reformuladas y puestas al día por el mismo autor en L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría general del contrato*, 6ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007. El autor reconoce, no obstante, la importancia decisiva que tuvo en el desarrollo anterior de la figura en nuestro Derecho la obra de Núñez Lagos, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934, y el prólogo a la misma de Castán Tobeñas.

manuales al uso de Derecho de Obligaciones pone de manifiesto la discrepancia en la colocación sistemática de la figura, que para unos debe situarse entre los cuasicontratos (como hace, por ejemplo, en el plano prelegislativo el nuevo Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del derecho de la prescripción, conocido como *Avan Project Catalá*²), mientras que para otros debe estar situado entre las fuentes de las obligaciones de forma independiente, de modo paralelo al contrato y a los actos ilícitos que causen daño a otro [podemos decir que se sitúa en esta línea el CC holandés de 1992, que lo coloca en el Título 4 del Libro 6, bajo la rúbrica “Obligaciones que nacen de fuentes distintas del acto ilícito o el contrato”³, o en el marco europeo el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁴,

² El texto completo traducido al castellano, con su Presentación, la enumeración de las personas que han participado en el mismo y un estudio preliminar que ha sido realizado por A. Cabanillas Sánchez, en “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción), *ADC*, t. LX, 2007, págs. 621-848.

³ En concreto el enriquecimiento injustificado se ubica en la Sección 3, después de las dedicadas a la gestión de negocios ajenos y al pago de lo indebido.

⁴ *DOCE*, 31.7.2007.

que dedica el Capítulo III al “Enriquecimiento injusto, gestión de negocios y culpa in contrahendo”].

Personalmente, entiendo que esta discusión sobre su colocación sistemática tiene también importancia desde el punto de vista de la docencia (esto es, de la mejor comprensión de la figura para los estudiantes de Derecho, que todavía no son expertos juristas, pero que aspiran a llegar a serlo). La cuestión no es baladí en un momento en el que el cambio de orientación en el sentido y fin de nuestras enseñanzas universitarias pretende incidir, más incluso que en los contenidos, en el proceso de aprendizaje del estudiante del por qué de las cosas, en nuestro caso, el de las figuras jurídicas como la que nos ocupa. Para la comprensión de ese significado en el conjunto del sistema, el debate sobre la ubicación sistemática a la que aludo no resulta indiferente.

Desde el punto de vista del jurista avanzado que entra de lleno en la investigación de la figura, el enriquecimiento sin causa cuenta con un bagaje histórico y conceptual de gran importancia, que en nuestro caso tiene además su más preclaro exponente en el Profesor D. Luis Díez Picazo, maestro directo de muchos de los asistentes a este foro y maestro al fin de todos los civilistas, y aún puedo decir

de todos los juristas españoles de las últimas décadas⁵. Sus trabajos y reflexiones sobre el tema son el mejor referente para el estudio de la figura en el Derecho español.

El Profesor Díez-Picazo ha estudiado el origen histórico de la figura que hunde sus raíces en la exégesis, glosa y comentario de un texto de Pomponio, recogido en Digesto 50, 17, 206, y de los textos sobre las *condiciones* en que aquél se fundaba⁶, completada con la llamada *actio in rem verso*. La idea subyacente en estas figuras fue desarrollada por la Escuela del Derecho natural racionalista⁷, que reunió diversos supuestos restitutorios bajo un concepto genérico y abstracto, de donde pasó al Código civil austriaco. Igualmente fue analizada por Savigny, heredada por la Pandectística y de ahí pasó al BGB (§§ 812 s) sede en la que, como dice Basozabal, el e.s.c era necesario para articular la restitución de las prestaciones derivadas de contrato por carecer de un control causal similar al

⁵ “Maestro de todos” como él mismo dijo de F. de Castro en el Preliminar del Discurso que se menciona en la nota 1 de este trabajo.

⁶ L. Díez-Picazo, *Fundamentos...* cit., pág. 108. También, R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta, 1990, págs. 835 ss.

⁷ L. Díez-Picazo, *Fundamentos...* cit., págs. 110 ss; R. Zimmermann, cit., págs. 885-886.

existente en otros ordenamientos, como el francés o el español⁸. También se recogió en el Código suizo de las obligaciones (art. 62-67), en el CC italiano (art. 2041), aunque atribuyendo a la acción carácter subsidiario y admitiéndola únicamente cuando el interesado no disponga de otro medio para lograr su interés (art. 2042) y, con similares características, en el CC portugués (artículos 473 y 474).

Por el contrario, parece de él que en el CC francés y en los que recibieron su inspiración directa, entre ellos el español y buena parte de los iberoamericanos, la noción de causa en las obligaciones y contratos eliminó la necesidad de la figura de las *condiciones*⁹, de modo que la formación de la teoría del enriquecimiento

⁸ X. Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, pág. 27.

⁹ L. Díez-Picazo, *Fundamentos...cit.*, pág. 112, señala que la codificación francesa puede caracterizarse en este punto por los siguientes datos: una regulación de las acciones de repetición que se encuentra por lo general dentro de la disciplina de los contratos y de las obligaciones condicionales (pág. ej., restitución por causa de nulidad del contrato, restitución del pago hecho en una obligación condicional pendiente de la condición); la configuración de la repetición del pago de lo indebido con un sentido en algún modo residual, y un completo silencio respecto de la figura o regla general de la interdicción de los enriquecimientos injustificados o sin causa.

injusto y sin causa es en Francia de construcción tardía y origen jurisprudencial¹⁰, encajada por doctrina y tribunales entre los cuasicontratos (art. 1371 *Code*). Como anticipo, el llamado *Avant Project* Catalá recoge ya la figura de modo explícito, situándola según su tradición jurídica entre los cuasicontratos¹¹ y denominándola enriquecimiento sin causa.

En el caso español, como ya se dijo, a pesar de que la doctrina de las *condictiones* fue recibida en las Siete Partidas y encuentra reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la promulgación del CC de 1889¹², no fue acogida por éste, el cual tampoco estableció una prohibición general del enriquecimiento, trasladando, como en el caso francés, gran parte de su problemática al Derecho de contratos y configurando el pago de lo indebido como un cuasicontrato con un claro carácter residual¹³. Sin embargo, la

¹⁰ En concreto, L. Díez-Picazo, *Fundamentos... cit.*, pág. 112, lo remonta al *Arrêt Boudier*, de 15 de junio de 1892.

¹¹ Artículos 1327 a 1339, de los cuales el primero recoge la idea del art. 1371 del *Code* vigente, incluyendo el enriquecimiento sin causa de modo expreso, junto a la gestión de negocios y el pago de lo indebido. A la figura del e.s.c. se le dedican los arts. 1336 a 1339.

¹² Recogida por L. Díez-Picazo, “La doctrina...”, cit., págs. 18 ss.

¹³ Algún autor estima que el e.s.c. encuentra base legal en el art. 1901 CC, donde, en principio, se establece

jurisprudencia de forma constante y reiterada, continuó reconociendo la existencia de un principio general del Derecho que vedaba el enriquecimiento injusto¹⁴. Como dije con anterioridad, su existencia fue explícitamente reconocida en la Reforma del Título Preliminar en 1973-74 en una norma de DIPr que determinaba la ley aplicable al e.s.c. (art. 10.9 del CC), siendo también recibida de modo expreso posteriormente en alguna ley especial como el art. 65 de la Ley Cambiaria y del Cheque¹⁵, o el art. 18.6 de la Ley de Competencia Desleal^{16/17}.

El Profesor Barros señala en su Ponencia que en el Derecho de obligaciones se reconocen remedios de reparación *in natura* (normalmente contractuales, diría yo, aun-

una presunción de error, una vez demostrado el carácter indebido del pago, pese a lo cual el *accipiens* podrá retener si, por su parte, prueba la existencia de “otra justa causa” de la atribución, pero al que se le da un alcance más amplio (J.L. Lacruz, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones* vol. 2º, ed., revisada y puesta al día por F. Rivero, Madrid, Dykinson, 1999).

¹⁴ L. Díez-Picazo, *Fundamentos...* cit., pág. 112. Especialmente significativas son las SSTs de 12 de abril de 1955 y 28 de enero de 1956, glosadas por el mismo autor en “La doctrina...”, cit., págs. 23-25.

¹⁵ Ley 19/1985, de 16 de julio, *BOE* 19 de julio.

¹⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, *BOE*, 11 de enero.

¹⁷ El e.s.c. sí se recoge explícitamente en la ley 508 del Fuero Nuevo de Navarra.

que tampoco se deben excluir del ámbito extracontractual¹⁸), remedios indemnizatorios, y remedios de restitución de beneficios. Estima también que los dos primeros son generales y que además, desde el punto de vista dogmático, el último ha sido construido más tarde y de manera más oscura. Puede que esto sea así, pero lo cierto es que no solo en España, a raíz de trabajos como los del Pr. Díez Picazo ya mencionados¹⁹, sino también en el ámbito del Derecho comparado, el desarrollo de la figura del e.s.c. ha sido muy notable. Un buen botón de muestra lo constituye el devenir de lo que podemos llamar “proceso de construcción” del Derecho privado europeo. Los conocidos PECL, cuyo significado e importancia teórica y práctica ha sido suficientemente puesta de relieve por la literatura jurídica²⁰ se están redactando de forma progresiva y aún no ha sido publicado

¹⁸ Como se reconoce explícitamente en el caso español en los arts. 110 y 111 del CPenal. También en el art. 10:104 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, elaborados por el *European Group on Tort Law*, la traducción de cuyos comentarios al español ha sido realizada por la REDPEC, y coordinada por M. Martín-Casals, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

¹⁹ A su vez han sido fuente de inspiración para otros verdaderamente meritorios (García de Enterría, Alvarez Caperochipi, Basozábal, entre otros).

²⁰ En nuestro país, por ejemplo, por L. Díez-Picazo/E. Roca/A. M. Morales, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

el correspondiente a la figura que nos ocupa. No obstante, está previsto que a lo largo del presente año 2008 aparezcan nuevos libros, entre otros, el correspondiente al enriquecimiento sin causa²¹. Se ha adelantado a ello el llamado “Proyecto de Marco Común de Referencia” (en adelante, DCFR) publicado recientemente²² y que ya incluye en su contenido, también de construcción progresiva, un libro, en concreto el número VII, dedicado al enriquecimiento injusto. En esta sede, la figura se sitúa en un plano conceptual comparable con la responsabilidad extracontractual (Libro VI), la intervención benevolente en los asuntos ajenos (Libro V) y con el contrato (Libros II-V), mientras que el Libro I se dedica a disposiciones generales. Sobre parte de los contenidos de este Libro VII tendré ocasión de volver posteriormente al hilo de algunas de las cuestiones planteadas por el Profesor Barros.

²¹ Así se anuncia en la *Introducción* al DCFR, en su publicación en libro citada en la nota siguiente, pág. 27.

²² *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Interim Outline Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), ed. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke et alii, Munich, Sellier, 2008. Se trata de un texto académico, no autorizado políticamente que pretende servir de modelo al Marco Común de Referencia del Derecho patrimonial europeo, que ya cuenta con respaldo político de la Unión Europea.

Asegura el Profesor Barros en otro momento de su intervención que “el enriquecimiento sin causa es un principio normativo mucho más impreciso que el contrato o el ilícito dañoso, de modo que las obligaciones restitutorias conexas no responden a un criterio de la misma generalidad que las indemnizatorias”²³. Estoy bastante de acuerdo con la frase reproducida, si bien creo que sería más exacto sustituir el término “generalidad”, por el de “homogeneidad”, lo que vincula la afirmación con otra de las ideas recurrentes cuanto se trata de la figura del e.s.c., cual es la dificultad de subsumir las hipótesis concretas que se plantean bajo el único paraguas del instituto en cuestión, precisamente por su heterogeneidad.

El problema tiene raíces históricas bien conocidas tras el excelente trabajo llevado a cabo por el Profesor Díez Picazo, al que me veo obligada a citar una vez más con toda justicia²⁴. De hecho, este autor se muestra

²³ Núm. 2 de la Ponencia.

²⁴ Es de particular interés resaltar, sobremanera, el esfuerzo de separación que hace el autor citado entre las figuras del enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios ajenos, tanto en su fundamento como en sus efectos (L. Díez-Picazo, *Fundamentos...* cit., pág. 112.). Como se ha dicho en el texto, los trabajos recogidos en el DCFR le dan la razón al recoger las dos figuras de modo paralelo y separado.

conforme con la idea mantenida por buena parte de la doctrina comparada (sobre todo la alemana, iniciada por Wilburg y von Caemmerer, y aceptada hoy mayoritariamente) que encuentra imposible construir una explicación unitaria de la figura del e.s.c. por su excesiva abstracción y prefiere acudir a la formación de tipos o grupos de casos en los que es posible reclamar la restitución de enriquecimientos carentes de causa. Con este planteamiento, cumple diseñar los siguientes tipos de *condictiones*, entendiendo por tales las acciones dirigidas a exigir aquella restitución: a) la *condictio* de prestación; b) la *condictio* por intromisión²⁵; c) la *condictio* por inversión o desembolso²⁶. La primera se da cuando el desplazamiento patrimonial o el enriquecimiento se produce por virtud de una prestación que ve frustrada su finalidad, como sucede con la restitución de prestaciones derivadas de la declaración de nulidad o de resolución de un contrato; se trata de situaciones que en Derecho español²⁷ pero también,

²⁵ Es la traducción generalmente aceptada del término alemán “*Eingriffskondiktion*”.

²⁶ L. Díez-Picazo, *Fundamentos...* cit., pág. 124.

²⁷ Cf., arts. 1303-1306, 1124 en relación al 1123 o 1295 del CC. También lo reconoce M. de la Cámara, en su discurso de contestación a L. Díez Picazo, cuando estima que debe aceptarse que en los sistemas causalistas como el español la acción de enriquecimiento no procede si el desplazamiento patrimonial tiene su origen en un

en general, en el moderno Derecho europeo no pertenecen al e.s.c. sino al Derecho de contratos²⁸. La *condictio* por intromisión se produce cuando a una persona le afluyen valores patrimoniales que no le corresponden, porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida, que puede ser incluso de buena fe, de bienes ajenos protegidos mediante derechos de carácter absoluto (al menos en principio, pues esta es una de las cuestiones

contrato aunque éste sea nulo, anulable, rescindible, revocable o resoluble (“La doctrina...”, cit., pág. 172).

²⁸ Así sucede en los Principios de Derecho europeo de contratos (arts. 4:115 o 9:307, 9:308 y 9:309). En cambio la situación es distinta en el DCFR; en este marco en II.-7:303, bajo la rúbrica “*Effects of nullity or avoidance*” se dice literalmente (1) “*The question whether either party has a right to the return of whatever has been transferred or supplied under the contract, or part of a contract, which is void or has been avoided under this Section, or a monetary equivalent, is regulated by the rules on unjustified enrichment*”. (2) *The effect of nullity or avoidance under this Section on the ownership of property which has been transferred under the void or avoided contract, or part of a contract, is governed by the rules on the transfer of property*”; aunque el estudio de las razones de esta solución merece un análisis pausado que no puedo realizar en esta sede, una explicación puede encontrarse en la doctrina de “*lack or failure of consideration*” del Derecho inglés (al respecto Treitel, *The Law of Contract*, 12 ed., E. Peel, London, Thomson-Sweet&Maxell, 2007, pág. 1144). Cumple decir que, por el contrario, en caso de resolución de la obligación, para la restitución de beneficios recibidos a consecuencia del cumplimiento previo, el DCFR sí sigue la lógica contractual (cf. III.-3:511 DCFR).

debatidas en esta ponencia); en tal caso, el titular del derecho en cuestión puede pedir la restitución del enriquecimiento obtenido por el otro si ha faltado una causa o título que lo justifique²⁹. Finalmente, la *condictio* por inversión o desembolso, no reconocida por todos los autores³⁰, y en la que la doctrina sitúa a su vez dos hipótesis distintas: el derecho del tercero que paga una deuda ajena (*condictio de regreso*) y el supuesto de quien realiza gastos en una cosa o en un bien ajeno sin mediar relación contractual (*condictio por impensas*)³¹.

En todo caso, la ponencia del Profesor Barros se centra concretamente en la figura del enriquecimiento por intromisión de suerte que la cuestión principal que trata de resolver es si, dándose una hipótesis de este tipo

²⁹ L. Díez-Picazo, “La doctrina...”, cit., págs. 113-114; *Fundamentos...* cit., pág. 125. Monográficamente sobre esta *condictio* y su desarrollo básicamente en el Derecho alemán, X. Basozabal Arrue, *passim*.

³⁰ El Profesor Barros en esta Ponencia lo omite. Tampoco la enumera L. Díez-Picazo junto a las otras dos en “La doctrina...”, cit., pág. 98, aunque posteriormente alude y se detiene en la *condictio* por inversión o por desembolso (págs. 124 ss.) Todos los supuestos parecen incluidos, sin embargo, en el DCFR VII- 4:101. El enriquecimiento por intromisión parece encontrar cobijo en la enumeración de VII-4:101 c) y regulación en VII-4.105.

³¹ L. Díez-Picazo, *Fundamentos...* cit., pág. 128.

cuando el hecho genera también responsabilidad por daños extracontractuales o supone el incumplimiento de una obligación contractual, además de las acciones derivadas de la responsabilidad civil o del mentado incumplimiento, también puede darse o, por el contrario, no cabe, una acción de enriquecimiento³². Esto es tanto como plantear la posible concurrencia y, en su caso, compatibilidad de tales tipos de acciones³³

II. Supuestos de la restitución por enriquecimiento injustificado y de la responsabilidad por daños

El Profesor Barros se pregunta, pues, si los supuestos de incumplimiento contractual y/o ilícito extracontractual pueden dar lugar o no a acciones restitutorias de beneficios. Aunque el ponente parece pronunciarse por la respuesta negativa³⁴, en realidad entiendo que lo que quiere es destacar la independencia de ambos tipos de acciones: esto es, las derivadas de la responsabilidad contractual y/o

³² Núm.5 de la Ponencia.

³³ DCFR VII-7:101 y VII 7:102.

³⁴ Concretamente afirma en inicio el Núm. 6 de la Ponencia, “Atendidas las exigencias menores que tienen las acciones restitutorias respecto de las indemnizatorias, la intuición lleva a contestar a la pregunta de manera erróneamente positiva”

extracontractual, por un lado, y las derivadas del enriquecimiento, por otro.

Al respecto, los argumentos que proporciona el Profesor Barros son los siguientes:

1. La medida de la restitución (por enriquecimiento) es la ganancia injustificada y no el perjuicio, de modo que este último (el perjuicio) carece de relevancia en la determinación del *quantum* indemnizatorio. Pues bien, aparte de la cuestión técnica de si se ha de utilizar o no el término “indemnizatorio” en este contexto, afirmación tan tajante no es de recibo, al menos en Derechos como el holandés³⁵, el francés³⁶ y probablemente el español, lo cual no significa que para que exista pretensión de enriquecimiento deba concurrir necesariamente un daño. Desde luego,

³⁵ Donde el enriquecido injustamente ha de indemnizar el daño causado al otro, en la medida en que sea razonable, hasta el punto de concurrencia entre daño y enriquecimiento [art. 212.1 (6.4.3.1) CC holandés]

³⁶ En el art. 1336 del *Avant Project Catalá* se recoge la fórmula tradicional en la jurisprudencia francesa, según la cual “El que se enriquece sin causa en detrimento de otro debe al que se encuentra empobrecido una indemnización igual a la menor de las dos sumas a las que se elevan el enriquecimiento y el empobrecimiento”.

la que no resulta exacta es la afirmación inversa, esto es, que en una hipótesis puramente indemnizatoria carezca de relevancia la ganancia obtenida por el enriquecido. Al menos así sucede en Derecho positivo español, en hipótesis como las contenidas en el art. 9 de la LO 1/1982, de Protección civil al honor, la intimidad y la propia imagen, donde el beneficio obtenido por el autor del hecho dañoso se tiene en cuenta para cuantificar la indemnización, situación que parecidamente se da en la Ley de Patentes (art. 66)³⁷ y en la Ley de Marcas (arts. 43 y 44)³⁸, si bien es

³⁷ Artículo 66. [Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho de patente] modificada por la Ley 19/2006, de 5 de junio. Con la versión anterior, señalaba C. Fernández Novoa, *El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial*, Madrid, Marudí Pons, 1997, págs. 14-15, que el art. 66.2 de la Ley de Patentes se introdujo con el fin de frenar la tendencia tradicional de la jurisprudencia española a recortar e incluso a eliminar el resarcimiento del *lucrum cesans*. Pero añade que en su afán de hacerlo, sobrepasa los estrictos límites de ese resarcimiento para adentrarse en el enriquecimiento positivo y negativo del infractor de la patente. En realidad su tesis central es que la ley confiere al titular de la patente infringida una acción latente de enriquecimiento injustificado.

³⁸ Artículo 43. [Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios], también reformado por la Ley 19/2006, de 5 de junio ”

cierto que Pantaleón critica el contenido de estas dos últimas regulaciones, calificándolas de “galimatías dogmático” que incurre en “incongruencias valorativas”³⁹.

³⁹ F. Pantaleón, en el *Prólogo* al libro de X. Basozabal Arrue, pág. 15, donde pone además como ejemplo el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal que sí diferencia claramente ambas acciones, mencionando, entre las disponibles por el interesado, por una lado como 5^a “*Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia*”, y como 6^a “*Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico*”. Para C. Fernández Novoa, cit, pág. 16, esta ley hace visible la acción de enriquecimiento que estaba latente en la de Patentes, basada en un sistema mixto de responsabilidad objetiva y subjetiva. No sucede lo mismo con la Ley de Marcas, basada en un sistema de responsabilidad por culpa y que injerta unilateralmente criterios de restitución de un enriquecimiento positivo o negativo en un sistema tradicional de responsabilidad, si bien la acción de e. s. c entra completamente en el sistema con la entrada en vigor de la Ley de Competencia Desleal (cit., págs. 17-18). Por su parte, el art. 140 del TRLPI (procedente de la Ley 19/2006, de 5 de junio) habla únicamente de indemnización de daños al titular y no alude en ningún momento a las ganancias obtenidas por el infractor de la propiedad intelectual, aunque la alusión a la “*cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión*” es vista por algunos como perteneciente al ámbito del

2. El enriquecimiento no supone un juicio de antijuridicidad⁴⁰; dice nuestro ponente que su función no es indemnizatoria, ni su antecedente un hecho ilícito⁴¹. Aunque estimo que ello es así, es dudoso que en algunos ordenamientos jurídicos, entre ellos el español, para considerar que existe una hipótesis de responsabilidad civil se exija el requisito de la antijuridicidad, al menos bajo ese nombre, al modo que se hace, por ejemplo, en Alemania⁴². Señala también Profesor Barros que como en el caso de la obligación que nace del contrato, la obligación restitutoria es primaria, esto es, no deriva del incumplimiento de una obligación, ni

e.s.c. (M. Clemente Meoro, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, J.M. Rodríguez Tapia (dir.), Madrid, Thomson-Civitas, 2007, págs. 812-813). No obstante, ya con versiones anteriores, para C. Fernández Novoa, cit. pág. 20, el art. 18.6^a de la Ley de Competencia Desleal también podrá ser invocado, en su caso, por el titular de un derecho de propiedad intelectual.

⁴⁰ Afirmación cuestionable, al menos para una parte de la doctrina germana, capitaneada por Schultz (cf. X. Basozabal Arrue, cit., págs. 54 ss.)

⁴¹ ¿Por qué usó entonces la palabra indemnizatoria para referirse al *quantum* de la restitución?

⁴² Al respecto puede verse el análisis que hace H. Koziol, en la traducción española ya citada de la obra *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, págs. 57-58.

de un deber general de conducta; por eso, añade, también la intromisión inocente da lugar a la acción restitutoria. Esto es cierto, pero solo si hablamos de la restitución por intromisión (es decir, la derivada del enriquecimiento), pues como ya vimos anteriormente existen acciones restitutorias de naturaleza contractual (al menos en algunos ordenamientos jurídicos), como las derivadas de la resolución o de la declaración de nulidad de la obligación, que difícilmente pueden ser consideradas como primarias en el sentido referido.

3. La acción de intromisión se refiere a cosas, materiales o inmateriales, sobre las que tenemos derechos de exclusividad⁴³, y solo muy excepcionalmente a los servicios que prestamos a terceros. Esta situación, que podemos denominar “monopolio de ex-

⁴³ L. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., pág. 126. Reconoce expresamente que la denominada *condictio* por intromisión tiene singular importancia cuando un tercero explota indebidamente un bien inmaterial sobre el que recae un derecho de propiedad intelectual o industrial. En concreto sobre el tema en el ámbito del Derecho industrial, destaca la aportación de C. Fernández Novoa, *cit.*, *passim*.

plotación”, viene a significar que lo determinante para la concesión de la *condictio* por intromisión es la atribución por parte del ordenamiento jurídico a los titulares de determinados derechos y posiciones jurídicas de una facultad exclusiva de explotación sobre el objeto de éstos⁴⁴. No obstante, creo de interés resaltar que existen supuestos a mi juicio susceptibles de ser encajados dentro de la *condictio* por intromisión y que, sin embargo, se alejan un poco de la idea de “exclusividad” o “monopolio de explotación”, aunque tienen cierto regusto a ella. Me viene al caso el supuesto de indemnización por clientela previsto en el art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia, cuyo fundamento, como ha declarado nuestro Tribunal Supremo, está en el enriquecimiento del cedente por aprovechamiento sin remuneración de la clientela creada o aumentada sensiblemente por el distribuidor⁴⁵ y en el que la idea de “exclusividad” se halla un tanto desdibujada.

⁴⁴ X. Basozabal Arrue, pág. 81 y doctrina alemana allí citada.

⁴⁵ STS de 20 julio 2007, RJ\2007\5071.

Después de haber insistido en la independencia entre las acciones de enriquecimiento por intromisión y las indemnizatorias⁴⁶, resalta el ponente la posibilidad de su concurrencia. El Profesor Barros afirma que el enriquecimiento injusto puede concurrir con hipótesis de responsabilidad por daños que se siguen del ilícito contractual o extracontractual. Añade también que en tales casos puede resultar ventajoso el remedio restitutorio respecto del puramente indemnizatorio. No obstante, afirma que de ello no necesariamente se sigue (i) que exista efectivamente un cúmulo alternativo de pretensiones, limitación que se produce especialmente en materia contractual. (ii) que en ciertas hipótesis sólo hay lugar a la restitución si el demandado ha cometido un ilícito, cuestión que se plantea especialmente en sede extracontractual.

III. Enriquecimiento a consecuencia de un incumplimiento contractual

El Profesor Barros destaca las dificultades conceptuales para conciliar los remedios contractuales con la restitución de beneficios, puesto que contrato y e.s.c. son fuentes de

⁴⁶ Por lo demás independencia ampliamente reconocida en la jurisprudencia española, entre otras, SSTS de 25 de abril de 2001 (RJ\2001\2032), o de 25 de abril de 2000 (RJ\2000\3379).

obligaciones que responden a criterios normativos muy diferentes. El tema le resultaba especialmente caro al gran jurista anglosajón P. Birks, cuyo pensamiento ha sido retomado en este punto por S. Waddams, «Contract and Unjust Enrichment: Competing Categories or Complementary Concepts», *Essays for Peter Birks Structure and Justification in Private Law*, Oxford and Portland, 2008, págs. 167-183, donde se muestra mucho menos proclive a la radical separación entre contrato y enriquecimiento que manifiesta el Profesor Barros. Para él, la relación entre contrato y enriquecimiento es más bien excluyente, porque el contrato válido es causa justificante del enriquecimiento. La doctrina moderna entiende el contrato como un instrumento de distribución jurídica de riesgos, creando de este modo los incentivos económicos conexos para hacerse cargo de los resultados; por ello, las ganancias que obtenga una parte en razón de un contrato ventajoso son legítimas, aunque tengan por contrapartida pérdidas para la contraparte. Por lo mismo, la parte económicamente empobrecida en razón de un contrato que le ha resultado desventajoso carece de fundamento para invocar el enriquecimiento de la contraparte, aunque éste supere lo que se podía esperar en el momento de contratar⁴⁷.

⁴⁷ Núm. 8 de la ponencia.

Ahora bien, ello no quiere decir, como el propio ponente reconoce, que el derecho de contratos no conozca remedios de carácter restitutorio, si bien se trata de efectos secundarios derivados de los remedios principales como la resolución, la nulidad, etc. Estas pretensiones restitutorias son independientes de las indemnizatorias, tanto en lo referente a las condiciones de procedencia, como al objetivo protector del remedio. En el primer sentido, los requisitos de la acción indemnizatoria suelen ser más exigentes que las de los remedios que dan lugar a la restitución. En el segundo, la medida de la obligación restitutoria es la prestación efectuada por el acreedor, mientras que en la indemnizatoria es el daño sufrido por el acreedor. Afirma el ponente que la única superposición viene dada por la circunstancia de que la restitución define el piso mínimo de la indemnización. Por mi parte, lo que creo es que, en el Derecho de contratos, restitución e indemnización son perfectamente compatibles, como se ve claramente en el caso de la resolución, donde esta compatibilidad se ha afirmado desde antiguo en el ordenamiento español, y ahora es reconocida en el moderno Derecho contractual europeo⁴⁸; todo ello, siempre y

⁴⁸ Así, pág. ej., art. 9:501 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos y ahora con toda claridad en III.-3:102 DCFR, que bajo la rúbrica “*Cumulation of*

cuando existan daños que indemnizar, los cuales, por supuesto, han de ir más allá de la restitución recíproca de las prestaciones que ya hubieran sido realizadas. Sólo en ese sentido puede hablarse de “piso mínimo”.

Sin embargo el Profesor Barros parece partir del presupuesto de la alternitud en lugar de la compatibilidad entre restitución (contractual) e indemnización, cuando afirma que, en principio, al acreedor le será más interesante demandar perjuicios, salvo que la cosa dada en pago valga ahora más que en el momento del contrato (supuesto en el que el deudor tendrá un incentivo natural para cumplir la obligación). A su vez, añade que reclamar como consecuencia de la resolución la restitución de lo dado, entregado o hecho al deudor, suele ser una opción razonable para el acreedor que no tiene que someterse a las exigencias probatorias de imputabilidad, previsibilidad y causalidad del daño, especialmente respecto del lucro cesante. Si han cambiado los precios del mercado, incluso puede ocurrir que al acreedor le resulte más conveniente perseguir la restitución que obte-

remedies” señala “*Remedies which are not incompatible may be accumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy*”.

ner la indemnización⁴⁹. En todos estos casos, creo entender que el Profesor Barros está en la lógica de que se trata de acciones alternativas, cuando insisto en que el Derecho español y europeo más moderno ambas son cumulativas si se dan los presupuestos de las dos. Lo que puede suceder es que no haya daños, y entonces no habrá indemnización, sino únicamente restitución, como ocurrirá, por ejemplo, en la última de las hipótesis que el autor propone.

Por otro lado, señala el ponente que también los beneficios que se sigan para el acreedor a causa del incumplimiento pueden ser relevantes en el cálculo de los perjuicios que se siguen de ese mismo incumplimiento. Entonces, la compensación de esas ventajas o beneficios responde a la lógica de la reparación del daño efectivamente sufrido, que exige la *compensatio lucri et damni*. Estoy plenamente de acuerdo con el Pr. Barros en este punto; aquí los beneficios sólo son relevantes a efectos de calcular el daño efectivamente sufrido por el acreedor a consecuencias del incumplimiento, por lo que su consideración responde exclusivamente a un razonamiento indemnizatorio.

⁴⁹ Núm. 9 de la Ponencia.

Las situaciones más frecuentes en las que se puede plantear la dicotomía entre acción restitutoria de beneficios derivados del enriquecimiento injusto y acción indemnizatoria nacida del incumplimiento de la obligación son las producidas por el incumplimiento de obligaciones de no hacer, como los pactos de exclusiva o las prohibiciones convencionales de competencia⁵⁰. Sin embargo no se trata de las únicas situaciones posibles donde se puede suscitar la dualidad señalada.

En concreto, en el caso español, F. Pantaleón preguntó en su día⁵¹ si el deudor de una cosa cierta y determinada que incumple su obligación y viola el derecho de crédito, enajenándose a un tercero y obteniendo con ello un valor superior al cubierto por la obligación, debe esta suma o tiene que ceder la acción para obtenerla o, simplemente, responde en la medida del daño causado al acreedor. En su opinión, hay base normativa

⁵⁰ Cuyo sentido es, como señala el Pr. Barros en el lugar citado en la nota precedente, garantizar al acreedor un ámbito empresarial que excluya al deudor; aunque personal, la relación no se materializa en una conducta positiva, sino en una obligación de no hacer, lo que muestra su carácter análogo a la propiedad.

⁵¹ F. Pantaleón, “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *ADC*, 1991, págs. 1019-1092; “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *ADC*, 1993, págs. 1719-1746.

suficiente en nuestro Derecho (en concreto, a partir de una interpretación extensiva del art. 1186 del CC) para afirmar que en los casos descritos el acreedor podrá exigir la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero o la entrega de lo ya satisfecho por éste, reconociendo que su montante puede ser mayor que aquello que el acreedor insatisfecho conseguiría como indemnización de daños derivados de la responsabilidad contractual.

En fin, la posible generalización de este tipo situaciones es el *leit motiv* de la ponencia del Profesor Barros. Se cuestiona, en síntesis, si al acreedor contractual se le deben reconocer acciones para lograr que el deudor desembolse las ganancias derivadas precisamente de su incumplimiento. Sin duda, coincido con él en que hay hipótesis en las que puede tener interés para el deudor una acción de este tipo, por ejemplo, (1) porque, a pesar de que el incumplidor ha recogido beneficios a consecuencia de su incumplimiento, de ese incumplimiento no se sigue daño para el acreedor, (2) porque el daño que se sigue es inferior al beneficio obtenido por el deudor, (3), porque a pesar de existir daño, existen dificultades probatorias para el acreedor, sobre todo en caso de lucros cesantes, (4) porque el incumplimiento, además de haberle reportado un beneficio, es liberatorio para el deudor al

concurrir causas de exoneración⁵². Obsérvese que en el primer y último supuesto el acreedor sencillamente carece de remedio indemnizatorio.

Desde un determinado punto de vista, señala el ponente⁵³ que la doctrina es más bien escéptica respecto de la admisibilidad de los remedios restitutorios de las ganancias derivadas del incumplimiento de un contrato. Ante todo, hay razones de justicia contractual en sentido estricto: el contrato establece una relación entre las partes en cuya virtud el deudor tiene una obligación de cumplir lo prometido. La tarea del derecho es corregir el injusto que se sigue del incumplimiento atendiendo precisamente al interés del acreedor, para lo cual son apropiados los remedios de ejecución *in natura*, resolución, indemnización y los otros desarrollados por el derecho de contratos. A diferencia de lo que ocurre con el acreedor, las vicisitudes patrimoniales del deudor a consecuencias de su conducta quedan fuera del ámbito contractual. Por eso, la restitución de ganancias que haya obtenido a consecuencias de su incumplimiento carecerá normalmente de relevancia en el ámbito

⁵² Cf., de nuevo el art. 9:501 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos.

⁵³ Núm. 11 de la Ponencia.

contractual, al carecer de fundamento desde el punto de vista de la justicia contractual⁵⁴. El remedio deviene más bien un instrumento punitivo, cuya función es prevenir el incumplimiento.

Si se atiende al derecho del acreedor resulta irrelevante el enriquecimiento que haya obtenido el deudor a consecuencias de su propio incumplimiento, porque ello no afecta el interés económico que el contrato reconoce al acreedor. Esto sólo sucede en los casos en que este interés económico exclusivo que el contrato garantiza es afectado por el incumplimiento como ocurre, por ejemplo, si se infringe una cláusula válida de no competencia, obteniéndose un beneficio que el contrato aseguraba privativamente al acreedor. Pero en este tipo de casos, según el ponente, de ser aceptada la acción de enriquecimiento, la función de la obligación del deudor no es

⁵⁴ Desde un planteamiento puramente económico, el Profesor Barros, señala que en los ordenamientos reticentes a conceder la acción para obtener la ejecución *in natura*, una acción restitutoria de los beneficios es un incentivo formidable a la observancia del contrato, en oposición a la idea del incumplimiento eficiente, en cuya virtud el acreedor puede apropiarse de los beneficios marginales que se siguen de su incumplimiento, una vez pagados los perjuicios que logre probar el deudor (Núm. 12 de la Ponencia).

restitutoria ni indemnizatoria, sino simplemente punitiva.

A pesar de todo ese escepticismo doctrinal respecto a la viabilidad de la acción restitutoria de beneficios en el ámbito contractual, el Profesor Barros pone de manifiesto que, tanto en el *common law*⁵⁵ como en el Derecho alemán, en ciertas situaciones se reconoce al acreedor el derecho a obtener los beneficios derivados del incumplimiento⁵⁶.

El ponente se detiene en el análisis de la doctrina y jurisprudencia del ámbito anglosajón⁵⁷, donde el principio general es que el acreedor no tiene acción restitutoria dirigida a recuperar las ganancias del deudor⁵⁸. El

⁵⁵ *Vid.*, entre los más reciente, el planteamiento y tratamiento del tema en el Derecho inglés en Treitel, *The Law of Contract*, cit., págs. 1142 ss.

⁵⁶ Si bien, según señala R. Schulze, la regla general es que existiendo acción para exigir el cumplimiento contractual, no resulta viable la acción de enriquecimiento dimanante del § 812 BGB y concordantes, aún en el caso de que el plazo de prescripción de la primera sea más corto (Schulze/Dörner/Ebert et alri, *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 4 Auf., Baden-Baden, Nomos, 2005, pág. 972).

⁵⁷ Núm. 13 de la ponencia

⁵⁸ Uno de los casos citados por el ponente, de los que deriva este principio general es *City of New Orleans v Fireman's Charitable Assotiation*. Se trataba de un caso de finales del siglo XIX, en la que la entidad demandada

reconocimiento de acciones de restitución de beneficios resultantes del incumplimiento contractual, acogido recientemente en la jurisprudencia es, según el Profesor Barros, excepcional y caótico. No obstante, él mismo señala tres grupos de casos donde se da esta situación excepcional: los incumplimientos “cínicos o inescrupulosos”⁵⁹; los casos en que

había asumido, por un precio pactado, la obligación de garantizar el servicio antiincendios de la ciudad. Se había fijado en el contrato el personal y los equipos que la entidad demandada debía asumir, a pesar de lo cual sólo mantuvo un parte de los medios materiales y humanos previstos en el contrato. Afortunadamente no se produjo ningún incendio, lo que impedía *a priori* cualquier pretensión indemnizatoria, aunque la compañía había obtenido un beneficio negativo a través del ahorro de gastos. También estudia el caso L. Díez-Picazo en el trabajo que se menciona más adelante, y en el que el autor español estima que el remedio adecuado a nuestro sistema es la vía de la reducción del precio, contraprestación que en la actualidad se admite como un remedio generalizado en todos los casos de incumplimiento en los Principios de Derecho Europeo de contratos y en los Principios UNIDROIT. Ahora debo añadir también que esta posibilidad general de reducción del precio se encuentra en III.-3:601 del DCFR.

⁵⁹ Cita como ejemplo el interesante caso británico *Attorney General v. Blake*, de 27 de julio de 2000; George Blake había sido empleado de los servicios de inteligencia y espionaje ingleses desde 1944 hasta 1961, aunque, a partir de 1951, se convirtió en un agente de la Unión Soviética a la que pasó información secreta. Fue condenado por ello a cuarenta y dos años de prisión por un delito de traición, pero logró escapar de la cárcel y huyó a Moscú. En 1989 escribió su autobiografía y llegó a un

los jueces niegan lugar a la acción de ejecución *in natura*, en ejercicio de su potestad valorativa de acuerdo con la *equity*, de modo que en lugar de aquella ejecución *in natura* se reconoce la acción sobre los beneficios⁶⁰; y, en tercer lugar, algunos supuestos en los que el acreedor sufre perjuicios puramente nominales y se estima de equidad darle una satis-

acuerdo con el editor inglés para su publicación a cambio de una cantidad de dinero, parte del cual le sería anticipado; en 1990 se publicó el libro y el Abogado General, en nombre de la Corona presentó la demanda en la que ya no se pretendía la no publicación de la obra, que a esas alturas ya no contenía información confidencial, sino impedir que Blake recibiera el pago del anticipo, lo que efectivamente sucedió. También estudiado por L. Díez-Picazo en el mismo trabajo inédito.

⁶⁰ Cita como ejemplo el caso *Wrotham Estate Homes Ltd. v Parkside Homes Ltd.* (1974) en un supuesto en el que una empresa inmobiliaria construyó una serie de casas incumpliendo una cláusula contractual que le obligaba frente al dueño del terreno vecino. El juez Brightman rechazó la demanda de demolición de las casas, pero estimó, que aunque el terreno del vecino no había perdido valor, el demandado era responsable y debía pagarle daños equivalentes al precio contractual razonable que hubiese sido aceptado por el demandante para relajar la restricción contractual aludida. El Profesor Barros estima en su ponencia que este tipo de valoración está más cercana a la idea de lucro cesante que a la de restitución de beneficios. Sin embargo, A. Burrows, *The Law of Restitution*, Butterworths, 1993, pág. 399, entiende que no se trata de una indemnización compensatoria, sino restitutoria, equivalente al 5% de los beneficios del demandado.

facción con cargo a los beneficios que el acreedor ha obtenido de su incumplimiento.

¿Qué sucede en el Derecho español?. Como ya anticipé más arriba, F. Pantaleón defendió con base en el art. 1186 CC, la posibilidad de que el acreedor de cosa cierta y determinada reclame no sólo los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sino también *el commodum ex negotiatione*, es decir, la acción para cobrar el precio por el que el deudor hubiera vendido la cosa debida a un tercero⁶¹. La tesis contraria ha sido, en cambio, defendida por A. Carrasco, para quien “salvo que una disposición particular determine lo contrario, no existe principio alguno en virtud del cual el deudor deba el beneficio o enriquecimiento que obtiene con el incumplimiento”⁶². Para nuestro solaz, para el mío en particular, el tema ha sido abordado recientemente por el

⁶¹ Esta tesis es también compartida por X. Basozabal Arrue, cit., pág. 181, basándose también en el art. 1095 CC, al estimar que a partir del nacimiento de la obligación de entrega de la cosa, el Código otorga al acreedor “el monopolio de utilidades de la misma”, concretado en los frutos derivados del goce y el precio por la disposición.

⁶² A. Carrasco Perera, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. I, (M. Albaladejo dir.), Madrid, Edersa, 1989, pág. 668. Idea que el autor ya había propuesto y desarrollado en su artículo “Restitución de provechos (y II)”, *ADC*, 1988, págs. 5-151, espec., pág. 144.

Profesor Díez-Picazo quien, por cierto, también analiza, como el ponente, la jurisprudencia anglosajona en la materia⁶³, incluyendo alguna otra decisión además de las citadas por el Profesor Barros⁶⁴.

⁶³ L. Díez-Picazo, “Commodum ex negotiatione”, el *Anuario de Derecho Civil*, t LX, pas. IV, 2007, págs. 1601-1617.

⁶⁴ En concreto *Frank W. Snepp v. United States*, de 19 de febrero de 1980. Frank W. Snepp había estado al servicio de la CIA a partir del año 1968 y, en el momento de ser contratado por la Agencia, había suscrito un compromiso en virtud del cual no publicaría ninguna información o haría uso de ningún material relativo a la Agencia, a las actividades de ésta o a las actividades de inteligencia tanto durante el tiempo que estuviera empleado, como posteriormente, sin la aprobación previa de la propia Agencia. Ello, no obstante, Snepp había publicado un libro, en que se relataban ciertas actividades de la CIA en Vietnam del Sur, que no había sido autorizado por la Agencia. Como consecuencia de ello, el Gobierno inició una acción para reclamar el cumplimiento de la promesa y la obligación contractual de Snepp tratando de conseguir una declaración de que Snepp había incumplido el contrato, de que se le condenara a someter sus futuros escritos a una revisión antes de ser publicados y a imponerle lo que el texto llama un trust para beneficio del Gobierno relativo a todos los beneficios que Snepp pudiera obtener con la publicación del libro por violación de sus obligaciones fiduciarias respecto de la Agencia, pretensión, esta última, que, finalmente prosperó. Se refiere también L. Díez-Picazo a *Reid-Newfoundland Hedles v. Angloamerican Telegraph*, en una sentencia de 1912 donde el *Privy Council* decidió el caso que procedía del Canadá. Una compañía telegráfica había instalado una línea de telégrafo a petición de una compañía ferroviaria. Con base en el contrato celebrado entre ambas, la primera

La postura de Díez-Picazo, que deja clara desde el inicio del trabajo, es literalmente la siguiente: “En el caso de violación de derechos absolutos, las acciones de daños y las de restitución de enriquecimientos se pueden conciliar, mas, seguramente, no es tan fácil hacerlo cuando estamos hablando de lesión de derechos de crédito y de incumplimientos contractuales”.⁶⁵ En especial alude a la situación prevista en el art. 1186 CC, concluyendo que es sumamente difícil extraer de la idea de la pertenencia del llamado *commodum* al acreedor cuando la obligación de dar cosa cierta y determinada se ha frustrado por la pérdida de la cosa debida o por la imposibilidad sobrevenida, la regla de que un criterio similar debe seguirse cuando el acreedor ha enajenado la cosa y ha obtenido con ello un precio. Apartándose de la opinión de Pantaleón, añade literalmente “Quizás habría que decir, abruptamente, que en el estado actual de nuestra legislación ello es imposible”.⁶⁶

había asumido el compromiso de usar la línea sólo por razones de servicio ferroviario, aunque, tras su instalación, la línea fue utilizada comercialmente para transmitir otros mensajes, por cuenta de particulares. En este caso, los jueces ingleses condenaron a la compañía telegráfica a devolver la totalidad del beneficio obtenido.

⁶⁵ L. Díez-Picazo, "Commodum..." pág. 1604.

⁶⁶ L. Díez-Picazo, "Commodum..." pág. 1607.

A partir de este caso concreto Díez-Picazo se hace, en relación a nuestro Derecho, la pregunta general que ahora nos ocupa: si el CC español liga con el incumplimiento, aparte de los remedios contractuales típicos derivados del arts. 1101 y concordantes, otras acciones distintas; más en concreto, si existen términos que permitan compatibilizar las acciones indemnizatorias con las acciones de restitución del valor obtenido por el incumplidor las cuales, en rigor, son acciones de enriquecimiento.

Pues bien, tras estudiar el tema en el Derecho alemán, antes y después de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones que modifica el BGB en 2002, no ve obstáculos en admitir, para el caso español, la virtualidad de la *condictio* por intromisión en derechos de carácter absoluto como la propiedad o las llamadas propiedades especiales del Derecho industrial, planteando más dudas en relación con los derechos de la personalidad (cuestión sobre la que volveremos) y muchas más aún en relación con los derechos de crédito.

Como el Profesor Barros, el Profesor Díez-Picazo trata de buscar soluciones con el estudio de la figura del “*accounting for profits*” del *common law*, indicando que hay parte de la doctrina de este sistema jurídico que acoge

la posibilidad de reclamar la restitución de beneficios eventualmente obtenidos por el deudor gracias al incumplimiento, especialmente en los casos en los que este incumplimiento revista especial gravedad y sea particularmente reprobable.

Trasladando la cuestión al Derecho español, Díez-Picazo asume las dificultades de la extensión del Derecho de enriquecimiento a los incumplimientos contractuales, aún cuando estos resulten especialmente reprobables e inicuos, como le gusta decir a la jurisprudencia norteamericana. En el caso español, al deudor doloso se le ensancha la responsabilidad por daños, pero sólo la responsabilidad por daños (*cf.*, art. 1107 CC); pasar a otro tipo de soluciones como las restitutorias no deja de tener un regusto punitivo que no hay razón para admitir a falta de normas legales al respecto. No obstante, admite la viabilidad de la *condictio* por intromisión en algunos supuestos; en concreto, no la ve discutible respecto del precio obtenido por el deudor al enajenar la cosa a un tercero en el caso en que el obligado sea el depositario o cualquier persona que tiene obligación de restituir lo que es de otro, o el heredero que tiene que hacer entrega de un legado cuya propiedad el legatario ya ha adquirido desde la apertura de la sucesión. Mucho más discutible ve que se pueda admitir la *condictio* por intromisión en

otras situaciones de puros derechos de crédito, como las previstas en el art. 1164 o en el art. 1897 CC, derechos de crédito que contienen facultades de uso y disfrute de cosa ajena, situaciones que, por el contrario, sí son reconocidas por Basozabal.⁶⁷

IV. Enriquecimiento a consecuencia de un ilícito extracontractual

Aunque nadie duda de que se trata de dos figuras con presupuestos y efectos distintos, la restitución del enriquecimiento y la indemnización de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual, plantean sin duda problemas de diferenciación y zonas grises que conviene no olvidar para poder analizar de modo certero el problema de su posible concurrencia⁶⁸.

El supuesto de responsabilidad civil extracontractual exige la existencia de un daño sufrido por la víctima. En este punto el Profesor Barros afirma que el eventual enriquecimiento del autor del acto susceptible de causar daño a otro es, en principio, irrelevan-

⁶⁷ L. Díez-Picazo, "Commodum..." pág. 1615.

⁶⁸ Para L. Díez-Picazo, *Fundamentos...* cit., pág. 114, ni la posición que fusiona el enriquecimiento dentro del resarcimiento de daños, ni la que establece una absoluta separación entre ambas pueden ser admitidas.

te porque lo determinante, siempre según el ponente, es que la posible acción ilícita del autor del hecho o de la omisión sólo produce efectos civiles desde el momento de la producción del daño. Sin daño no hay responsabilidad civil, aunque puede cometerse una infracción, incluso penal, pero sin relevancia civil; a lo sumo, entiende el ponente, el derecho civil reconoce acciones preventivas⁶⁹.

Entiendo que cabe hacer al respecto algunas matizaciones, pues aún cuando sea innegable el criterio general de que sin daño no existe responsabilidad, si atendemos a algunas situaciones concretas, tal fórmula ha de ser matizada. Así se demuestra, por ejemplo, en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil, cuyo art. 2:104 considera los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse como daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables; se trata pues de gastos realizados antes de que haya sucedido el daño y que incluso pueden llegar a evitar éste⁷⁰. Otro supuesto

⁶⁹ Núm. 17 de la ponencia, citando el art. 2333 del Código civil chileno.

⁷⁰ *Vid.*, el comentario a este precepto de U. Magnus, en *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil...* cit, págs. 71 ss. La proximidad de este caso con la figura del e.s.c. se pone claramente de manifiesto en uno de los ejemplos de aplicación que mencionan los autores de los Principios. En el río Rin D ha dañado

que plantea dificultades de delimitación, al menos en Derecho español, es aquél en el que el agente ha actuado en virtud de una causa de justificación como es el estado de necesidad⁷¹. En este caso, existe daño, pero se estima que no lo debe resarcir el causante, sino el beneficiario del sacrificio que se ha impuesto a la víctima (“la persona en cuyo favor se ha precavido el mal”)⁷² quien no ha de resarcir la medida total del daño, sino la del enriquecimiento o ventaja obtenida.

Pero de nuevo se nos plantea como central el problema de la posible concurrencia entre

negligentemente el buque cisterna de P. Existe un cierto peligro de que el combustible transportado se derrame. Para prevenir la contaminación del Rin P solicita a la firma X descargar el barco cisterna y almacenar el combustible durante unos cuantos días. P está autorizado a reclamar a D los gastos de descarga y almacenamiento, según el precepto señalado. No obstante, no me parece descabellado estimar que el supuesto también podría suponer un enriquecimiento negativo para D.

⁷¹ Este supuesto es destacado por L. Díez-Picazo, *Fundamentos... cit.*, pág. 115.

⁷² Argumento basado en los arts. 1893 II CC y 118.3^a del CPenal. En el comentario al art. 7:101 de los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad, precepto donde el estado de necesidad se considera en general una causa de exoneración de la responsabilidad, B. Koch, *Principios... cit.*, pág. 173, matiza que el hecho de que el autor del hecho dañoso no sea responsable de los daños no evita que el dueño de los víveres pueda exigir compensación basándose en otras normas, como pueden ser las del enriquecimiento.

una acción de enriquecimiento y una indemnizatoria, en este caso derivada de la responsabilidad extracontractual. Señala el Profesor Barros que cuando el daño de la víctima y el eventual beneficio del responsable se corresponden, carece de sentido una acción que se dirija contra los beneficios obtenidos por el autor del daño, porque el interés de la víctima se cubre con la acción indemnizatoria. Pero también puede suceder, como en materia contractual, que el beneficio del autor del daño sea superior al daño causado a la víctima, en cuyo caso el ponente plantea dos cuestiones principales: (i) cómo se resuelve el cúmulo de acciones restitutorias e indemnizatorias. (ii) si hay casos en los que la comisión de un ilícito es condición para que haya lugar a una acción de restitución de beneficios⁷³.

Coincido totalmente con el ponente –y con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo– cuando a pesar de reconocer que hay experiencias comparadas en que el ilícito extracontractual es antecedente de la obligación restitutoria, rechaza tal idea⁷⁴, por lo que

⁷³ Núm. 17 de la ponencia.

⁷⁴ Como lo hace también la jurisprudencia española, por ejemplo, en la STS 20 de marzo de 1990, RJ\1990\1710 y con profusión de términos la STS STS 14 de diciembre de 1994, RJ\1994\10111, conforme a la cual “[...] para la

me centraré en la primera cuestión, más rica en matices, al menos en el Derecho español.

El Profesor Barros pone de relieve la posible concurrencia de hipótesis de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento, lo cual supone que el hecho, además de cumplir con los requisitos de las acciones restitutorias de beneficios, haya sido cometido con negligencia⁷⁵. A continuación, asume que en relación a este problema ha cambiado de opinión respecto de lo expresado en su obra *Tratado de responsabilidad extracontractual*⁷⁶.

aplicación de la institución del enriquecimiento injusto no es necesario que exista negligencia, mala fe o un acto ilícito por parte del demandado como supuestamente enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo que es compatible con la buena fe [Sentencias de 23 y 31 de marzo de 1992 (RJ 1992\2277 y RJ 1992\2315) y 30 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6754), entre otras] y, por otro lado, la existencia de dolo o mala fe por parte del demandado, que podrá dar lugar a la exigencia de otro tipo de responsabilidades, no basta, por sí sola, para dar vida a la figura del enriquecimiento sin causa, si no concurren todos los requisitos que condicionan su existencia [...]”.

⁷⁵ Aunque como sabemos, al menos como regla general la culpa no es requisito del supuesto de e.s.c.

⁷⁶ Publicada por la Ed. Jurídica de Chile en 2007; el problema lo aborda en las págs. 929 y ss. En esta sede el autor asume el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento, que el derecho reconoce a falta de otra acción específica. Sin embargo, poco después, cuando se plantea la hipótesis de intromisión en derechos ajenos como la propiedad, las propiedades especiales o los

Del contenido de su ponencia se sigue que puede haber concurrencia alternativa de pretensiones indemnizatorias y restitutorias, si bien cada una se rige por sus presupuestos respectivos⁷⁷.

Así, afirma el Profesor Barros que en principio el concurso de acciones indemnizatorias y restitutoria es alternativo, esto es, se puede ejercer una y otra, pero no pueden ser acumuladas, porque actuar sobre los beneficios supone, en cierto sentido, condonar el ilícito. Además ambas acciones se refieren a intereses patrimoniales que son el anverso y el reverso patrimonial de un mismo hecho, de modo que carece de justificación recibir a la vez la restitución del beneficio obtenido por el demandado y la indemniza-

derechos de la personalidad afirma que (pág. 932) "usualmente el titular del derecho tendrá dos acciones alternativas: ante todo la acción general de perjuicios con fundamento en la responsabilidad extracontractual por daños patrimoniales..., y además, la acción de restitución de la ganancia efectivamente obtenida por quien hizo empleo abusivo del bien respectivo".

⁷⁷ Literalmente el Profesor Barros dice que "hablar en tales casos de una indemnización restitutoria es desde luego una herejía, porque la restitución sólo atiende a los presupuestos propios de acciones de enriquecimiento y su objeto no son los daños del demandante, sino los beneficios obtenidos injustificadamente por el deudor (Núm. 17 de la Ponencia).

ción del daño patrimonial sufrido por el demandante.⁷⁸

En este asunto considero, con Díez-Picazo, que la función que cumple la *condictio* por intromisión es complementaria de la acción de resarcimiento por daños y perjuicios⁷⁹, porque cuando el daño deriva de la utilización y explotación de bienes y derechos ajenos, el autor del ilícito no debe restaurar sólo el menoscabo patrimonial producido en el patrimonio del titular del derecho subjetivo, sino que debe restituir todo el valor obtenido por él⁸⁰.

En cuanto a la cuestión de la concurrencia, claramente entronca con el problema de la subsidiaridad de la acción de enriquecimiento⁸¹, carácter afirmado por la doctrina y jurisprudencia francesas⁸² y consagrado

⁷⁸ Número 18 de la ponencia.

⁷⁹ L. Díez-Picazo, *Fundamentos...* cit., págs. 125-126. Añade que la *condictio* cumple asimismo una función complementaria de la acción reivindicatoria. En “La doctrina...”, cit., pág. 114, el mismo autor habla de “función similar a la de la acción de resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios”.

⁸⁰ L. Díez-Picazo, “La doctrina...”, cit., pág. 114.

⁸¹ Lo que también sucede en el ámbito contractual, aunque allí no lo hayamos planteado.

⁸² M. de la Cámara, contestación a “La doctrina...”, cit., pág. 192, resumiendo así el sentir de la literatura jurídica y los tribunales galos: si el empobrecido puede o

legislativamente, entre otros, en el CC italiano (art. 2042), aunque parece que con un alcance menos rígido que en el caso francés⁸³. En el ordenamiento español, ante el conocido silencio legislativo sobre la acción de e.s.c, se puede observar una evolución jurisprudencial, que tras afirmar la subsidiaridad de la acción (aunque pocas veces como *ratio decidendi* del asunto), ha pasado aproximadamente desde los años cincuenta del siglo pasado⁸⁴ a negarla de modo bastante convincente, sancionando la compatibilidad de ambas acciones y dotando de paso a la de enriquecimiento de una

ha podido ejercitar una acción fundada en un contrato, en un delito, un cuasidelito, en un pago indebido o nacida de un derecho real, el principio de subsidiariedad impide el ejercicio de la acción de *in rem verso* incluso aunque ésta le hubiese procurado una ventaja superior; permitirle en estos casos intentar aquella acción equivaldría a prescindir de las reglas de la acción normalmente competente. La regla de subsidiaridad es recogida también implícitamente en el art. 1338 del *Avant Project Catalá*.

⁸³ *Vid.*, al respecto la jurisprudencia citada a l hilo del art. 2042 del *Codice civile* en F. Bartolini/ P. Dubolino, *El Codice Civile. Aggiornato cn tutte le novita normative*, 23^a ed., Piacenza, CELT, 2007, págs. 1741 ss.

⁸⁴ Se cita como decisión de referencia la STS de 12 de abril de 1955, en un supuesto de intrusión en una mina, en la que se ejercitó la acción de enriquecimiento en lugar de la dimanante del art. 1902, que era la otorgada por la ley, pero que ya había prescrito. La sentencia fue comentada por L. Díez-Picazo en *ADC*, 1955, págs. 996 ss.; también alude a ella en “La doctrina...”, cit., págs. 23-24

mayor funcionalidad⁸⁵. En síntesis puede afirmarse que a día de hoy no existe razón plausible para defender en Derecho español la incompatibilidad entre las acciones por daños y por enriquecimiento, ni la subsidiariedad de ésta respecto a aquélla⁸⁶, tratándose de pretensiones con función, fundamento, presupuestos y plazos distintos⁸⁷.

⁸⁵ Entre otras, niegan la subsidiaridad, la ya citada STS 14 de diciembre de 1994, RJ\1994\10111, donde espresamente se dice “[...] tras una vacilante doctrina anterior de esta Sala, se ha terminado por adoptar el criterio, que aquí se ratifica, de que la acción de enriquecimiento injusto no tiene naturaleza subsidiaria, o, lo que es lo mismo, que su ejercicio no precisa necesariamente que se lleve a cabo en forma de subsidiariedad, pues puede concurrir con otras acciones confluyentes, citando como antecedentes las Sentencias de 19 y de 20 mayo de 1993 (RJ 1993\3803 y RJ 1993\3809). Aún cuando gran parte de nuestra doctrina la considera jurisprudencia bien asentada, no puede negarse que siguen existiendo sentencias que, además de insistir en la diferenciación de ambas acciones, de enriquecimiento e indemnizatoria de daños extracontractuales, apuntan a la subsidiariedad de la primera y, consecuentemente, niegan o al menos cuestionan la posibilidad de su acumulación [así, STS 5 octubre de 1985 (RJ\1985\4840); entre las más recientes, afirman la subsidiariedad, aunque sin dar mayores argumentaciones, SST 25 de mayo de 2007 (RJ\2007\3437) y 4 de junio de 2007 (RJ\2007\5554)].

⁸⁶ Es de reconocer que la opinión reflejada en el texto no es compartida por M. de la Cámara, contestación a “La doctrina...”, cit., pág. 200.

⁸⁷ X. Basozabal Arrue, cit., pág. 104.

Se produce entre ambas un concurso de acciones, sin que exista según Díez-Picazo nada en nuestro Derecho que obligue a los interesados a optar por una u otra, de forma que la regla general debe ser la posibilidad de acumular ambas⁸⁸, postura que como se indicó, difiere de la del Profesor Barros.

Todo ello, claro está, bajo el presupuesto de que concurren los requisitos de las dos y que se ejerciten las acciones correctamente, pues de no hacerlo, o ejercitando una de ellas bajo los presupuestos de la otra, el tribunal probablemente desestimaré la demanda como sucedió en la STS de 21 de febrero de 2003⁸⁹, precisamente en un supuesto de competencia desleal, en el que el alto tribunal caso la sentencia de instancia al considerarla incongruente por apreciar enriquecimiento sin causa cuando la acción ejercitada era la indemnizatoria de daños y perjuicios⁹⁰. La sentencia, citando otras precedentes, muestra también un particular interés en distinguir ambos tipos de acciones, que califica como “notablemente distintas por su naturaleza y finalidad”, pues señala que “mientras que la

⁸⁸ L. Díez-Picazo, *Fundamentos...cit.*, pág. 123.

⁸⁹ RJ\2003\3089.

⁹⁰ Recuérdese los núms. 5º y 6º de la Ley de Competencia Desleal, reproducidos en la nota 39 y que diferencian claramente ambos tipos de acciones.

acción indemnizatoria es resarcitoria o recuperatoria [(sic) debió decir, reparatoria], en cambio la acción de enriquecimiento sin causa es, teleológicamente, restitutoria o recuperatoria, siendo evidente la diferencia entre sus elementos estructurales, pues si en la primera son consustanciales el dolo o culpa y el daño, en la segunda resaltan el binomio enriquecimiento-empobrecimiento (que configura su traducción económica) y la falta de causa (de “base” o “razón”), como concepto –jurídico– válvula para determinar la injusticia de la atribución patrimonial o intromisión o injerencia en el patrimonio ajeno”.

La tesis de compatibilidad tiene además el interés de que la acción de enriquecimiento podrá prosperar cuando ya no se sea posible el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, por ejemplo, porque esta última ha prescrito⁹¹, situación nada difícil en

⁹¹ En realidad en el entendimiento de la doctrina y jurisprudencia francesas que han dado origen a la subsidiariedad, se estima que si el empobrecido tenía cualquier otra acción para hacer valer su derecho, nunca pudo tener acceso a la de enriquecimiento, la cual sería subsidiaria, no ya sólo en el sentido de no poder ejercitarse si existiera viva otra, sino de que nunca llegó a nacer; cf., al respecto, Fh. Malaurie/L. Aynès/Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 3^a ed., París, Defrénois, 2007, págs. 588-589, aunque reconocen la existencia de alguna decisión que denosta “*cette notion fumeuse de*

el CC español, conocida la abultada diferencia de plazos de prescripción de ambas acciones (respectivamente, quince y un año)⁹².

V. Intromisión en derechos de la personalidad

Entre otras cuestiones de interés que suscita el Profesor Barros en la parte final de su ponencia, destaco por su relevancia y actualidad la cuestión de la viabilidad y características, en su caso, de la *condictio* por intromisión en los derechos de la personalidad. Para no alargarme en exceso, diré que también esta es una cuestión controvertida en el Derecho español. En principio, se estima que en la generalidad de los derechos de la personali-

subsidiarité”, lo que no es compartido por los autores. La tradicional subsidiariedad de la acción se refleja en el ya citado art. 1338 del *Avant Project* Catalá.

⁹² De nuevo recuerdo la opinión contraria de M. de la Cámara, contestación a “La doctrina...”, cit., pág. 200, para quien “si la ley ha querido que la acción a que se refiere el art. 1902 prescriba por el transcurso de un año –sean cualesquiera las razones que hayan movido al legislador para señalar un plazo tan corto–, parece claro que se fuerza la previsión legislativa si, habiendo intervenido culpa o negligencia por parte del causante del daño que a consecuencia del mismo resultó enriquecido, se permita al perjudicado, aunque sea dentro de los límites del enriquecimiento, resarcirse del daño a pesar de haber prescrito la acción específica prevista para el supuesto de los daños causados interviniendo culpa o negligencia.

dad procede la acción de indemnización por los daños patrimoniales y morales derivados de la intromisión ilegítima (además de la dirigida a hacer cesar la violación y, cuando proceda, la de retractación o rectificación), si bien en algún caso como el derecho a la propia imagen y, tal vez, la intimidad, también figuraría entre los remedios jurídico civiles la acción de enriquecimiento injusto (*condictio* por intromisión), al objeto de restituir al lesionado lo obtenido a su costa por el autor de la intromisión ilegítima⁹³. En esta línea parece situarse también Díez-Picazo en el trabajo al que me referí anteriormente, quien estima que si la atribución del derecho tiene como finalidad garantizar el aprovechamiento de los lucros por existir algún tipo de mercado, como ocurre, por ejemplo, con la imagen, la pregunta por la pertinencia de la *condictio* por intromisión merece una respuesta afirmativa; en cambio, será negativa cuando tales derechos no puedan ser objeto de lícito comercio, como el honor o el buen nombre, supuestos en los que la intromisión sólo genera derecho a la indemnización del daño.⁹⁴

⁹³ F. Pantaleón, "La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa", *Derecho privado y Constitución*, núm. 10, 1996, págs. 209-218, espec., pág. 210 y nota 1.

⁹⁴ L. Díez-Picazo, "Commodum..." pág. 1610.

Todo ello no significa, por supuesto, que la intromisión en el derecho de la personalidad sea irrelevante a los efectos indemnizatorios, como demuestra el art. 9.3 de la LO 1/1982, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Para empezar, porque la intromisión ilegítima presume la existencia del perjuicio; sobremanera, “*el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*” será tomado en consideración para la determinación del daño, tanto patrimonial como moral. Si esto introduce matices punitivos en una acción puramente indemnizatoria es cosa que queda ya al margen de esta intervención.

VI. Consideración final

La cuestión central presentada por el Profesor Barros relativa a la concurrencia y en su caso, posible compatibilidad entre acciones de enriquecimiento derivadas de la intromisión en derecho ajeno y las acciones indemnizatorias contractuales y/o extracontractuales, plantea tantas aristas y matices que sólo cabe agradecerle la oportunidad de que nos haya traído precisamente este tema como objeto de reflexión en este foro.

Me gustaría, no obstante, añadir a lo ya dicho, que el recientemente DCFR aborda

directamente esta cuestión en el Capítulo 7 del Libro VII, este es, el relativo al enriquecimiento. Comienza por reconocer que este libro no afecta a cualquier otro derecho a la restitución que puede surgir de otro tipo de normas, incluidas las contractuales [VII.-701 (3)]. A continuación en el precepto numerado como VII.-7:102, que se rubrica precisamente “obligaciones concurrentes” los académicos europeos han considerado oportuno establecer que si el perjudicado tiene a su disposición un derecho a recuperar el enriquecimiento injustificado de conformidad con este libro y además (a) un derecho de reparación del perjuicio frente a la persona enriquecida o frente a un tercero, o bien (b) un derecho a ser restituido bajo cualquier otra norma de derecho privado resultante de un enriquecimiento injusto, “*la satisfacción de uno de esos derechos reduce el derecho del otro en el montante respectivo*”⁹⁵. Todo ello, según mi parecer, significa no sólo la compatibilidad de acciones indemnizatorias y de enriquecimiento, sino además la posibilidad de acumularlas, con tal de que dicha acumulación no produzca a su vez el enriquecimiento del perjudicado.

En fin, solo me queda agradecer a quien corresponde mi presencia hoy aquí. A la

⁹⁵ La regla se aplica también en el llamado enriquecimiento negativo, según el propio VII.-7:102, regla(2).

Fundación Coloquio Jurídico Europeo, y en especial al Profesor Morales Moreno por su generosa invitación y por la confianza que ha depositado en mí para dar respuesta a esta Ponencia. Al Profesor Barros, por sus sugerentes ideas y por hacerme pensar sobre ellas y, a todos ustedes, por escucharme, muy especialmente a la Prof^a Torres García, mi maestra. Pero, sobre todo, quiero dar las gracias a una persona que ha estado presente a la largo de toda mi intervención y al que he mencionado en numerosas ocasiones: al Profesor Díez-Picazo. Cuando publicó su trabajo sobre el enriquecimiento injusto, objeto de su Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación hace ya más de veinte años, puso sobre letra impresa una invitación implícita a que otros juristas se animasen al estudio y profundización de una figura hasta entonces no muy conocida y que él nos dibujaba con nuevos trazos⁹⁶. Aunque sea verdad que “veinte años no es nada” –como dice el tango que me atrevo a mencionar ante un chileno, sobre todo tras pasar por la versión flamenca de Estrella Morente–, han sido bastantes los juristas de varias especialidades que aceptaron el quite de Don Luis, algunos tan renombrados como Eduardo García de Enterría, Carlos Fernández Novoa o Fernan-

⁹⁶ Aludo al punto IV y Final de su trabajo “La doctrina...”, cit., pág. 131.

do Pantaleón. Creo, con todo, que el Profesor Díez-Picazo sigue siendo quien más y mejor ha contribuido y lo sigue haciendo al desarrollo de la figura que, por lo que he podido comprobar, tiene para él una atracción especial. No quiero pedir disculpas por haberle nombrado continuamente. Más bien al contrario, quiero que ello sirva de homenaje a nuestro mejor civilista vivo y a uno de los mejores juristas españoles del siglo XX y probablemente también del XXI.

CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN
DE RIESGOS EN MATERIA
CONTRACTUAL
UN CONTRAPUNTO CON
LA RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL

Enrique BARROS BOURIE

I. Introducción: el punto de vista metódico en el derecho de obligaciones

1. *El derecho uniforme y el derecho comparado: criterios de desarrollo del derecho privado.* La teoría de las obligaciones posee en nuestra tradición jurídica una estructura proveniente de la doctrina del siglo XVIII (especialmente *R. J. Pothier*), que luego fue recogida por el Código francés. A su vez, esta ordenación proviene del trabajo de siglos de interacción de las fuentes romanas, empíricas y casuísticas, con una doctrina iusnaturalista sistemática que concibe el derecho en la dimensión moral del deber. En cualquier caso, es del todo natural que cuestiones muy relevantes en nuestro tiempo no fueran previstas por la doctrina jurídica del contrato de la época; y que también hayan cambiado algunas valoraciones que le subyacen.

Los expertos en derecho trabajamos con textos legales codificados que esencialmente responden a esa tradición y que difieren entre sí en la *expresión* más que en las *ideas*. Por eso, resultan dignos de asombro algunos “descubrimientos” jurisprudenciales o doctrinarios que pretenden introducir cambios interpretativos sustanciales a partir de la literalidad de un cierto texto, cuya diferencia respecto de otros textos legales suele ser más estilística que conceptual. Forzar los textos de los códigos, para que digan lo que antes nadie esperaba que dijeran, no pasa de ser un camino ingenioso para la dogmática y jurisprudencia civil (como ocurrió, por ejemplo, con la interpretación del artículo 1384 francés luego del “descubrimiento” jurisprudencial de que la disposición, entonces ya centenaria, contenía una escrupulosa regla de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas, y no una mera presunción de culpa).

Pero existe otro camino, que no trata el texto de la norma como un fetiche que ignora la historicidad del derecho, atando de manos el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho privado, o bien, como un simple pretexto para cambiar las ideas normativas más fundamentales. Nuestra tradición jurídica, proveniente históricamente de la interacción de distintas fuentes, es también lo suficientemente diferenciada como para in-

cluir ideas normativas encontradas. Es lo que ocurre típicamente con los artículos 1698 y 1547 y siguientes del Código chileno, o con los artículos 1101 y siguientes del Código español, en materias de requisitos de la responsabilidad contractual y de excusas que son admisibles al deudor.

El creciente interés por el derecho comparado y uniforme facilita esta tarea hermenéutica, favoreciendo una dogmática más reflexiva de la experiencia práctica acumulada. Más aún si se considera, en materia de contratos, que la Convención de Viena sobre compraventas internacionales (CISG), que en su momento tuvo por antecedente una espléndida tarea comparativista, ha llegado a ser derecho nacional incorporado a los principales sistemas jurídicos¹. A su vez, los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales (PCCI, última edición 2004) aspiran a ser una especie de *lex mercatoria* codificada por expertos en derecho de los negocios. Y, finalmente, los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PDEC), muy vinculados conceptualmente a la CISG, han cobrado creciente relevancia en la discusión

¹ Destacando esta incorporación de la CISG al derecho interno, F. Pantaleón, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pág. 1721.

dogmática más respetable, acentuando de esa manera su vocación de influir en el desarrollo de un derecho común de los contratos.

En suma, el desafío metódico supone, por una parte, el esfuerzo de aprender de la historia y experiencia comparadas y, por otra, exige humildad para reconocer que el derecho privado es una creación cultural valiosa, en cuya gestación han participado muchas generaciones de juristas y en cuyo desarrollo permanentemente se encuentran las fuerzas de la experiencia y de la razón.

II. Contrato e ilícito extracontractual como fuentes de las obligaciones

2. *Decadencia y renovación de la doctrina del contrato.* En los años 70 (especialmente en la literatura jurídica anglosajona) se gestó una influyente tendencia doctrinaria que afirmaba la decadencia de la teoría clásica de contrato, basada en la idea de *promesa* que vincula a quien la realiza, proponiendo en cambio la integración de la obligación contractual en una doctrina general de las obligaciones construida a partir de la responsabilidad extracontractual².

² G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus (Oh): Ohio University Press, 1974, pág. 87. Mientras el libro de Gilmore es el manifiesto que anuncia el nuevo

Numerosos desarrollos del derecho privado durante la segunda parte del siglo pasado mostraron ese deterioro de la idea clásica de contrato: la generalización de relaciones contractuales informales, esto es, relaciones que no son propiamente configuradas por las partes sino que provienen de contactos sociales típicos³; en el mismo orden de cosas, la creciente importancia de lo que las partes *hacen* al contratar sobre lo que *prometen*; la expansión de relaciones de mero intercambio, que sólo metafóricamente podrían ser calificables como *promesas*, lo que llevó a algunos influyentes juristas a pensar que en tales casos sólo se debieran indemnizar los daños provenientes de la confianza (interés negativo o *reliance damages*) y no los daños asociados a la expectativa de cumplimiento de la presta-

orden de cosas, la obra de P. Atiyah, *The Rise and Fall of the Autonomy of Contract*, Oxford: Clarendon, 1979, plantea un marco analítico más extenso para la crítica de la llamada teoría clásica del contrato. G. Viney trató con anterioridad algunas de estas ideas desde el punto de vista de la decadencia del concepto de *responsabilidad personal*, esto es, del criterio orientador central en la tradición del derecho privado desde la tardía escolástica española. Véase G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris: LGDJ, 1965 (así como en el enfoque general, aquí implícitamente discutido, que la autora asume en su obra posterior).

³ K. Larenz y M. Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 8ª edición, München: Beck, 1997, 597 (el concepto de contacto social típico fue desarrollado por Larenz en la década de 1950).

ción (interés positivo o *expectation damages*, que se traducen usualmente en lucro cesante)⁴; la extensión de una responsabilidad estricta por productos defectuosos, que se extiende en iguales términos al ámbito de la relación contractual entre el consumidor y vendedor final, y al extracontractual, esto es, a terceros que están excluidos de ese ámbito en razón de la relatividad del contrato (fabricante o distribuidor); la masificación de contratos que se materializan en intercambios que no son objeto de negociación sino están sujetos a condiciones generales de contratación; paralelamente, el desarrollo de órdenes públicos de protección en materia de consumidores, de relaciones laborales y de la otra legislación típicamente limitativa del arbitrio contractual, especialmente frecuente durante esa época de apogeo del estado paternalista de bienestar (por ejemplo en materia de hipotecas y arrendamientos habitacionales).

En fin, son muchos los aspectos de la realidad comercial contemporánea que ponen a prueba la doctrina clásica del contrato y que en el último tiempo han aflorado a la conciencia jurídica. En términos descriptivos G.

⁴ Este es un tema central del influyente artículo de P. Atiyah, "Contracts, Promises, and the Law of Obligations", en *Essays on Contracts*, Oxford: Clarendon, 1986 (1978), pág. 10.

Gilmore sostuvo que “se puede expresar lo que ocurre afirmando que la corriente principal del ilícito ha reabsorbido al ‘contrato’”⁵. De este modo, se anunció una revolución en torno a la idea de contrato, promovida por doctrinas que sostenían una teoría más expansiva de la responsabilidad extracontractual, donde dominan los deberes de conducta establecidos por el derecho y no por la convención, y donde el incumplimiento del contrato pasaría a estar sujeto a un estatuto análogo al que rige en general a los ilícitos.

Sin embargo, en el cuarto de siglo siguiente, se produjo un fenómeno inverso al anunciado por esa especie de romanticismo social propio de los años 70. En cualquier caso, la doctrina del contrato es hoy bastante saludable: por un lado, ha abandonado los principios voluntaristas axiomáticos (que carecen de tradición en el derecho y son resultado de una recepción vulgarizada de ideas filosóficas más complejas⁶), haciéndose cargo de incorporar al análisis formas típicas de contratación moderna; y, por otro, valora crecientemente al contrato como regla de justicia, que se basa en una conmutatividad

⁵ G. Gilmore, *The Death of Contract* [nota 2], pág. 87.

⁶ J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris: LGDJ, 3ª edición, 1993, pág. 28.

consentida, y como práctica social que atribuye valor obligatorio a la promesa, además de constituir un instrumento esencial para aumentar el bienestar⁷.

3. *Diferencia específica del contrato*. Lo característico del contrato es su elemento voluntario, que hace posible que los planes individuales de unos y otros se incluyan mutuamente. Por esta razón, mientras el contrato es instrumento de colaboración, la responsabilidad extracontractual se limita a atribuir normativamente las consecuencias dañosas que eventualmente traiga nuestra agencia humana. Así, por elemental que sea su proceso de formación (en el extremo, mediante meros contactos sociales típicos), el contrato siempre tiene por antecedente la voluntad negocial.

Esta circunstancia provoca al menos dos diferencias importantes con las fuentes no contractuales, especialmente con el hecho ilícito que causa daño. En primer lugar, aun-

⁷ Una mirada comprensiva a las transformaciones modernas de la dogmática contractual en L. Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I Introducción, Teoría del contrato, 4ª edición, Madrid: Civitas, 1993, pág. 130. Una ambiciosa interpretación de la doctrina contemporánea *sobre* el contrato (desde los puntos de vista filosófico y económico), así como la interpretación de la doctrina *del* contrato (desde un punto de vista interno) en S. Smith, *Contract Theory*, Oxford: Clarendon, 2004.

que el derecho privado ha desarrollado técnicas de resguardo basadas especialmente en el principio de protección de la confianza, y por mucho que la contratación se desarrolle masivamente mediante prácticas que excluyen la determinación negociada del contenido contractual, para que haya vínculo contractual sigue siendo esencial que a lo menos exista la voluntad de participar en el contrato. Así, por predefinido que se encuentre su contenido, el acreedor procura satisfacer cierto interés mediante el contrato que celebra, lo que correlativamente se muestra en una *obligación*. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual se basa en deberes generales de cuidado que no atienden a la provisión de un interés ajeno, sino están orientados, a la inversa, a atribuirnos responsabilidad por los daños que nuestra conducta provoca a terceros.

De ello se sigue otra diferencia de carácter lógico y práctico entre ambos estatutos: la responsabilidad contractual tiene por antecedente el incumplimiento, por parte del deudor, de una obligación preexistente convenida en beneficio del acreedor. En consecuencia, la relación contractual se desarrolla en dos niveles: el de la obligación que nace del contrato y el de los remedios que se siguen del incumplimiento. A su vez, la responsabilidad extracontractual se dirige directamente a re-

mediar, esto es, atribuye a quien provocó daño las consecuencias de su acción, sea mediante un estándar normativo de conducta (culpa), sea en razón de una regla que atribuye responsabilidad por el sólo hecho de haberlo causado (responsabilidad estricta).

En suma, mientras la responsabilidad extracontractual es una concretización práctica del principio que nos prescribe *no causar daño a los demás*, el interés positivo perseguido por las partes es constitutivo de la relación contractual. Esta diferencia resulta determinante al momento de definir y comprender el sistema de acciones y remedios que el derecho reconoce en uno y otro caso. Allí encuentra también su límite el tratamiento unificado de la responsabilidad contractual y extracontractual.

4. *Superposición de hipótesis: deberes contractuales y extracontractuales.* En la práctica, suelen superponerse situaciones en que una misma conducta puede ser tipificada como obligación contractual y como deber general de cuidado. Prescindiendo aquí de la manera en que se debe resolver el concurso, surge la pregunta previa acerca de la influencia que puede tener la calificación como contractual o extracontractual de la relación a efectos de definir los deberes de cuidado en uno y otro caso: ¿son distintas las exigencias para un

médico que atiende en su consulta profesional, en cumplimiento de una obligación contractual, que para otro que lo hace en un hospital público sometido a deberes generales de cuidado? La cuestión se puede extender, por ejemplo, a la responsabilidad del conductor de un automóvil que transporta pasajeros bajo contrato en contraste con quien lo hace por cortesía; o al auditor que yerra en su revisión de los estados financieros de una sociedad provocando daño tanto al mandante como a terceros.

En verdad, las diferencias en las áreas de superposición se refieren más a la especificidad y alcance de los remedios estrictamente contractuales que al contenido de los deberes de cuidado y a las reglas probatorias. En lo que respecta al deber de cuidado, conviene tener presente que la obligación contractual suele ser en estos casos de destreza y diligencia, de modo que, a falta de especificaciones contractuales más precisas, no presenta diferencias sustantivas con los deberes generales de cuidado. En consecuencia, las obligaciones del médico o del auditor ligado por contrato se superponen con los deberes generales de diligencia que nos debemos recíprocamente para evitar daños⁸. Algo semejante ocurre

⁸ E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008 (2006), pág. 470, pág. 779.

en materia probatoria, cuestión que no será tratada aquí.

Buena parte de la tinta gastada en discutir cuestiones de calificación de la responsabilidad como contractual y extracontractual en estos tipos de situaciones se debe a disonancias en otras reglas que nada tienen que ver con la definición de los deberes de cuidado en una y otra sede (por ejemplo, las injustificadas diferencias que suelen establecer los órdenes jurídicos en materia de prescripción). Puede que exista una sutil diferencia, porque, por lo general, la existencia de un contrato oneroso tiende a hacer los deberes más exigentes que tratándose de una relación entre extraños. Con todo, más que en sede de determinación de los deberes de cuidado, la diferencia entre ambos estatutos se muestra especialmente en el sistema de acciones y demás remedios que el derecho concede en uno y otro caso.

5. *Necesidad de reflexionar sobre la doctrina del contrato.* La crítica de los años 70 dejó huellas en el derecho moderno de contratos. Sin embargo, el efecto no ha sido el esperado, de disolver la responsabilidad contractual en una doctrina general la responsabilidad por hechos que causan daño. Más bien se aumentó la reflexión en todos los planos del derecho de contratos: en cuanto a la protección del consentimiento y la relevancia de la

buena fe, especialmente en contratos masivos y entre expertos y legos; en los métodos de interpretación e integración; y también respecto del sistema de acciones y remedios que se reconocen al acreedor. Como se ha referido, esta tarea se encuentra con el desafío de provocar un desarrollo coherente, tanto axiológica como sistemáticamente, de un ordenamiento legal que esencialmente tiene doscientos cincuenta años, aunque goce de la simplicidad y lucidez proveniente de grandes juristas (especialmente R. J. Pothier).

III. Criterios de atribución de riesgos en materia extracontractual como *tertium comparationis*

6. *Criterios de atribución de riesgos por daños.* El principio general en materia de responsabilidad extracontractual expresa que debe haber una razón jurídica para que el daño sufrido por una persona deba ser soportado por un tercero. En otras palabras, “el principio general es que la pérdida de un accidente debe quedar donde caiga”⁹. A su vez, a efectos de atribuir la responsabilidad, el derecho distingue entre criterios de culpa y riesgo, que dan lugar, respectivamente, al régimen

⁹ O. W. Holmes, *The Common Law* (traducción F. Barrancos), Buenos Aires: Tea, 1964 (1923), pág. 95.

común de responsabilidad y al de responsabilidad estricta.

Ambos criterios de atribución de responsabilidad se diferencian en cuanto a sus supuestos objetivos: la mera relación de causalidad y atribución objetiva de las consecuencias dañinas al hecho del demandado (responsabilidad estricta) o, adicionalmente, una valoración objetiva de la conducta que causa el daño (responsabilidad por culpa en sentido civil).

En ambos modelos de atribución de responsabilidad, el derecho civil establece reglas de justicia que se basan en la igualdad y no en el mérito. Es característico de la atribución de responsabilidad en sede civil que las debilidades e ineptitudes personales deban ser soportadas, por lo general, por quien actúa o por quien se obliga. Por esta razón, en los ordenamientos civiles refinados, se tiende a limitar severamente la subjetivación subrepticia de la responsabilidad contractual o extracontractual, más allá de los requisitos básicos de capacidad negocial y delictual, resultando irrelevantes las características personales del autor del daño. De esta manera, la tendencia a la objetivación de la culpa tiende a neutralizar las diferencias entre la responsabilidad por negligencia y la responsabilidad estricta, en tanto ambas desatienden las calidades personales o subjetivas del demanda-

do¹⁰. Por la misma razón, la atribución de responsabilidad se apoya en criterios de justicia o de eficiencia y sólo excepcionalmente en un juicio de reproche de más intensa analogía moral¹¹.

Por otra parte, conviene tener presente que el sistema de atribución de responsabilidad extracontractual dista de ser binario. Aunque los modelos básicos de responsabilidad son *por culpa probada* o *por resultado dañoso* (ambos juzgados objetivamente), las hipótesis posibles dan lugar a un continuo de posiciones intermedias, como referiré enseguida.

¹⁰ T. Honoré, *Responsability and Fault*, Oxford: Hart, 1999, pág. 14.

¹¹ Esta razón explica en materia contractual las dificultades con que se tropieza cuando el contrato es concebido desde una perspectiva estrictamente moral del deber, como ocurre en la tradición iusnaturalista del racionalismo, que suele entrar en contradicción con su comprensión como un instrumento de distribución de cargas y de riesgos; sobre este cambio de enfoque, A. M. Morales, "Evolución del concepto de obligación en derecho español", en A. Guzmán, editor, *El Código Civil de Chile (1855–2005)*, Santiago: Lexis Nexis, 2007, pág. 707 (709) (también publicado en *él mismo*, *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid: Civitas, 2006, pág. 17 (19)). Por otro lado, esta tendencia a la objetivación es compatible con la diferenciación de roles entre las partes, que el derecho de contratos contemporáneo acentúa, en contraste con el modelo radical del *homus oeconomicus* que no requiere de protección (relaciones con consumidores, contratos con expertos, deberes de información).

7. *La culpa como criterio general de atribución de responsabilidad por daños.* En general, el estándar de cuidado en materia extracontractual está dado por la persona diestra y razonable. Sin embargo, alguien diestro y razonable no siempre actúa con el mismo celo, de modo que la diligencia exigida es esencialmente variable. En consecuencia, la *diligencia* en sentido jurídico está dada por el estándar de la *persona prudente*, caracterizada, a su vez, por un juicio sereno y razonablemente informado de las circunstancias que rodean la acción. Por eso, las actividades especialmente peligrosas están sometidas a exigencias de cuidado que son proporcionalmente más rigurosas¹².

El requisito de culpa tampoco es uniforme. En ciertos casos, se atiende a los diferentes estados subjetivos que respectivamente suponen conocimiento, asunción del riesgo de daño (dolo eventual), intención, deshonestidad y extrema deslealtad (*unconscionability*)¹³. En este continuo, sólo la negligencia invoca

¹² E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* [nota 8], pág. 80.

¹³ G. Virgo, "Role of Fault in the Law of Restitution", en A. Burroughs y Lord R. of Earlsferry, *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford: Oxford University Press, pág. 85. Aunque el análisis se refiere al derecho de restituciones, tiene perfecta aplicación en materia de responsabilidad extracontractual.

un estándar objetivo de conducta independiente de un estado subjetivo. En definitiva, la negligencia es el punto de partida de diversos estados subjetivos que, en algunos casos, son determinantes para dar por establecido el ilícito civil (como ocurre, por ejemplo, con la interferencia en contrato ajeno, la competencia desleal, el abuso de posición de mercado, el abuso de información privilegiada en el mercado de valores y la difamación).

Aunque sea sólo como referencia, conviene recordar finalmente que no sólo en los aspectos sustantivos de la responsabilidad extracontractual se presentan desviaciones del modelo básico de la culpa, sino también en materia de prueba. En efecto, el antiguo paradigma de la culpa probada sigue siendo la regla general y supletoria, pero las presunciones de culpa también alteran sustantivamente los riesgos hasta el límite de hacerlos funcionalmente muy similares a las hipótesis de responsabilidad estricta.

8. *Formas de responsabilidad estricta.* La vida en común supone daños recíprocos muy diversos que no dan lugar a responsabilidad: quien gana un concurso o tiene éxito competitivo con un producto causa daño a los que quedan atrás. Sin embargo, de estos casos del daño no se sigue responsabilidad. Son simplemente las reglas del juego. Por eso, es

bastante obvia la imposibilidad de establecer la responsabilidad estricta como régimen general de responsabilidad. Esto último explica que, en los más diversos ordenamientos, el régimen supletorio y general sea la responsabilidad por negligencia. De ello se sigue, además, que la responsabilidad estricta quede usualmente entregada a la creación legislativa.

Pero también la responsabilidad estricta presenta gradaciones: en su forma más simple, tiene la causalidad por antecedente de la atribución del riesgo de todo daño provocado por quien realiza la actividad regulada por la norma (como ocurre normalmente en actividades que se tienen por particularmente peligrosas). En una forma más moderada, la responsabilidad puede seguirse de un defecto del producto o de un servicio, en cuyo caso la atribución de responsabilidad supone un juicio de valor que va más allá de la mera relación de causalidad entre quien desarrolla una cierta actividad y el daño (como es el caso en la responsabilidad por productos defectuosos).

A su vez, la diferencia de este segundo supuesto de responsabilidad estricta con la culpa presumida suele ser sólo de enfoque: en la responsabilidad estricta calificada por el defecto, se atiende objetivamente a que el

producto final no satisface un estándar de calidad, mientras que en la responsabilidad por culpa presumida, la inferencia consiste en asumir que, atendidas las circunstancias, el resultado dañoso ha provenído de la inobservancia por el demandado del cuidado debido¹⁴.

Se comprueba, entonces, que los criterios de atribución de riesgos en materia extracontractual son muy diversos entre sí. Al tratar el contrato es conveniente tener a la vista esta diferenciación de las hipótesis de responsabilidad extracontractual. Por cierto que también es necesario no extender indebidamente la analogía, en la medida que la distribución contractual de riesgos tiene su origen en una convención que da forma a un negocio entre las partes, cuya finalidad es procurar un beneficio a las partes, a diferencia de la extracontractual que tiene su fuente en la ley, que se hace cargo del interés de que no nos causemos recíprocamente daños.

IV. Equivocidad del concepto de riesgo en el derecho de contratos

9. *El derecho de los contratos como ordenamiento de atribución de riesgos.* Los con-

¹⁴ S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1987, pág. 59.

tratos atribuyen riesgos en sentidos muy diferentes. En un primer sentido, *el contrato es un instrumento para negociar sobre riesgos en un sentido puramente económico*. Esta función es típica pero no exclusiva de las convenciones a futuro. En efecto, aun en contratos de ejecución instantánea existe una cierta atribución recíproca de riesgos: el comprador y el vendedor convienen en prestaciones recíprocas que estiman convenientes al momento de contratar; sin embargo, el intercambio puede o no puede resultar ventajoso, según sea el curso futuro del precio de ese tipo de bienes.

Precisamente porque el contrato distribuye riesgos en este sentido económico y fundamental, los cambios en el valor futuro de las prestaciones de las partes no afectan su eficacia obligatoria, salvo en circunstancias por completo imprevisibles y extraordinarias, y siempre bajo el supuesto inusual de que el contrato no haya sido precisamente un instrumento para arbitrar el riesgo que se ha materializado¹⁵.

¹⁵ Es sintomático que en las formulaciones recientes de reglas de derecho uniforme y comparado sobre revisión de contratos por circunstancias sobrevinientes, se atiende a si el riesgo que se materializa no es de aquellos que el deudor ha asumido expresa o implícitamente en razón del contrato (así, PDEC, § 6.111 (2) c; BGB, § 313, 1).

En un segundo sentido, los requisitos para dar por incumplido el contrato suponen una sutil diferenciación en los riesgos propios de cada parte. De hecho, como se verá enseguida al tratar el contenido de algunas obligaciones de hacer, aunque con razón se acepte que todas las acciones y demás remedios contractuales dependen de un requisito común que los articule, como es el incumplimiento, la *noción jurídica de incumplimiento* no resulta neutral en materia de distribución de riesgos contractuales.

En un tercer sentido, se plantea la pregunta clásica sobre *riesgos en caso de imposibilidad de cumplimiento* no imputable al deudor. Si la obligación de la contraparte subsiste, el riesgo es del acreedor, como ocurre en el derecho chileno con el riesgo del cuerpo cierto que perece por caso fortuito (Código chileno, artículo 1550; Código francés, artículo 1138). Por el contrario, si la obligación recíproca del acreedor se extingue, entonces el riesgo es del deudor, como debiere entenderse que es la regla general. La cuestión de los riesgos en este sentido se entrelaza con los requisitos para ejercer el remedio resolutorio y, a pesar de su interés, no puede ser objeto de análisis en este trabajo¹⁶.

¹⁶ Una crítica a la regla de atribución al acreedor de los riesgos por imposibilidad de la prestación, en E.

En un cuarto sentido, más general que el anterior, la distribución de riesgos se relaciona con la noción de incumplimiento contractual, y, un paso más allá, se pregunta por las *acciones y demás remedios* a que da lugar ese incumplimiento y, en particular, con los requisitos adicionales de procedencia de cada uno de ellos. Por ejemplo, es distinta la posición de las partes si el vendedor sólo es responsable si no ha informado al comprador de vicios que conocía o debía conocer y que no permitan al comprador servirse de la cosa según su uso natural (Código chileno, artículos 1839, 1857, 1861), o si, como es la tendencia en el derecho comparado y uniforme, se le tiene por incumplidor de su obligación de entregar lo prometido cualquiera sea el conocimiento que haya tenido de esos defectos¹⁷. A su vez, es diferente la situación de riesgo del acreedor que dispone de una pretensión de ejecución forzada de la obliga-

Barros, "Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales", Ponencia a las V Jornadas Chilenas de Derecho Civil, 2007, publicada en A. Guzmán, editor, *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago: Legal Publishing, 2007, pág. 403 (420).

¹⁷ Sobre la manera como las reglas de la CISG, de los PCCI y de los PDEC llevan a incorporar en el concepto de incumplimiento contractual los vicios de la cosa, incluyendo aquellos que no son atribuibles a mala fe del vendedor, N. Fenoy Picón, *El sistema de protección del comprador*, Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, 2006, pág. 187.

ción (como ocurre generalmente en los ordenamientos de la tradición romano germánica) que si sólo la tiene excepcionalmente (como ocurre en la tradición del *common law*): la posición estratégica del acreedor, es en el primer caso muy superior, porque si el deudor quiere evitarse el cumplimiento, el propio acreedor es quien define la suma por la que está dispuesto a liberar al deudor de cumplir lo convenido. Los ejemplos pueden multiplicarse. Lo importante, en esta dimensión, es que el incumplimiento es el antecedente jurídico común de diversas pretensiones que el derecho concede al acreedor, sujetas algunas de ellas a requisitos adicionales, configurando de este modo la posición estratégica de las partes.

Desde el punto de vista jurídico, son relevantes las cuatro dimensiones de riesgo mencionadas. En lo sucesivo, sin embargo, sólo me referiré a la noción de incumplimiento y a la responsabilidad en sentido estricto entendida como remedio indemnizatorio.

V. Conveniencia de introducir un concepto diferenciado de incumplimiento

10. *La obligación contractual como criterio de incumplimiento.* En materia contractual el deudor está sujeto a una obligación con el acreedor cuyo incumplimiento es antece-

dente para que se hagan efectivos los remedios que el derecho concede. Por eso, del incumplimiento de una obligación de primer grado, que está definida por el programa contractual, se siguen consecuencias jurídicas. Y este programa, a su vez, no se dirige genéricamente a evitar daños a otros, sino cautela el interés positivo del acreedor, esto es, que el acreedor satisfaga su interés negocial. Ya desde un punto de vista lógico, entonces, el incumplimiento es el elemento articulador del conjunto de acciones y remedios que otorga al acreedor el derecho de contratos.

A qué se obliga el deudor es un problema de convención y de derecho dispositivo, esto es, puede resultar de un acuerdo preciso –como suele ocurrir en los contratos negociados– o de las expectativas que las partes tienen derecho a hacerse en contratos del tipo que han celebrado. La generalidad de los contratos cotidianos responde a este segundo modelo, que supone la participación voluntaria en una práctica social de naturaleza normativa configurada por la ley y las costumbres, que define lo que tenemos derecho a exigir de la otra parte (Código chileno, artículos 1444 y 1546).

Ocurre que la apreciación en concreto de la conducta que el contrato establece como regla también puede presentar características muy

diferentes. En un contrato de compraventa, la objetivación de la prestación conduce a que el cumplimiento se identifique con la satisfacción del interés económico inmediato perseguido por el acreedor. La obligación del deudor, por su parte, puede ser concebida precisamente en esos términos: se cumple el contrato en la medida que una cosa de las características convenidas es entregada oportunamente al acreedor. Así, no hay dificultad en definir la obligación del vendedor como una *de entregar la cosa y transferir su propiedad*, de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato (CISG, artículo 30). De este modo, el incumplimiento se mira objetivamente en la perspectiva de la satisfacción del interés que el vendedor prometió satisfacer al comprador. Es sintomático que en las obligaciones de dar el objeto de la declaración de voluntad (esto es, del contrato) se identifique directamente con la cosa que se habrá de dar y no se refiera a la conducta que el deudor debe realizar para proveerla al adquirente (Código chileno, artículos 1460 y 1461).

Sin embargo, hay ciertas obligaciones cuyo cumplimiento es inseparable de una apreciación de la conducta del deudor, de manera similar a lo que ocurre con los deberes de cuidado extracontractuales. Se ha visto que son conceptualmente análogos los deberes de cuidado de un médico que atiende sin contrato

en un servicio público, y los de uno que lo hace en una clínica privada en razón de un contrato sin deberes o responsabilidades específicas: en ambos casos se debe actuar con diligencia. Lo mismo vale para el auditor que es responsable contractualmente con el mandante y extracontractualmente respecto de terceros que podrían eventualmente confiar en su informe. Así, puede haber diferencias de grado en el cuidado debido, en la medida que el contrato puede exigir deberes de cuidado más precisos; y, a la inversa, puede ocurrir que la responsabilidad para con quienes no se tiene un deber contractual de cuidado tenga por requisito el dolo o una culpa agravada¹⁸. Pero el interés cautelado no es necesariamente diferente en uno y otro caso. Por eso, si el paciente muere o si el informe resulta erróneo por un hecho que no es atribuible a infracción de deberes de cuidado del médico o del auditor –y a pesar de que el interés final de los acreedores pueda no haberse visto satisfecho– uno y otro tienen derecho a recibir la remuneración convenida y no se puede dar por establecido incumplimiento contractual alguno.

Una característica relevante del contrato reside en que las obligaciones de segundo

¹⁸ E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* [nota 8], pág. 824.

grado (restitutorias, indemnizatorias, de prestación en naturaleza o en valor), que nacen del incumplimiento contractual, son diferentes a las de primer grado¹⁹, por mucho que aquéllas tengan precisamente por antecedente el hecho jurídico del incumplimiento de estas últimas. De hecho, el conjunto de acciones y remedios de que dispone el acreedor en caso de incumplimiento del contrato es más amplio y diferenciado que en el caso de los ilícitos extracontractuales. En consecuencia, se puede afirmar sin contradicción alguna que las acciones y remedios de que dispone el acreedor contractual insatisfecho son más extensos que los provenientes de deberes generales de conducta²⁰, y que, sin embargo, ambas responsabilidades pueden provenir de hechos parecidos entre sí, porque la *naturaleza* de los deberes de cuidado no es diferente en uno y otro caso. Lo mismo vale, en general, para muy diversas obligaciones y deberes de seguridad que se tienen respecto de acreedores contractuales y de extraños²¹.

¹⁹ F. Pantaleón, "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", *Anuario de Derecho Civil*, 44, 1991, 1019 (1020).

²⁰ En este sentido, incluso P. Atiyah, "Contracts, Promises, and the Law of Obligations", en *Essays on Contracts* [nota 4], 41.

²¹ Un buen intento de delimitación en un sistema jurídico, como el alemán, que asocia el incumplimiento a los deberes de conducta que establece el contrato, en *Münchener*

11. *La noción de incumplimiento: supuesto general y común de las acciones y demás remedios contractuales.* La tendencia doctrinal hacia la unificación del concepto de incumplimiento –entendido como supuesto general de los remedios contractuales– tiene sus raíces en el trabajo comparado de muchos años que condujo a la CISG, probablemente el instrumento de derecho privado uniforme más importante y exitoso que se haya conocido. Esa orientación es seguida de cerca por los PDEC (artículos 1.301 [4] y 8.101 [1]) y, con mayores calificaciones, como se destacará más adelante, por los PCCI (artículo 7.1.1.)²².

La doctrina jurídica del contrato que subyace a la CISG y a los PDEC concibe el incumplimiento como un hecho que ha de ser tan objetivo como resulte posible, con independencia de las razones por las que pudo ocurrir y, en particular, de su imputabilidad subjetiva al deudor. De este modo, el concepto de incumplimiento es construido de un modo *normativamente neutro*, pues es enten-

Kommentar, T. II, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 5ª edición, 2007, Introducción (E. Kramer), págs. 89 ss.

²² Sigo la denominación convencional de la Convención de UN sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y de los Principios relativos a Contratos del Comercio Internacional de UNIDROIT (PCCI).

dido en directa relación con el programa económico, típico o definido por las partes y que califica la prestación. Adicionalmente, este enfoque permite, en primer lugar, integrar todas las hipótesis de insatisfacción del interés del acreedor y, en segundo lugar, establecer un concepto que articule todos los remedios que se conceden al acreedor²³.

²³ A. M. Morales, " El «propósito práctico», y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro", en *él mismo, La Modernización del derecho de obligaciones*, Madrid: Civitas, 2006 (1983), 337; F. Pantaleón, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual" [nota 1], pág. 1726; y L. Díez Picazo, E. Roca y A.M. Morales, *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid: Civitas, 2002, 318. Este concepto de incumplimiento no fue recogido por la Comisión redactora de la reciente modernización del derecho alemán de obligaciones; a pesar de una opinión anterior en contrario, se ha persistido en la distinción entre los eventos de imposibilidad y de incumplimiento de deberes contractuales, distinción que antes daba lugar a la llamada *positive Vertragsverletzung*. Véase V. Emmerich, *Das Recht der Leistungsstörungen*, München: Beck, 5ª edición, 2003, pág. 12; con todo, se ha introducido elemento simplificador en la materia al congregarse todos los hechos constitutivos de incumplimiento bajo el concepto general de infracción de un deber (*Pflichtverletzung*), de conformidad con § 241 BGB. Véase M. Kittner, *Schuldrecht. Rechtliche Grundlagen – wirtschaftliche Zusammenhänge*, 3ª edición, München: Vahlen, 2003, pág. 212; lo cierto es que está por verse si la diferencia conceptual con la noción de incumplimiento de los PDEC resulta efectivamente relevante.

Por cierto que es de extraordinario interés dogmático este propósito de ordenación sistemática de las acciones y remedios sobre la base del supuesto común del incumplimiento, de modo que sólo entonces son definidos los requisitos especiales y las excusas aplicables a cada uno de ellos. Sin embargo, para asegurar su generalidad, el formidable progreso que este enfoque representa exige poner a prueba y conciliar sus consecuencias con los diversos tipos de obligaciones contractuales.

En esta tarea parece importante conservar la ligazón del incumplimiento con la obligación de primer grado, cuya infracción es precisamente el fundamento del régimen de remedios contractuales. El incumplimiento de un contrato no es sino la inobservancia del programa contractual. Aceptadas tales premisas, *cualquier desviación* de las obligaciones que impone la regla contractual puede entenderse constitutiva del incumplimiento²⁴.

En fin, la idea común de incumplimiento atiende a todas las prestaciones que el deudor se obliga a realizar. Lo significativo es que, cualesquiera que sean estos incumplimientos, todos son tratados de manera unitaria, como

²⁴ M. A. Morales, "Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria", en *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid: Civitas, 2006, pág. 56.

antecedente común del conjunto de acciones y demás remedios contractuales.

12. *La negligencia puede ser un elemento constitutivo del incumplimiento contractual.* La neutralidad del incumplimiento se relaciona con la regla de que la ejecución del contrato debe ser exacta en relación con sus términos. Sin embargo, ese rigor puede referirse a un beneficio que el deudor se obligó a proporcionar (del modo que naturalmente ocurre en los contratos de intercambio), como también a un deber de conducta contraído por el deudor en interés del acreedor, bajo un estándar de cuidado más o menos estricto. Ejemplos inequívocos del primer caso son las obligaciones del vendedor de entregar la cosa o del constructor de una obra material de observar especificaciones técnicas precisas; ambas se dirigen a la satisfacción de un beneficio inmediato para el acreedor, de manera que el cumplimiento equivale a la satisfacción directa de su interés contractual. En la generalidad de los contratos el cumplimiento se confunde con esa satisfacción del interés económico.

Sin embargo, el cumplimiento de acuerdo con lo convenido también puede referirse a la observancia de un estándar de conducta, que está sólo indirectamente referido al beneficio final perseguido por el acreedor. Es el caso de numerosas obligaciones de hacer, particular-

mente en materia de servicios. En otras palabras, entender por incumplimiento cualquier desviación del programa contractual –tal como éste es definido mediante la interpretación del contrato– no impide que los criterios para darlo por establecido puedan diferir en distintos tipos de contratos²⁵.

En otras palabras, existen tres preguntas que conviene mantener separadas: la primera se refiere a la naturaleza y alcance de la obligación contractual, materias que suponen interpretar y calificar el contrato para saber a qué se obligó el deudor; la segunda, lógicamente vinculada a la primera, se refiere al concepto de incumplimiento, entendido como requisito común y general de las acciones y demás remedios contractuales; y la tercera apunta a los requisitos adicionales al incumplimiento para la procedencia de cada acción u otro remedio en particular y para las excusas que en cada caso resultan admisibles.

En lo que respecta a la primera pregunta, en todos los sistemas jurídicos se acepta la existencia de algunas obligaciones contractuales en que la negligencia es un *elemento*

²⁵ Explicación tomada de una de las obras generales inglesas más tradicionales, a saber, de J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 27^a edición, Oxford: Oxford University Press, 1998, pág. 475.

constitutivo del incumplimiento y no sólo un requisito de la responsabilidad en sentido estricto (al menos en ciertas hipótesis típicas). Incluso el derecho inglés –antiguo paradigma comparado en lo que respecta al estricto del concepto de incumplimiento– acepta que ciertas obligaciones, especialmente las que tienen por objeto prestaciones de servicio, suponen implícitamente cuidado y destreza razonables²⁶. La segunda pregunta, por su parte, asume *qué* debe hacer cada parte a favor del acreedor e indaga en concreto si los hechos configuran cumplimiento o incumplimiento. Finalmente, la tercera pregunta asume el incumplimiento e interroga tanto acerca de los remedios a que da lugar, como de los requisitos de procedencia adicionales exigidos para ejercer cada uno de ellos. En esta última etapa, la responsabilidad contractual será *estricta* en la medida que baste el incumplimiento para su procedencia y, especialmente, si además están acotadas las excusas admisibles.

²⁶ G. H. Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, 5ª edición, London: Butterworths, 1995, pág. 299; y, con especial énfasis en los errores de comprensión respecto del derecho del *common law en la materia*, véase B. Markesinis, H. Unberath y A. Johnston, *The German Law of Contract*, 2ª edición, Oxford i. a: Hart, 2006, pág. 445.

El modelo de la compraventa, por su simplicidad, ha sido siempre el mejor para explicar la relación contractual y articular un sistema de remedios diferenciado. Así se explica que a partir de la gran creación de derecho uniforme que fue la CISG, los PECL representen un importante desarrollo frente a la codificación del siglo XIX. Sin embargo, las obligaciones principales de la compraventa presentan un grado de objetividad no comunicable a algunas obligaciones de hacer. Para mostrarlo conviene tener presentes ciertas particularidades de algunos contratos de prestación de servicios²⁷.

Ante todo, mientras el objeto de la obligación del vendedor es una cosa expresiva del interés del acreedor, en las obligaciones de hacer es una conducta que sólo mediatamente produce una afectación mediata del mundo físico. Por eso, no es el efecto beneficioso lo que caracteriza el cumplimiento (como ocurre en la compraventa), sino la actividad que se orienta a producirlo (como ocurre con el abogado que defiende un pleito o el médico que trata a un paciente delicado). Que la

²⁷ En la siguiente caracterización de las obligaciones de prestación de servicios sigo de cerca a Ch. Wendehorst, "Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht", en *Archiv für civilistische Praxis*, 2006, pág. 205 (226).

restitución en naturaleza resulte por lo general imposible respecto de obligaciones de servicios es resultado de que la prestación es la conducta y no el beneficio que se espera de la actividad del deudor. Por lo mismo, en estas obligaciones, no se puede juzgar la calidad de la prestación solamente a partir de estándares de satisfacción del interés final del acreedor, esto es, de acuerdo a parámetros externos que prescindan de la conducta del deudor.

Enseguida, el servicio no supone transferencia de una cosa sino la creación de una nueva situación de hecho que se sigue de la prestación. Esto explica que la concepción del objeto de las obligaciones de dar y de hacer sea respectivamente la *cosa* y la *conducta* (Código chileno, artículos 1460 y 1461).

Además, la obligación de prestar un servicio supone muchas veces cierta autonomía en la definición más concreta del curso de ejecución de la obligación. En otras palabras, éste no suele predeterminarse de manera exacta²⁸. Por el contrario, si está definido con precisión

²⁸ Es ilustrativa a este respecto la denominación de *determinadas e indeterminadas o de diligencia* que H., L. y J. Mazeaud, dieron a ambos tipos de obligaciones. Véase H., L. y J. Mazeaud y F. Chabas, *Obligations, Théorie Générale*, 9ª edición, Paris: Montchrestien, 1998, pág. 13.

aquello que debe ser proporcionado al acreedor, la obligación deja de tener por objeto una conducta y se objetiva en el beneficio prometido (lo que explica, por ejemplo, las diferencias que usualmente existen entre los contratos de servicios y de construcción de una obra).

Finalmente, es común que los servicios se efectúen en la esfera personal o patrimonial del acreedor, siendo ésta determinante para lograr el éxito perseguido, pero sin formar parte de la relación contractual en sentido estricto, ni del ámbito de riesgo asumido por el deudor que interviene en ella. Piénsese, por ejemplo, en la manera en que esta esfera propia del acreedor es determinante para el éxito final que éste persigue con los servicios de médicos, abogados, gerentes o publicistas.

13. *Valor de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado.* La antigua distinción entre obligaciones de *dare*, *facere* y *praestare* proveniente del derecho romano clásico²⁹, que tenía por finalidad ordenar las obligaciones de acuerdo a su contenido, fue recogida por R. J. Pothier³⁰, luego por la codificación civil (Código chileno, artículo

²⁹ M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, T. I, 2ª edición, München: Beck, 1971, pág. 489, con referencia a *Gayo* (Institutas 4. 2) y *Paulo* (D. 44, 7, 3).

1460) y ha sido importante para la definición de los remedios contractuales en sistemas jurídicos muy diferentes (especialmente respecto de la procedencia y manera de ejercer la ejecución forzada). Sin embargo, esa distinción resulta insuficiente para lo que se ha venido discutiendo. En efecto, hay obligaciones de hacer en cuya virtud el deudor se obliga a producir un beneficio al acreedor, de manera tal que, si éste no se produce, la obligación puede ser tenida sin más por incumplida. Pero hay otras en que el deudor se obliga a actuar en interés del acreedor, sin que la efectiva materialización de este interés final sea determinante para saber si han sido cumplidas.

En consecuencia, la distinción supone preguntarse primeramente por la distribución de riesgos en caso de no obtenerse el beneficio que el acreedor tiene derecho a esperar de acuerdo con el contrato³¹. Así, existen diferencias entre un contrato de realización de una obra material según especificaciones técnicas y un programa preciso de entregas, y la obligación de prestar servicios profesionales que supone actos del deudor orientados a

³⁰ R. J. Pothier, *Tratado de la obligaciones* (traducción M. C. Cuevas), Buenos Aires: Heliasta, 1978 (1761), pág. 83.

³¹ H., L. y J. Mazeaud y F. Chabas, *Obligations, Théorie Générale* [nota 28], pág. 14.

provocar un beneficio para el acreedor. En este caso, a diferencia del primero, para saber si se cumplió o incumplió no basta que el acreedor no haya obtenido el beneficio, sino que es necesario comprobar en concreto si ello se debió a una falta del cuidado y destreza que resultan exigibles del deudor.

La mejor manera de expresar las diferencias entre las dos formas que puede revestir la obligación es la distinción –proveniente de la doctrina francesa y de progresiva generalización– entre *obligaciones de medios* (o *de conducta*) y *obligaciones de resultado*. El valor de la distinción supera en mucho la cuestión meramente probatoria. En esta última materia, las diferencias son consecuencia del diferente contenido normativo de la obligación contractual; es en razón de este contenido que las obligaciones de medios plantean particulares exigencias para determinar si fueron o no cumplidas.

Una mirada comparada, muestra analogías entre el contenido de una obligación contractual de medios y la diligencia y destreza característicos de los deberes de conducta extracontractuales: aunque los deberes de conducta miren en diferentes direcciones (procurar la satisfacción de un interés del acreedor o evitar un daño, respectivamente), ambas participan de la misma naturaleza norma-

tiva, pues la infracción o incumplimiento no tiene por antecedente suficiente el solo daño o la ausencia del beneficio, sino exige, además, una calificación de la conducta. Y, de igual forma que en materia de responsabilidad extracontractual por culpa, lo relevante para determinar el cumplimiento o incumplimiento de una obligación de medios, es la observancia de un estándar objetivo de conducta (definido por el contrato o según las circunstancias) y no el reproche subjetivo al obligado³². A la inversa, tanto en las obligaciones contractuales de resultado como en la responsabilidad estricta extracontractual, son determinantes los efectos externos de la conducta del deudor y que resultan causalmente de ella (no haberse obtenido el beneficio perseguido por el acreedor y el daño, respectivamente)³³.

³² E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* [nota 8], § 50 a.

³³ Que los PECL no contemplen la distinción en obligaciones de medios y de resultados se explica por su vinculación originaria con el exitoso modelo de la CISG. Sin embargo, nada impide que ella sea aplicada bajo sus reglas. El incumplimiento definido en el artículo 1.301 (4) PECL hace referencia a cualquier obligación contractual, incluyendo típicas obligaciones de medios, como son los deberes de colaboración. Y, a efectos de remedios, el artículo 8.101 (1) da lugar genéricamente a los remedios contractuales del Capítulo IX respecto de la parte que incumple la obligación. En la próxima sección intentaré mostrar que, planteada la pregunta por la diligencia ya en el momento del cumplimiento de la obliga-

14. *Los contratos que dan lugar a obligaciones de resultado suelen incluir obligaciones de destreza y diligencia.* Un mismo tipo de relación económica puede ser estructurada como contrato de obra (de resultado) o de prestación de servicios (medios). Si el acreedor de una obligación de servicios podía esperar que le fuera provisto un beneficio (y no la conducta del deudor que *puede* llevar a obtenerlo), el cumplimiento sólo se puede medir por la obtención de ese beneficio (PELSC 1.108). Por el contrario, si la venta está sujeta a una cierta autorización administrativa, lo usual será que esta última se construya como condición suspensiva y que el deudor contraiga entretanto una obligación de mejores esfuerzos orientada a obtener esa autorización.

Además, un mismo contrato puede envolver obligaciones de resultado, usualmente en

ción, nada impide aplicar el artículo 8.101 a obligaciones de medios (aunque la excusa de 8.108 sigue, sin embargo, típicamente la lógica de las obligaciones de resultado). Los PCCI introducen explícitamente la distinción: aceptando un concepto genérico de incumplimiento (artículo 7.1.1), establecen la distinción entre el contenido de la obligación de medios y de resultado (artículo 5.1.4). Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de Servicios (PELSC), por su parte, establecen un estándar objetivo y general de cuidado y señalan las circunstancias que resultan determinantes para fijarlo en concreto (artículo 1.107).

el caso de la prestación principal, y obligaciones de medios a otros respectos. Así ocurre con los deberes de información y de asistencia posterior a la entrega que suele tener el vendedor de una maquinaria o equipo. Respecto de los arquitectos, por ejemplo, suele regir un deber de resultado respecto del diseño, pero el incumplimiento está determinado por la negligencia respecto del deber de supervisión; y, en el otro extremo, en el mandato –que típicamente da lugar a obligaciones de medios– también el mandatario está obligado a ciertos resultados (como ocurre con la rendición de cuentas y con las obligaciones restitutorias).

En definitiva, en caso de duda, corresponde atenerse a la naturaleza de las obligaciones según los usos del tráfico, a menos que haya evidencia de que se contrajo una obligación de un contenido diferente al que naturalmente le pertenece³⁴. En definitiva, todo indica que la calificación de las diversas obligaciones contractuales (sean principales o conexas, explí-

³⁴ Así, en un conocido caso norteamericano se exigió pacto expreso o inequívoco acuerdo en contrario para que una obligación médica sea entendida en sentido estricto. Véase *Sullivan v O'Connor*, 363 Mass. 579, 296 N.E. 2d 183 [1973], citado por M. A. Chirelstein, *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*, New York: Foundation Press, 1990, pág. 157.

citadas o implícitas) determina aquello que se habrá de tener por incumplimiento³⁵.

VI. Diligencia y satisfacción del interés del acreedor como criterios determinantes de la responsabilidad contractual en sentido estricto

15. *Tendencia a radicar el riesgo en el deudor en la responsabilidad contractual*³⁶.

³⁵ No me referiré a los problemas probatorios que envuelve la distinción; sobre la materia, E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* [nota 8], págs. 657, 660. Conviene tener presente, en todo caso, la existencia de importantes correctivos probatorios favorables al acreedor de ciertas obligaciones de medios. El caso más fuerte se encuentra en las obligaciones que la doctrina francesa ha denominado *obligaciones de medio reforzadas*, respecto de las cuales se establecen presunciones de culpa para darlas por incumplidas (como es razonable asumir en el caso de obligaciones de cuidado de una cosa que se tiene en custodia). Véase G. Viney y P. Jourdain, "Traité de droit civil", bajo la dirección de J. Ghestin, *Les conditions de la responsabilité*, 2ª edición, Paris: LGDJ, 1998, pág. 451. Además, los progresos en materia de carga de la prueba deben llevar a su justa distribución y al reconocimiento de deberes de colaboración (PELSC 1.104 [1] d), 1.112 [1]).

³⁶ Se habla en este trabajo de "responsabilidad contractual en sentido estricto" para referirse a la que se traduce en una pretensión indemnizatoria. En este sentido se ha usado tradicionalmente el término "responsabilidad". Sin embargo, en la doctrina ha pasado a ser usual hablar de "responsabilidad" en un sentido amplio, que comprende todas las acciones y remedios que el derecho

Si aceptamos que el incumplimiento es el concepto articulador de todas las acciones y demás remedios contractuales, la responsabilidad puede ser *estricta* si el sólo incumplimiento es suficiente para dar lugar a la responsabilidad, o *por culpa* si ésta es una condición de responsabilidad adicional al incumplimiento.

La inequívoca tendencia del derecho uniforme mira hacia la responsabilidad contractual estricta, esto es, a que el solo incumplimiento dé lugar a la obligación de reparar los perjuicios. A su vez, las excusas son limitadas: las causas imprevistas fuera del razonable ámbito de control del deudor (CISG, artículos 49 [1] y 79; PECL, artículo 8.101 en relación con 8.108; PCCI, artículo 7.4.1 en relación con 7.1.7). Así, siguiendo la tradición anglosajona, una vez establecido el incumplimiento de la obligación contractual, el acreedor puede reclamar perjuicios. Por su parte, la mera diligencia no suele ser una de las excusas admisibles; éstas se limitan a la imprevisibilidad del perjuicio, o a un impedimento ajeno al control del deudor que constituya un riesgo que de acuerdo con lo pactado o a la naturaleza del contrato no pueda ser

concede al acreedor contractual. Véase A. M. Morales, "Evolución del concepto de obligación en el derecho español" [nota 11], pág. 19.

considerado, evitado o superado por el deudor. En consecuencia, la regla general es que la responsabilidad contractual sea estricta. Para el deudor surge, entonces, la obligación de indemnizar en razón de la insatisfacción del interés económico del acreedor, sin que sea además necesario juicio de valor alguno acerca de su conducta.

Hay muchas razones para justificar esta regla: el contrato es una forma de atribuir riesgos al deudor, de modo que el acreedor tiene normalmente la expectativa normativa de que éste cumpla con sus obligaciones; desde un punto de vista económico, permite asegurar al acreedor el beneficio que esperaba obtener evitándole costos de adjudicación judicial; y, finalmente, radica el riesgo en quien lo tiene bajo su control (a menos que el deudor pruebe que el incumplimiento es atribuible precisamente a circunstancias que están fuera de ese ámbito de control). Por eso, incluso si se asume un concepto neutral de incumplimiento –que no hace de éste un ilícito civil– la promesa contractual hace razonablemente recaer dentro del ámbito de riesgo de quien la formula las consecuencias que su incumplimiento puede tener para el acreedor.

Entre esta manera de entender la responsabilidad contractual y la responsabilidad estricta extracontractual existen ciertas analo-

gías funcionales: del mismo modo como en esta última el riesgo de daño a terceros es de quien desarrolla la actividad, en materia contractual lo es el riesgo de los daños que se sigan del incumplimiento. Existen, con todo, importantes diferencias relacionadas con el ámbito de riesgo asumido por quien realiza una actividad sujeta a responsabilidad estricta, por una parte, y por el deudor de una obligación contractual de resultado, por la otra. Su origen se encuentra en la función del contrato, que abre al deudor un horizonte limitado de riesgos, relacionados y dependientes de la operación o negocio. Por eso, la admisibilidad de la excusa de un impedimento fuera del control del deudor subsiste incluso en la responsabilidad contractual estricta, como se muestra en el derecho comparado y uniforme aquí analizado. A diferencia de lo que ocurre en materia extracontractual, que la responsabilidad contractual sea estricta no significa que sea inatacable³⁷, sino que los

³⁷ Sobre esta característica de la responsabilidad contractual estricta, en oposición a las obligaciones de garantía propias de la tradición del *common law*, B. Markesinis, H. Unberath y A. Johnston, *The German Law of Contract* [nota 26], pág. 445. Sobre el derecho europeo de contratos, véase A. Vaquer, "Incumplimiento de contratos y remedios", en S. Cámara coordinador, *Derecho Privado Europeo*, Madrid: Colex, 2003, pág. 527; y A. M. Morales, "Evolución del concepto de obligación en derecho español" [nota 11], pág. 707 (725).

argumentos para desafiarla son más estrechos que la mera alegación de diligencia.

16. *Distribución de riesgos de daños contractuales en obligaciones de medios.* Determinar qué obligaciones dan lugar a responsabilidad estricta y cuáles a responsabilidad por culpa requiere un juicio acerca del hecho constitutivo del incumplimiento. La cuestión, como se ha visto, se plantea especialmente en las obligaciones de hacer. Por ejemplo, un distribuidor que se obliga con el productor a vender 15.000 unidades anuales de un producto no cumple su obligación si sólo vende 13.000; pero también el contrato puede obligarlo a tomar todas las medidas razonables para ampliar las ventas y, eventualmente, llegar a una meta puramente indicativa³⁸. La lista se puede extender a muchas situaciones fronterizas en que una obligación puede ser construida alternativamente como una de medios o de resultado.

La pregunta pertinente para definir los riesgos que asume el deudor en obligaciones de hacer es *por qué ha pagado el acreedor*³⁹.

³⁸ Ejemplo tomado del comentario a PCCI, artículo 5.4 de la edición 1994, referido a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado.

³⁹ El artículo 5.1.5 PCCI establece, sin ánimo de exhaustividad, algunas directivas para determinar si la obligación es de resultado o de medios (mejores esfuer-

Si ha pagado para se le satisfaga un interés preciso y éste no se realiza, la naturaleza del incumplimiento no plantea diferencias con la compraventa. Si ha pagado para que el deudor procure con su conducta un beneficio, el riesgo de insatisfacción del interés final perseguido pertenece al acreedor, en la medida que ese fin se vea frustrado, a pesar de que el deudor haya actuado en cumplimiento de lo convenido.

En la medida que en el caso de obligaciones de resultado la diferencia entre cumplimiento e incumplimiento tiende a ser discreta, la prueba corresponde exclusivamente al deudor; en las obligaciones de conducta, por el contrario, usualmente se generará una discusión, acerca de si los actos de ejecución alegados por el deudor responden al estándar de cuidado debido en el contrato, con la consecuencia de que la prueba tiende al menos a distribuirse entre las partes.

Sin embargo, una vez establecido el incumplimiento, a efectos de responsabilidad en sentido estricto éste sólo es excusable en

zos): (a) los términos en que se describe la prestación en el contrato; (b) el precio y otros elementos del contrato; (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado para alcanzar el resultado esperado; y (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de de la obligación.

los mismos casos en que lo sería el incumplimiento de una obligación de resultado. Así, por ejemplo, el médico que actuó con negligencia (y por tanto incumplió su obligación) podrá luego excusarse de responsabilidad si muestra que el daño sufrido por el paciente no es atribuible a esa negligencia, sino al hecho de un tercero que no pertenecía a su ámbito de control. En consecuencia, la distinción entre obligaciones de conducta, medios o mejores esfuerzos, por un lado, y de resultado o estrictas, por el otro, es relevante para determinar si la obligación ha sido cumplida y, establecido el incumplimiento, no necesariamente es relevante en cuanto a la procedencia de la acción indemnizatoria.

17. *Efectos sistemáticos de radicar la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de medios.* A efectos del remedio indemnizatorio, conduce a resultados análogos que la culpa sea determinante para configurar hipótesis de incumplimiento en ciertos tipos de obligaciones, o que el incumplimiento se defina en términos estrictos, aceptándose que la diligencia opere como excusa de responsabilidad⁴⁰. Por lo mismo, como se ha señalado, si la diligencia es determinante del

⁴⁰ B. Markesinis, H. Unberath y A. Johnston, *The German Law of Contract* [nota 26], pág. 446.

cumplimiento, no es necesario volver sobre ella.

De lo anterior se sigue la posibilidad de aplicar sin mayores dificultades a obligaciones de servicios el artículo 8.101 (1) PECL (que otorga remedios contractuales al acreedor sobre la base del mero incumplimiento del deudor, salvo que la causa del incumplimiento escape de su ámbito normativo de control según el artículo 8.108). La misma conclusión se infiere de los artículos 7.4.1, 5.1.4 y 7.1.1 de los PCCI, con la calificación de que este ordenamiento acepta explícitamente la distinción entre obligaciones de medios y resultado⁴¹.

En consecuencia, bajo una regla unitaria en cuanto a la función articuladora del incum-

⁴¹ La única particularidad que presentarían las obligaciones de medios, en relación con estos asuntos, se relaciona con la excepción de exoneración de responsabilidad de los artículos 8.108 PECL y 7.1.7 PCCI, que se refiere a los impedimentos imprevisibles y fuera del ámbito de control y riesgo del deudor. En circunstancias que el incumplimiento supone desde luego un juicio respecto de la conducta del deudor, la excepción mencionada sólo resulta relevante si el deudor no ha realizado acto alguno de ejecución. Esto último se aplica, especialmente, en casos de imposibilidad: si el deudor alega que ha realizado actos de ejecución, la falta del debido cuidado *en esa ejecución* ya habrá sido considerada al momento de dar por establecido el incumplimiento.

plimiento, pero suficientemente diferenciada acerca de las condiciones para darlo por establecido, sus efectos tienden a ser igualmente generales y comunes, tanto respecto de las obligaciones de medios como de resultado. En ambos casos, la infracción al programa contractual (que, según sea el caso, obliga a satisfacer el interés económico perseguido por el acreedor o a actuar de manera diestra y diligente) es condición suficiente de la responsabilidad en razón de una especie de culpa infraccional del deber contractual⁴². Por eso, la excusa admisible para el deudor consiste en probar un hecho fuera del ámbito de control personal. De esta manera adquiere sentido la generalidad de un fallo francés, que señala de manera tajante que la inejecución de un contrato da lugar a indemnización de perjuicios⁴³.

18. *Graduación de la responsabilidad contractual*. En materia contractual, la responsabilidad es tan estricta como amplio sea el

⁴² Salvo para supuestos especiales de imputación del incumplimiento en contra del deudor, como ocurre con la responsabilidad contractual estricta por el hecho de los auxiliares en el cumplimiento del contrato, *F. Pantaleón*, El sistema de la responsabilidad contractual (materiales para un debate) [nota 19], 1056.

⁴³ J. Carbonnier, *Droit civil*, T. II, Les biens. Les obligations, Paris: Puf, 2004, pág. 1076, con referencia a Com. 30.6.1992, Bull, 258.

ámbito de atribución de riesgo al deudor. Bajo las reglas comentadas en el párrafo anterior, el deudor asume el riesgo de los obstáculos al cumplimiento localizados en su esfera de control y queda obligado a indemnizar al acreedor por el daño producido⁴⁴. En correspondencia, la obligación indemnizatoria en materia contractual puede ser excusada si se alega que el riesgo está fuera de la esfera normativa de control del deudor⁴⁵.

Y ocurre que, si bien el antecedente de la indemnización siempre es el incumplimiento (sin más requisitos positivos), las disculpas pueden ser variadas. El impedimento “fuera de la esfera normativa de control del deudor” puede ser construido como una serie gradual de excusas, se encuentra la rigidez de la definición tradicional de *fuera mayor* típica de la tradición francesa (impedimento absoluto, imprevisible y externo al deudor)⁴⁶, y, en un plano más moderado, la noción de *impedi-*

⁴⁴ A. M. Morales, "Evolución del concepto de obligación en derecho español" [nota 11], pág. 52.

⁴⁵ F. Pantaleón, "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)" [nota 19], pág. 1062, con un análisis del sentido y alcance del artículo 74 CISG.

⁴⁶ F. Terré, Ph. Simpler e Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris: Dalloz, 8ª edición, 2002, pág. 558. Con elegancia y simplicidad, el Código chileno define el caso fortuito o fuerza mayor como “el imprevisible que no es posible resistir” (artículo 45).

mento excusable en instrumentos de derecho uniforme (que hacen referencia precisamente a un concepto normativo de control)⁴⁷.

La propia CISG, en su artículo 79, admite que el deudor pruebe “un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias”. La regla de exclusión de responsabilidad se aplica por igual a todas las obligaciones de las partes, incluidas las conexas de medios que suele soportar el vendedor. Además, define el ámbito de riesgo que normativamente asume el deudor. Así, la moderna doctrina del contrato entiende que, por lo general, el riesgo del deudor no está acotado por su diligencia, sino por una *razonable esfera de control* en los términos definidos por la norma del CISG recién referida (en análogos términos, PDEC,

⁴⁷ Se descarta aquí, sin que sea el lugar para entrar en esta discusión, el concepto de caso fortuito como simple ausencia de culpa; especialmente lúcido acerca de la doble noción de caso fortuito, asumiendo un concepto cercano a las fuentes de derecho comparado y uniforme aquí referidas, entendiéndolo como “eventos o hechos exteriores, que queden fuera del ámbito de control del deudor”, L. Díez Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II Las relaciones obligatorias, Madrid: Civitas, 5ª edición, pág. 589.

artículo 8.108 (a) y PCCI, artículo 7.1.7). Cuál es esa razonable esfera de control depende por cierto del tipo de contrato; en el caso de obligaciones de resultado, ni siquiera la fuerza mayor es excusa admisible, mientras que en las obligaciones de mejores esfuerzos ya el incumplimiento supone un juicio de valor acerca de la conducta del deudor.

La situación es diferente en materia extracontractual. En esta sede, la responsabilidad estricta supone, en principio, atribuir todo el riesgo derivado de una actividad a quien la realiza, de modo que, por lo general, no abre posibilidad alguna de excusas de fuerza mayor, ni abre espacio para alegar que el riesgo está fuera de la esfera normativa de control de quien desarrolle la actividad con riesgo. La diferencia con las obligaciones contractuales se justifica porque mientras en estas últimas el deudor siempre tiene un riesgo acotado por el negocio de que se trata (lo que también explica el requisito de previsibilidad del daño indemnizable), la responsabilidad estricta extracontractual se funda usualmente en la decisión legislativa de atribuir *todos* los riesgos asociados a un cierto tipo de actividad⁴⁸.

⁴⁸ E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* [nota 8], pág. 478.

Nada impide, por cierto, que el deudor asuma una obligación contractual de garantía de resultado, que no admita excusa alguna (como suele ocurrir con las garantías explícitas que una parte otorga a la otra siguiendo una práctica contractual anglosajona). En tal caso la técnica contractual permite construir una responsabilidad estricta que en nada se diferencia de lo que es el régimen común en materia extracontractual, porque también aquí el deudor asume *todos* los riesgos de incumplimiento. Esta situación muestra, en el extremo, la diversidad de modalidades que puede presentar no sólo el incumplimiento, sino también los requisitos específicos de responsabilidad contractual.

19. *Algunas conclusiones.* Es muy promisorio el propósito de repensar los efectos del contrato a la luz del cumplimiento y del incumplimiento, entendido este último como el concepto articulador de todas las acciones y demás remedios contractuales. Siguiendo una doctrina que se gestó en la tarea comparativista más notable del siglo XX, en este trabajo he intentado destacar sus ventajas, tanto desde un punto de vista analítico como funcional⁴⁹.

⁴⁹ En particular, debo reconocer el aporte inestimable que en la articulación de antiguas ideas en esta materia han significado los trabajos de A. M. Morales Moreno,

En cualquier caso, el modelo implícito de incumplimiento proveniente de la CISG está claramente influido por los negocios de intercambio. Por mucho que ese modelo se preste para explicar la mayoría de las relaciones contractuales, ocurre, sin embargo, que el objeto de la relación contractual puede no sólo ser una cosa o un beneficio prometidos, sino también una conducta del deudor orientada a proveerlos. Mientras en el primer caso el cumplimiento puede ser objetivado en términos de identificarse con el beneficio económico perseguido por el acreedor, respecto de las obligaciones de conducta es necesario un juicio que califique los actos de ejecución del deudor. La distinción entre obligaciones de medios y resultado se ha mostrado fértil para discriminar entre ambos tipos de vínculos contractuales. Aunque tradicionalmente ésta es tenida por determinante a efectos probatorios (materia que sólo ha sido referida en este trabajo), resulta especialmente determinante para comprender los diferentes énfasis que puede presentar la obligación contractual.

especialmente, "El «propósito práctico», y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro" [nota 23]; "Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria" [nota 24]; y "Evolución del concepto de obligación en derecho español" [nota 11]; y de Fernando Pantaleón, especialmente, "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)" [nota 19] y "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual" [nota 1].

De lo anterior se sigue que la distribución de riesgos tampoco es igual en todo tipo de contratos. En las obligaciones en que el objeto es la cosa prometida (sean de dar o de hacer), la conducta del deudor es irrelevante a efectos de dar por acreditado el cumplimiento, porque éste se muestra en la satisfacción del interés perseguido por el acreedor; además, el riesgo de la prestación está marcadamente atribuido al deudor, ya en razón de ese concepto de incumplimiento. En correspondencia, las excusas admisibles en sede de responsabilidad en sentido estricto, tienden a ser sólo aquéllas en que tal incumplimiento es atribuible a fuerza mayor, entendida como el imprevisto externo e irresistible o, más modernamente, como toda circunstancia que está fuera del control razonable del deudor. De este modo, se produce un desplazamiento de riesgos también en sede de responsabilidad contractual, porque no es admisible al deudor una simple excusa de diligencia (y, menos aún, de simple ausencia de culpa).

Por el contrario, si la obligación es de conducta, el único riesgo que asume el deudor se refiere precisamente al defecto de su propia conducta o de los auxiliares en la ejecución de la obligación. El acreedor, en consonancia con su expectativa normativa que se limita a que el deudor realice los debidos esfuerzos para procurar el beneficio que persigue al

contratar, asume el riesgo de que ese fin no se satisfaga, a menos que el deudor no haya cumplido con su deber de conducta. En este caso, la excusa de fuerza mayor puede operar lógicamente como excluyente del incumplimiento (porque descarta la culpa), o bien, como excusa de la responsabilidad, en la medida que el deudor muestre que los perjuicios no son atribuibles a su falta de diligencia, sino a un hecho que estaba fuera de su control razonable.

La aceptación de diversos modelos de obligación (algunos calificados por el resultado y otros por la observancia de un estándar de conducta) no se opone a que el concepto de incumplimiento, por diferenciado que sea, se articule como factor común de todos los remedios contractuales, porque la distinción es relevante precisamente para determinar en qué circunstancias la obligación es tenida por cumplida. En sede de responsabilidad contractual en sentido estricto, así como de las demás acciones y remedios que el derecho civil entrega al acreedor, los demás requisitos y las excusas pueden ser articulados a partir de ese concepto general (aunque diferenciado) de incumplimiento.

Desde un punto de vista lógico, este es un gran avance de la moderna doctrina del contrato, porque supone hacerse cargo de la

distinción entre estar obligado por el contrato y las consecuencias jurídicas que se siguen de su incumplimiento⁵⁰.

⁵⁰ El autor agradece en especial los comentarios e intensos intercambios de ideas con Antonio Manuel Morales Moreno, catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela, que primero motivaron y luego llevaron a revisar la ponencia original leída en Madrid en marzo de 2008.

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA
UNIFICACIÓN DEL CONCEPTO
DE INCUMPLIMIENTO DEL
CONTRATO
RESPUESTA A ENRIQUE BARROS
Antonio M. MORALES MORENO

I. Introducción

Encuentros como éste ofrecen una magnífica oportunidad para reflexionar juntos (ponente, contraponente y todos los presentes) sobre temas vivos e importantes que afectan a las diversas ramas del derecho.

En esta ocasión nuestro coloquio jurídico gira en torno a un punto central del derecho civil, los «criterios de atribución de riesgos en materia contractual y extracontractual». El diálogo se produce con un destacadísimo civilista chileno que, aparte de su indudable finura intelectual y su gran experiencia como profesor y abogado, es un profundo conocedor de las más importantes corrientes del derecho comparado, y muy especialmente del derecho alemán y del angloamericano.

El Código civil chileno y el español, en lo que se refiere a la regulación del derecho de obligaciones, pertenecen a una tradición jurídica próxima, proveniente del Código civil francés; por eso partimos de una experiencia jurídica común. La evolución posterior, en cambio, ha sido diferente: el derecho chileno conserva, en buena medida, la pureza de su tradición jurídica, por el respeto a la perfección de la obra codificadora de Andrés Bello; en cambio, el derecho español se muestra abierto a la renovación, en buena medida por la participación en la onda armonizadora y renovadora del derecho contractual europeo.

En cualquier caso, ponente y contraponente compartimos las mismas convicciones sobre las exigencias de modernización del derecho de obligaciones y utilizamos los mismos instrumentos¹.

¹ Particularmente la «Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», hecha en Viena el día 11 abril 1980; en adelante CISG, que ha sido ratificada tanto por Chile como por España. También: los «UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts» (2004) y los «Principles of European Contract Law», elaborados por la «Commission on European Contract Law».

II. El Código civil español como punto de partida

El punto de partida de nuestras reflexiones está, necesariamente, en nuestros respectivos Códigos.

Por lo que se refiere al Código civil español me gustaría resaltar algunos rasgos: unos referentes a su tradición jurídica, en materia de obligaciones, otros relativos al tratamiento de la responsabilidad contractual.

(1) En cuanto a la tradición, en él podemos destacar dos elementos. En primer lugar la aportación del derecho romano. Está presente con todas sus ventajas (pragmatismo y solidez de sus soluciones); pero también con ciertos inconvenientes («ideas normativas encontradas»; influencia del sistema procesal y del tipo de acción). En segundo lugar, la tradición iusnaturalista. Llega al Código civil francés a través de Pothier y se extiende a nuestros códigos (chileno y español) por la influencia del Código civil francés. Tiene unas bases ideológicas anteriores: la segunda escolástica y el pensamiento de Santo Tomás que conecta con la filosofía de Aristóteles.

Las ideas iusnaturalista, sin duda, permiten lograr el objetivo de la codificación: reducir a un sistema el sinnúmero de normas

«encontradas» del derecho romano. Pero esa reducción a sistema se hace, en ocasiones, con enormes simplificaciones, más propias de la escuela que de la práctica jurídica.

(2) De otro lado, en lo que se refiere al tratamiento de la relación obligatoria contractual y, particularmente, al incumplimiento y sistema de remedios, conviene recordar algunos rasgos del Código civil español, aplicables a otros códigos de la familia latina.

Nuestro Código civil no tiene un sistema unitario de responsabilidad contractual. Junto al sistema general (libro cuarto, título primero, capítulo segundo) tiene unos sistemas especiales (en la regulación del contrato de compraventa, extensible a otros contratos) denominados saneamientos (artículos 1474 ss). No contiene, por tanto, un concepto unitario de incumplimiento. El concepto de incumplimiento que utiliza es aplicable sólo al sistema general de responsabilidad.

El modelo de obligación que contempla la regulación general, incluso en lo que se refiere al incumplimiento, es el modelo de la obligación unilateral, y no el de la obligación bilateral (sinalagmática). Se explica por la tradición iusnaturalista, que utilizó ese modelo para construir el concepto de contrato; y en esa tradición se inspira Pothier. Esto tiene

unas consecuencias: en la regulación general de incumplimiento sólo toma en cuenta, directamente, los remedios propios de la obligación unilateral (acción del cumplimiento, pretensión indemnizatoria). La resolución por incumplimiento no está considerada como un remedio contractual, sino como una condición implícita.

Frente a este modelo de Código civil español que acabo de esbozar hay un nuevo modelo de construcción de la relación obligatoria contractual, desarrollado a partir de la Convención de Viena (en adelante: CISG). Es, sin duda, más adecuado a las exigencias económicas de la sociedad actual. Se ha construido pensando en las relaciones obligatorias bilaterales, utilizando como arquetipo el contrato de compraventa.

El nuevo modelo supera la fragmentación del tratamiento jurídico de la responsabilidad contractual. Utiliza un concepto unitario de incumplimiento, que engloba todas las posibles manifestaciones de éste; y propone un sistema articulado de remedios que no queda circunscrito a los propios de la obligación unilateral. Sobre este modelo se ha desarrollado la ponencia.

III. Contrato e ilícito extracontractual como fuente de las obligaciones

1. La ponencia destaca algunos aspectos de aproximación o confluencia de la responsabilidad contractual y la extracontractual. Voy a referirme a dos:

1º. La «superposición de los deberes contractuales y extracontractuales».

El ponente afirma:

«En la práctica, se superponen situaciones en que una misma conducta puede ser tipificada como obligación contractual y a la luz de un deber general de cuidado».

2º. El hecho de que la imputación de responsabilidad adopte, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, dos modalidades equiparables: la culpa y el riesgo.

La imputación de responsabilidad, unas veces, toma en cuenta la conducta del sujeto responsable, su culpabilidad. Esto sucede en el supuesto ordinario de responsabilidad excontractual de nuestros códigos y también, en la responsabilidad contractual, en las obligaciones de medios. Otras, imputa responsabilidad atendiendo a un hecho objetivo, sin

considerar la conducta del sujeto responsable. Así ocurre en la responsabilidad extracontractual objetiva o por riesgo, y en las obligaciones de resultado, dentro la responsabilidad contractual.

Estos puntos de confluencia o aproximaciones no impiden al ponente reconocer, también, las diferencias, buscando el equilibrio entre la proximidad y la distancia. Por mi parte, prefiero insistir en las diferencias, utilizando incluso ideas expuestas por el ponente.

2. Empezaré haciendo dos breves observaciones a propósito de esos puntos de confluencia que señala el ponente, a los que me acabo de referir, para posteriormente insistir en las diferencias existentes entre el mundo del contrato y la responsabilidad contractual, y el de la responsabilidad extracontractual.

El hecho de que en determinadas situaciones (a veces límite) una misma conducta pueda ser encuadrada tanto en el supuesto de la responsabilidad extracontractual como en el de la contractual no debe servir para desvirtuar las diferencias existentes entre una y otra.

Tampoco es suficiente para aproximar la responsabilidad contractual a la extracon-

tractual el hecho de que en ambas se haya producido un fenómeno parecido, de progresiva objetivación en el funcionamiento del criterio de imputación o el que en ambas se maneje la noción de culpa.

Hechas estas puntualizaciones voy a insistir en las diferencias.

Ley de Bases del Código civil español (de 11 de mayo de 1888) contiene orientaciones sobre el tratamiento que ha de darse en el Código a las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales. El mandato se produce en estos términos:

«La naturaleza y efectos de las obligaciones serán explicados con aquella generalidad que corresponda a una relación jurídica *cuyos orígenes son muy diversos.*» (Base 19).

El codificador español es consciente de las diferencias. Resalta la diversidad de origen; y sólo permite regular la naturaleza y efectos con la generalidad que corresponda o sea compatible con esa diferencia.

Hablar de diferencia de origen es tanto como hablar de diferente función. La responsabilidad extracontractual y la contractual no sólo tienen fuentes diferentes sino que atiende, cada una, a la satisfacción de intereses

diferentes. Y no debe confundirnos el hecho de que, en ocasiones, puedan utilizar para articularse los mismos instrumentos técnico-jurídicos (herramientas), como la idea de obligación, la idea de culpa, la atribución objetiva de riesgos, la idea de daño, la exigencia de reparación del daño, el sistema de reparación del daño.

La responsabilidad extracontractual atiende al interés de conservación de los bienes o intereses protegibles de cada persona, frente al daño proveniente de otros sujetos. La responsabilidad contractual atiende al interés que surge del contrato. El Ponente resalta esa función central del contrato al afirmar: «El contrato es un instrumento de colaboración». Y también nos indica: «El contrato siempre tiene por antecedente la voluntad de obligarse». En esa línea, conviene insistir en la complejidad del contrato y en la especificidad del incumplimiento contractual frente al incumplimiento del deber de respetar los bienes ajenos.

El contrato es un instrumento jurídico complejo. Conecta con la autonomía de la voluntad: con el ámbito de la libertad de la persona para organizar sus intereses. Establece y regula relaciones entre personas, creando compromisos concretos, orientados a satisfacer sus respectivos intereses (a menudo orienta-

dos al intercambio de bienes o servicios; o a la colaboración). La lesión de ese interés es el supuesto del sistema de protección de la responsabilidad contractual (en sentido amplio). Y en el plano social, el contrato es, además, el instrumento impulsor y regulador de los procesos económicos. La peculiaridad de la responsabilidad contractual frente a la extracontractual proviene, precisamente, del hecho de estar basada en el contrato, de ser instrumento para la satisfacción de los intereses que el mismo promueve. He aquí algunas manifestaciones concretas de esa peculiaridad.

En la responsabilidad contractual, el contrato diseña (construye) el interés protegible y lesionable (fin de protección del contrato). Por el contrario, la extracontractual protege bienes de los sujetos, previamente reconocidos como dignos de protección por el ordenamiento. El contrato ordena el riesgo de insatisfacción, mientras que en la responsabilidad extracontractual la regla ordenadora es la Ley. El contrato, también, justifica la puesta en riesgo de los bienes (personales y patrimoniales) de los contratantes; y ofrece, adecuadamente integrado y con las limitaciones oportunas según el tipo de bienes (bienes no disponibles), los criterios aplicables para distribuir ese riesgo.

El interés que promueve el contrato puede quedar satisfecho, naturalmente, a través del cumplimiento del mismo. Así sucede en muchos casos en los que no resulta necesario utilizar los remedios jurídicos para obtener esa satisfacción. La responsabilidad contractual (en sentido amplio) sólo opera cuando tal satisfacción ordinaria no es posible; es decir, en los supuestos de incumplimiento.

Los efectos jurídicos del incumplimiento del contrato no son los mismos que los derivados de la causación del daño en la responsabilidad extracontractual. La complejidad de la vinculación contractual impide reducir las consecuencias del incumplimiento a la indemnización de daños (o a la reparación «in natura»). El incumplimiento permite utilizar un conjunto más complejo de remedios, para encauzar la satisfacción del interés del contratante insatisfecho, que toma en cuenta la estructura (unilateral o bilateral) de la relación jurídica en la que se inserta la obligación incumplida. Hay remedios que son específicos de la responsabilidad contractual (suspensión del cumplimiento, resolución, reducción de la contraprestación). Hay otros remedios que pueden parecerse más próximos a los de la responsabilidad extracontractual: la acción de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria. Pero en realidad tienen diferencias.

No debemos confundir la pretensión de cumplimiento, en los remedios de la responsabilidad contractual, con la pretensión indemnizatoria *in natura* en la responsabilidad extracontractual.

Y, en relación con el daño indemnizable, existen también diferencias. Aunque el concepto genérico de daño pueda estar presente tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, existen diferencias entre una y otra, no sólo en cuanto a la razón por la que se indemniza (daño derivado del incumplimiento o daño a los bienes o intereses de otra persona), sino en cuanto a la extensión del daño indemnizado. Los criterios de imputación objetiva no son los mismos en la responsabilidad contractual y extracontractual. Los sistemas jurídicos que establecen reglas comunes de indemnización de daños, aplicables tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, no toman suficientemente en cuenta tales diferencias. Por eso la dogmática tiene que establecerlas por otros medios. El criterio de imputación objetiva del «fin de protección de la norma» sirve para poner de manifiesto las diferencias, en cuanto a daño indemnizable, entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

IV. Los mecanismos de distribución de riesgo en el contrato

Pasemos ahora a considerar los mecanismos de distribución de riesgos propios de las relaciones contractuales. El ponente distingue tres planos («tres dimensiones») diferentes, en los que operan mecanismos de distribución de riesgos: (a) al propio contrato, (b) al concepto de incumplimiento y (c) al sistema de remedios. Esta separación de planos permite un análisis diferenciado de los riesgos del contrato y de los factores de distribución de esos riesgos que me parece fructífero para el debate.

a) No me ofrece duda alguna que el propio contrato (la regla contractual) es un instrumento jurídico con el que los contratantes reparten los riesgos que acotan a través de él. Por ejemplo, los contratos de intercambio de bienes o servicios, al fijar la relación de equivalencia entre los mismos, negociada por las partes (equivalencia subjetiva), asignan a uno u otro contratante el riesgo de los cambios futuros del precio de mercado.

El contrato también ordena el riesgo del posible daño a otros bienes. El cumplimiento del contrato supone, a menudo, una puesta en riesgo de otros bienes de los contratantes. Por ejemplo: el riesgo para la salud de un trata-

miento médico incorrecto, el riesgo de que el arrendatario cause daño a la cosa arrendada, el riesgo de dañar el objeto que debe ser reparado... El contrato justifica la puesta en riesgo de estos bienes; ofrece la medida de esa puesta en riesgo; y marca las pautas sobre la gestión de esos riesgos (deberes de cuidado) y la distribución del daño que pudiera eventualmente producirse.

El contrato no sólo ordena y reparte riesgos, sino que para hacerlo de modo eficiente, separa o acota el ámbito de los riesgos puestos en juego en él (en el desarrollo de la relación contractual), objeto de su ordenación. Al acotarlos o delimitarlos los separa de otros riesgos que deben ser gestionados por cada contratante.

Es importante señalar que el contrato es sólo un eslabón en la utilización de medios para satisfacer intereses. La completa satisfacción del interés concreto de cada contratante queda a menudo más allá de lo que el contrato le procura o garantiza. Esto se ha percibido en el momento de formación del contrato, al diferenciar, a propósito de la relevancia del error, entre los motivos de cada contratante y los motivos incorporados a la causa del contrato. Y se percibe también en el incumplimiento, a la hora de delimitar los daños indemnizables. El «fin de protección de

la norma» (aplicado al contrato y construido por la autonomía de la voluntad y la confianza) es la categoría dogmática (criterio de imputación objetiva) que expresa esa delimitación.

b) En un segundo plano, se refiere el ponente a la noción de incumplimiento como factor de distribución de riesgos. «[L]a noción de incumplimiento –afirma– no es neutral en materia de distribución de riesgos contractuales». Esta afirmación la hace pensando, fundamentalmente, en las obligaciones de hacer, en las que está presente el ingrediente de la culpa. Esto implica que no es posible construir un concepto unitario de incumplimiento, ni siquiera en la nueva dogmática del derecho de obligaciones.

Por mi parte creo que, en el momento actual, bajo la influencia del modelo de la CISG, hemos de considerar al incumplimiento como un concepto neutro o aséptico desde el punto de vista de su imputación al deudor; un concepto que sólo expresa el problema de la insatisfacción del interés del acreedor.

Es cierto que el que se produzca incumplimiento (la insatisfacción del interés de un contratante) expresa la «realización» (el que se han hecho presentes) ciertos riesgos de la ejecución del contrato. El hecho de que pueda

llagar a producirse el incumplimiento, visto *ex ante* (en el momento de contratar) es un riesgo del acreedor. Pero la función del concepto de incumplimiento no es distribuir el riesgo de lesión del interés contractual que el incumplimiento implica, sino expresar que se ha producido esa lesión (insatisfacción del contratante) conforme al contrato. El medio jurídico para distribuir ese riesgo es el sistema de remedios.

c) En el tercer plano al que se refiere el ponente aparecen los remedios integrados en el que podemos denominar sistema de remedios. Son: la acción de cumplimiento (en sus diferentes manifestaciones, según la manifestación del incumplimiento), resolución, reducción de la contraprestación, indemnización. Los remedios son el modo de repartir entre los contratantes el riesgo del incumplimiento (insatisfacción del interés contractual). La nueva construcción de la responsabilidad contractual se caracteriza por articular la aplicación de todos los remedios del incumplimiento. Esa articulación sistemática ofrece al acreedor insatisfecho la posibilidad de elegir el modo concreto de distribución del riesgo.

V. La noción de incumplimiento

Voy a insistir en la noción de incumplimiento del contrato, pues es la clave para articular el nuevo sistema. Es un concepto unitario que constituye el supuesto básico de todos los remedios contractuales.

(1) La primera cuestión que nos plantea es ésta: ¿El concepto de incumplimiento debe ser formulado hoy como la falta de ejecución de deberes de conducta del deudor o, por el contrario, se sitúa más allá de los deberes de conducta? Respondiendo a esta pregunta, creo que la segunda alternativa es la correcta.

Sin duda es difícil desprenderse de la idea de obligación en el ámbito de las relaciones jurídicas nacidas del contrato. La idea asentada es que el contrato, una vez perfeccionado, genera deberes de conducta (obligaciones); de modo que el cambio que el mismo proyecta, la satisfacción del interés de cada contratante, se produce a través del cumplimiento de esas obligaciones. Esta idea está asentada en el derecho tradicional y, por su claridad y simplicidad, se plasma en algunos preceptos del CC español. Pero esta idea es el resultado de una simplificación y nunca ha sido totalmente correcta.

Antes de la Ley de Modernización del BGB, wiaecker² señalaba cómo la relación obligatoria encierra una faceta doble, diferente y complementaria: (a) es un orden de deberes de conducta del deudor y (b) también de realización de resultados de satisfacción de interés del acreedor. El concepto (unitario) de prestación debe ser referido, unas veces, a la correcta ejecución de tales deberes y otras, a la consecución de un determinado resultado de satisfacción del interés del acreedor, exigido por el contrato.

Esta distinción nos recuerda bastante a la elaborada por demogue, en la doctrina francesa, con vistas a la dosificación de la carga de prueba del incumplimiento. demogue distingue entre obligaciones de medios, en las que el acreedor debe probar la culpa del deudor para imputarle responsabilidad, y obligaciones de resultado, en las que la no consecución del resultado previsto (por ej.: falta de entrega de la cosa debida) es suficiente para imputar responsabilidad; y es al deudor al que le corresponde exonerarse, probando que el incumplimiento es debido a un caso fortuito. Pero la reformulación alemana de la distinción penetra en la estructura del núcleo o raíz

² «Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht», en: *festschrift nipperdey*, I 1965, págs. 783 ss.

de la relación obligatoria y, por ello, nos aporta luz para definir el incumplimiento.

Ese doble contenido alternativo de la relación obligatoria hace que conceptualmente sea inadecuado definir el incumplimiento, sólo como la falta de ejecución (por el deudor) de los deberes de conducta que le impone el contrato. Pues, aunque el incumplimiento esté en muchas ocasiones relacionado con los deberes de conducta, en otras se refiere a la falta de consecución de ciertos resultados garantizados por el contrato. Es mejor definir al incumplimiento como la falta de ejecución o realización de las exigencias contrato.

(2) En una etapa anterior, nuestra doctrina construyó el concepto de incumplimiento conectado a la culpabilidad. El incumplimiento no era una noción neutra, que simplemente expresara la insatisfacción del interés del acreedor; no era una noción susceptible de ser el supuesto básico de todos remedios contractuales. Era fundamentalmente el presupuesto del remedio indemnizatorio (art. 1101, 1124), y contenía en su formulación conceptual el ingrediente necesario de la imputación de responsabilidad, el dolo o la culpa. De este modo, ante el problema de la insatisfacción del interés del acreedor, se hacía necesario diferenciar entre las medidas de responsabilidad y las de reparto de riesgo (art. 1452).

Bajo ese enfoque el concepto de incumplimiento, al menos aparentemente por lo que después voy a decir, no era neutral en materia de distribución de riesgos contractuales.

En el nuevo sistema que instaura la CISG el concepto de incumplimiento es totalmente neutro. Únicamente expresa que el interés del acreedor no ha quedado satisfecho conforme a las exigencias del contrato; o, dicho de otro modo, expresa la falta de realización del contrato en sus propios términos.

No puede ser de otro modo si constituye el supuesto básico de todos los remedios. Y si, aun en el ámbito de aplicación del remedio indemnizatorio, el debate sobre la exoneración del deudor se sitúa más de la determinación de si ha habido o no incumplimiento.

En conclusión, se debe afirmar que en el nuevo derecho de contratos la noción de incumplimiento es una noción neutra, que implica que no ha quedado satisfecho el interés de un contratante (acreedor) fundado en el contrato. El que se produzca el incumplimiento es, sin duda, un riesgo del contrato, pero la noción de incumplimiento no contiene una regla de distribución de ese riesgo de insatisfacción del interés del acreedor.

VI. Incumplimiento y daño

En la comparación que estamos haciendo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual resulta oportuno poner en relación los dos conceptos clave de una y otra: el de incumplimiento y el de daño.

Si intentamos establecer un paralelismo o equivalencia entre el incumplimiento del contrato, en el sistema de responsabilidad contractual, y el daño, en el de responsabilidad extracontractual, advertimos que la equivalencia no es completa. El incumplimiento provoca insatisfacción del interés del acreedor fundado en el contrato, pero no implica, necesariamente, un daño indemnizable, como sucede en el supuesto de la responsabilidad extracontractual.

Para profundizar en esta idea voy a hacer, a continuación, dos tipos de consideraciones.

(a) El incumplimiento no implica necesariamente un daño porque se refiere exclusivamente a la falta de realización del contrato; a la insatisfacción formal del interés fundado en el mismo. Esa insatisfacción, por ser sólo formal (exclusivamente relacionada con el contrato), no es necesariamente un daño, apreciado desde el conjunto de la situación patrimonial del acreedor.

Bien puede ocurrir que el contrato, por los términos en los que inicialmente se ha celebrado o por el cambio de circunstancias, resulte desfavorable al contratante insatisfecho. En este caso el incumplimiento del otro contratante ofrece al contratante insatisfecho (formalmente) la posibilidad de desvincularse del contrato por medio de la resolución.

Puede también ocurrir que, en el momento de producirse el incumplimiento, el contratante insatisfecho haya dejado de estar interesado en el contrato, de modo que el incumplimiento le ofrece la ventaja de poder desvincularse del mismo.

(b) Pero, además, aun en los casos en los que el incumplimiento implique un daño para el contratante insatisfecho, ese daño no tiene un único medio de ser reparado, el de la indemnización. Hay remedios, distintos del de la indemnización (e incluso del cumplimiento *in natura*), que pueden paliar el daño del incumplimiento y evitar que el mismo sea dañoso. Así, la resolución del contrato (total o parcial) o la reducción del precio (contra-prestación).

VII. La problemática de las obligaciones de medios

(1) La ponencia nos sitúa ante otra importante cuestión. El ponente considera que el concepto neutro de incumplimiento es hoy adecuado en las obligaciones de resultado; pero se cuestiona si puede generalizarse a todas las obligaciones, extendiéndose a las obligaciones de medios.

La duda la justifica en el hecho de que la nueva construcción de la responsabilidad contractual ha tomado como modelo al contrato de compraventa (obligación de dar, obligación de resultado) y es cuestionable si puede generalizarse a las obligaciones de prestación de servicios (por ejemplo servicios médicos).

La cuestión que nos plantea es muy importante. Pues, si no admitimos la unificación y generalización del concepto de incumplimiento, la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado no sólo expresaría la existencia de dos sistemas de prueba del incumplimiento (conforme a la dificultad que la prueba implique), sino también de dos conceptos de incumplimiento y dos sistemas de responsabilidad contractual diferentes. Sería la consecuencia de no poder construir un concepto único de incumplimiento: porque en las obligaciones de medios (el ponente

piensa, a modo de ejemplo, en las de prestar servicios médicos) la culpa sería un elemento del incumplimiento (el incumplimiento implica culpabilidad), mientras que en las obligaciones de resultado (por ejemplo: las del vendedor de entregar una cosa conforme libre de derechos de tercero) el incumplimiento no exigiría culpabilidad.

La objeción es importante, pues pone a prueba al nuevo sistema de responsabilidad contractual. Por eso conviene que me detenga en ella, considerando en qué consiste el incumplimiento en las obligaciones de medios.

(2) En una obligación de prestar servicios ¿cómo puede manifestarse el incumplimiento?

Primero, en no prestar el servicio. Es el caso del médico que no acude a operar al paciente, tal como ha concertado con él; o el del abogado que no realiza materialmente las actuaciones requeridas para la defensa de su cliente.

Esta manifestación del incumplimiento tiene que ver con una obligación de resultado; equivale a la falta de entrega en una obligación de dar. No nos plantea el problema del que ahora me ocupo, propio de las obligaciones de medios.

Segundo, en prestar los servicios de modo no conforme a las exigencias del contrato (la regla que vincula a la prestación del servicio).

Las exigencias del contrato pueden estar determinadas de varios modos:

(a) Bien a través de cláusulas contractuales que determinen la calidad de los servicios que han de ser prestados. En este caso los deberes de conducta impuestos por estas cláusulas son también, en principio, obligaciones de resultado. El incumplimiento (probado) de estas cláusulas determina falta de conformidad de los servicios prestados. Por ejemplo, si, en la prestación de unos servicios de vigilancia, el contrato establece, de modo concreto, determinadas medidas de seguridad que debe adoptar la empresa prestadora del servicio (controles, formas de practicarlos...), la prestación del servicio sin atenerse a esas medidas implica incumplimiento (falta de conformidad del servicio prestado). El resultado contemplado en el contrato es la ejecución del servicio en los términos pactados.

(b) Más allá de las cláusulas concretas del contrato sobre las particularidades de la prestación del servicio (y porque dichas cláusulas siempre han de ser insuficientes para prever todas las vicisitudes de la ejecución del contrato), aparecen los deberes de conducta exi-

gibles al deudor conforme a un determinado modelo de conducta, frecuentemente conforme a las reglas del arte o profesión correspondientes a los servicios prestados. El incumplimiento de esos deberes de conducta, que han de ser concretados en cada caso (diligencia exigible), es lo que tradicionalmente se ha entendido como culpa o negligencia del deudor.

Esta necesaria imputación de culpa al prestador de los servicios como presupuesto del incumplimiento contractual es la que nos plantea el problema del que ahora me ocupo, sobre si el incumplimiento es o no, siempre, un concepto neutro; sobre si es posible construir un concepto unitario de incumplimiento.

(3) La respuesta, a mi modo de ver, sólo puede ser ésta: la necesidad de atender a los deberes de diligencia en la prestación de servicios no implica que el incumplimiento de tales deberes deje de ser un concepto neutro, ni impide, por tanto, construir un concepto unitario de incumplimiento.

Cuando se afirma, en las obligaciones de hacer referidas a la prestación de servicios, que el deudor ha incidido en culpa (es culpable del incumplimiento) esa afirmación no significa otra cosa que la constatación del hecho objetivo del incumplimiento. Incum-

plimiento del deber conducta impuesto mediante el parámetro o modelo de conducta utilizado (diligencia exigible, estándar de calidad del servicio).

La culpa del deudor expresa en estos casos el incumplimiento del contrato (que el deudor no ha ejecutado con la calidad requerida la conducta exigible). La utilización de la noción de culpa, entendida de modo objetivado y normativizado (conforme a las reglas del modelo de conducta exigible), no nos impide afirmar que en este caso el incumplimiento es también la falta de realización de las exigencias del contrato. Lo cual, visto desde la prestación significa, objetivamente, la falta de conformidad del servicio.

Indica, igualmente, que no se ha producido el resultado (separable de la conducta del deudor), buscado por el acreedor: el resultado de la obtención (inmaterial) de una prestación correcta del servicio.

¿Por qué no hemos de llamar resultado a la prestación correcta del servicio? ¿Simplemente por el hecho de que el acreedor no pueda aspirar a alcanzar, con cargo al deudor, el resultado final perseguido por él, mediante ese servicio? Ésta no es razón suficiente. Ya lo he señalado anteriormente. Cada contrato es sólo un eslabón en la cadena de organiza-

ción de los intereses de los sujetos que intervienen en él. Como eslabón tiene una función definida y limitada. Puede ofrecer bienes o servicios en un proceso de ordenación de recursos cuyo resultado final no pertenece al ámbito de protección del contrato.

(4) Hechas estas precisiones sobre el significado de la culpa en las obligaciones de hacer, voy a detenerme en una nueva consideración sobre cómo surge la obligación de indemnizar, por la falta de conformidad de los servicios debida a negligencia del deudor, en el sistema de la CISG, es decir en el nuevo sistema del incumplimiento, y en el del Código civil. Parto, desde luego, de que la negligencia del deudor se ha establecido (prueba, presunción).

(a) En el sistema de la CISG (en el que el incumplimiento determina directamente el deber de indemnizar, salvo que exista causa de exoneración) el prestador de servicios que incumple su deber de diligencia responde: indemniza el daño provocado al acreedor; y difícilmente va a poder exonerarse. La prestación adecuada de los servicios es algo que le incumbe, está en su esfera de control, pertenece al esfuerzo que debe desarrollar para promover el cumplimiento de la obligación. La exoneración sería posible si la prestación defectuosa de los servicios fuera debida a un

suceso exterior, fuera de la esfera de control del prestador del servicio, no previsible en el momento de contratar. Pero tal supuesto no puede darse en nuestro caso, pues partimos de que el defecto del servicio (falta de conformidad) se debe exclusivamente a la conducta del deudor (falta de diligencia).

(b) En el sistema del CC se llega a parecido resultado por una vía diferente. El prestador de servicios responde por incidir en culpa en la prestación de los mismos. La culpa que aparentemente cualifica al incumplimiento, haciéndolo susceptible de imputar responsabilidad, no es en este caso otra cosa que la constatación de que no se ha cumplido debidamente (no se ha desarrollado la conducta exigible). La culpa en este caso tampoco significa un reproche subjetivo al sujeto, sino el propio incumplimiento. Este incumplimiento, debido a la conducta del deudor, tampoco admite, en el CC, normalmente, exoneración.

ENRIQUE BARROS BOURIE. Es doctor por la Universidad de Munich, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Chile y antiguo Director del Departamento de Derecho Privado. Miembro del número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Consejero del Centro de Estudios Públicos. Abogado Integrante de la Corte Suprema (2000-2006). Desde 2007 es Presidente del Colegio de Abogados de Chile. Autor de numerosos artículos en materias de teoría del derecho y derecho civil; entre sus libros destacan *Rechtsgeltung und Rechtsordnung* (Orden Jurídico y Validez) (1984), *Contratos* (Editor, 1991), *Personas* (Editor, 1991) y *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (2006).

M^a PAZ GARCÍA RUBIO. Es Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela desde marzo de 2000. Miembro del ODPEC (Observatory of European and Comparative Private Law) de la Universidad de Girona, del Comité Internacional del ECTIL (European Centre of Tort of Insurance Law), de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado, y del «AHRC. European Legal Development Project» de la University of Cambridge. Autora de más de un centenar de publicaciones que alcanzan a todas las ramas del Derecho civil, en especial el Derecho de contratos, Derecho de daños, Derecho de familia y los problemas derivados de la interacción entre el Derecho constitucional y el Derecho civil.

ANTONIO M. MORALES MORENO. Es investigador científico excedente del CSIC, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, Vocal permanente de la Comisión General de Codificación y Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. En diversos trabajos ha estudiado temas relacionados con el incumplimiento del contrato y el sistema de responsabilidad contractual. Entre sus libros: *La modernización del derecho de obligaciones* (2006).

LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*
2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*
4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y ciudadanía*
5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*
8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*
9. Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. Francisco J. Laporta, Juan Ruiz Manero y Miguel Ángel Rodilla: *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. Ian Shapiro, Pablo de Lora Deltoro y Carmen Tomás-Valiente Lanuza: *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. Jorge F. Malem Seña, F. Javier Ezquiaga Ganuzas y Perfecto Andrés Ibáñez: *El error judicial. La formación de los jueces*
14. M. Cristina Redondo, José María Sauca y Perfecto Andrés Ibáñez: *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. Stefan Huster, Antonio Pau y María J. Roca: *Estado y cultura*
16. Paolo Comanducci, M^a Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. Enrique Barros Bourie, M^a Paz García Rubio y Antonio M. Morales Moreno: *Derecho de daños*