

EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL REGLAMENTO DE ROMA II

UNJUST ENRICHMENT IN THE ROME II REGULATION

DÁRIO MOURA VICENTE

Catedrático

Universidad de Lisboa

Recibido: 24.03.2016 / Aceptado: 31.03.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3261>

Resumen: El presente artículo se ocupa del problema de la ley aplicable al enriquecimiento sin causa en el Reglamento de Roma II. Tras demostrar las principales razones por las cuáles no existe en la actualidad un concepto único de enriquecimiento sin causa, ni tampoco un régimen uniforme para ello en los Estados miembros de la Unión Europea, el autor describe los tipos fundamentales de soluciones que consagran a este respecto los sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado y las analiza críticamente. A continuación, examina el régimen introducido por el Reglamento de Roma II sobre el tema y, en particular, las cuestiones planteadas por la delimitación de su ámbito material de aplicación y por la determinación de la ley aplicable bajo sus disposiciones.

Palabras clave: conexión accesorias, conflictos de leyes, enriquecimiento sin causa, *lex loci conditionis*, ley aplicable, obligaciones no contractuales, Reglamento de Roma II.

Abstract: This article deals with the problems raised by the determination of the law applicable to unjust enrichment claims under the Rome II Regulation. After setting out the main reasons for the non-existence of a unitary notion of unjust enrichment in the Member States of the European Union, as well as of a uniform legal framework for it, the author describes the fundamental solutions enshrined in national systems of Private International Law in this respect, which he analyzes critically. He then proceeds to examine the conflict rules introduced by the Rome II Regulation on this topic and, in particular, the issues raised by the definition of its scope of application and by the determination of the applicable law according to its provisions.

Keywords: applicable law, conflicts of laws, *lex loci conditionis*, non-contractual obligations, Rome II Regulation, secondary connection, unjust enrichment.

Sumario: I. Planteamiento del problema. 1. El concepto de enriquecimiento sin causa y sus diferentes concretizaciones nacionales. 2. Tipicidad y cláusula general de enriquecimiento. 3. Funciones del instituto. 4. Alcance de la obligación de restituir. 5. Los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa. II. Tipos de soluciones posibles para los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa. 1. La aplicación de la *lex loci conditionis*. 2. La aplicación de la *proper law*. 3. La aplicación de la *lex causae conditionis*. 4. Soluciones híbridas. III. El régimen del Reglamento de Roma II: ámbito material de aplicación. 1. Necesidad de un concepto autónomo de enriquecimiento sin causa. 2. La exclusión de la *condictio indebiti* por invalidez del contrato. 3. La exclusión del enriquecimiento sin causa por infracción de un derecho de propiedad intelectual. 4. La exclusión del enriquecimiento sin causa derivado de relaciones familiares y sucesorias o de la

* Ponencia presentada el 11 marzo 2016 en el Seminario de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid.

infracción de derechos de personalidad. IV. El régimen del Reglamento de Roma II: ley aplicable. 1. La elección por las partes de la ley aplicable. 2. La conexión accesoria. 3. La aplicabilidad de la *lex communis*. 4. La aplicabilidad de la *lex loci conditionis*. 5. La cláusula de escape. V. Balance.

I. Planteamiento del problema

1. El concepto de enriquecimiento sin causa y sus diferentes concretizaciones nacionales

Nos ocuparemos en éste estudio del enriquecimiento sin causa en el Derecho Internacional Privado (DIPriv.) y, más específicamente, de su disciplina en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)¹.

En la base de este instituto, se encuentra el principio, ya afirmado por POMPONIUS² y acogido en las *Siete Partidas*³, conforme al cuál a nadie se le debe ser consentir beneficiarse injustificadamente en detrimento de otro. La mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos consagra ése principio; pero ninguno lo hace con aquel grado de generalidad⁴. Lo que se comprende perfectamente: una vez que todo el lucro es de alguna suerte obtenido a expensas de otros, una consagración irrestricta de la obligación de restituir el enriquecimiento conseguido por alguien a costa ajena volvería potencialmente inviable el funcionamiento de las economías de mercado.

No sorprende, por ello, que sean muy diversificadas las formas por las cuáles se intenta garantizar, en los sistemas jurídicos europeos, la efectividad de dicho principio; y que, reflejamente, varíe también en esos sistemas jurídicos el concepto de enriquecimiento sin causa. Es lo que intentaremos demostrar a continuación.

2. Tipicidad y cláusula general de enriquecimiento

Desde luego, difieren las técnicas por las cuáles se acoge dicho principio en la ley, la doctrina y la jurisprudencia de los Estados miembros de la Unión Europea. Éstas varían históricamente entre: a) El sistema de la *tipicidad* de las situaciones de enriquecimiento sin causa susceptibles de generar la obligación de restituir (consagrado en el Derecho inglés⁵); b) El sistema de la *cláusula general* de enriquecimiento, complementada por la previsión de algunas hipótesis típicas de enriquecimiento (acogido en Alemania y Portugal⁶); y c) El sistema de la regulación, a título principal, de la *repetición de lo indebido*, a la que acrece una acción de restitución con carácter general, pero subsidiaria de otros medios de resarcimiento del empobrecido (vigente en España, Francia e Italia⁷).

¹ Reglamento (CE) n.º 864/2007, de 11 junio 2007, publicado en *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 199, de 31 julio 2007, pp. 40 ss.

² “*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detriment fieri locupletioem*” (D. 12, 6 14).

³ En que se declaraba que “ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño dotri” (7, 33, 13).

⁴ Véanse, para un análisis comparativo, R. ZIMMERMANN, “A road through the enrichment-forest? Experiences with a general enrichment action”, *The Comparative and International Law Journal of South Africa*, 1985, pp. 1 ss.; Id., “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, pp. 404 ss.; P. GALLO, “Unjust Enrichment: A Comparative Analysis”, *American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 431 ss.; B. DICKSON, “Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview”, *Cambridge Law Journal*, 1995, pp. 100 ss.; K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed., Tübingen, 1996, capítulo D; E. VON CAEMMERER/P. SCHLECHTRIEM (CHIEF EDITORS), en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X, *Restitution/Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*, Tübingen/Leiden/Boston, 2007; C. VON BAR/S. SWANN, *Principles of European Law. Unjustified Enrichment*, Munich, 2010, pp. 93 ss.; y D. VISSER, “Unjustified Enrichment”, in Jan M. Smits (org.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2.ª ed., Cheltenham/Northampton, 2013, pp. 947 ss.

⁵ Véase la sentencia proferida por la Cámara de los Lords en el asunto *Orakpo v. Manson Investments Ltd.*, [1978] A.C. 95, en que Lord Diplock afirmó: “My Lords, there is no general doctrine of unjust enrichment recognised in English law. What it does is to provide specific remedies in particular cases of what might be classified as unjust enrichment in a legal system that is based upon the civil law”.

⁶ Véanse, respectivamente, los §§ 812 a 822 del *Bürgerliches Gesetzbuch* y los artículos 473 y siguientes del Código civil portugués.

⁷ Véanse, respectivamente, los artículos 1895 a 1901 del Código civil español, 1376 a 1381 del Código civil francés (artículos 1302 a 1303-4 en la redacción introducida por la reforma de 2016) y 2033 a 2042 del Código italiano.

Estas diferencias de régimen están lejos de tener un origen meramente técnico, antes se explican en buena parte por factores ideológicos e históricos. El modelo inglés, por ejemplo, refleja el temor de los tribunales británicos ante las consecuencias nefastas de una admisión demasiado amplia de la restitución del enriquecimiento sin causa sobre el funcionamiento de una economía esencialmente basada en la libre concurrencia y no tanto en la distribución equitativa de la riqueza; la *répétition de l'indu* francesa es, a su vez, la heredera de la *condictio indebiti* romana, a la que la *Cour de Cassation* añadió, en 1892, la *action de in rem verso* en la sentencia *Boudier*⁸, que la reforma del Derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones introdujo en el Código civil francés en 2016⁹.

3. Funciones del instituto

Difieren también las funciones del instituto y, en consecuencia, su ámbito de aplicación.

La *función primordial* de las normas sobre la obligación de restitución consiste en complementar el Derecho de los Contratos, removiendo, en los casos de *condictio indebiti*, el enriquecimiento sin causa del patrimonio del enriquecido e intentando colocarlo en la misma situación patrimonial que ocuparía, si no hubiera ocurrido una transferencia patrimonial indebida a su favor. Sin embargo, esta función no asume la misma relevancia en todos los sistemas jurídicos. En Alemania, por ejemplo, la restitución del enriquecimiento sin causa permite mitigar, en los casos de enriquecimiento proveniente de una prestación ("*Leistungskondiktion*"), las consecuencias más nocivas del *principio de la abstracción* de los negocios dispositivos¹⁰. En virtud de éste, la entrega de una mercancía transfiere la propiedad aunque el contrato sea inválido; pero a través de la restitución del enriquecimiento sin causa se permite la recuperación del bien entregado. En cambio, en países como España, Francia, Italia y Portugal, cuyos sistemas jurídicos no acogen, como regla general, el sistema de la abstracción de los contratos de disposición, dichas situaciones se resuelven por vía de la nulidad, anulación o resolución del contrato¹¹.

Asimismo, en los sistemas romanistas, dada la admisión de la validez de los contratos gratuitos, no se puede reclamar la restitución de un beneficio gratuitamente atribuido a otra persona con el único fundamento de que su autor no ha recibido cualquier contrapartida por ello. Pero tal cosa sí es posible en los sistemas de *Common Law*, dada la doctrina de la *consideration*, que exige, en principio, una contrapartida negociada como condición de eficacia de toda promesa contractual.

En algunos sistemas jurídicos, el instituto ejerce también *funciones de carácter accesorio*, que reflejan ciertas particularidades de esos sistemas. Así, el enriquecimiento sin causa asume, también en el sistema jurídico alemán, una función complementaria de la tutela delictual de los bienes jurídicos. Es lo que ocurre mediante la imposición de la obligación de restituir el enriquecimiento obtenido a costa de otro a través de la intervención ilícita en bienes ajenos, v.g., por su utilización o fruición (denominada "*Eingriffskondiktion*"). Esa función del instituto es ajena a otros sistemas jurídicos, como el español, el francés y el italiano, en que la restitución por enriquecimiento sin causa no comprende dichas hipótesis, en las cuales no hay un empobrecimiento de alguien; lo que, en parte, es una consecuencia de que la tutela delictual es más fácilmente accesible en España, Francia e Italia, gracias a la amplia *cláusula general* de responsabilidad civil extracontractual acogida en los respectivos sistemas jurídicos, la cual –contrariamente a lo que ocurre en Alemania– no especifica los derechos o intereses protegidos a través de ella¹². El régimen aplicable al enriquecimiento por intervención es menos claro en los sistemas de *Common Law*: en el Derecho inglés, por ejemplo, es controvertida la calificación de la "*restitution for*

⁸ *Julien Patureau c. Boudier*, reproducido en H. CAPITANT/F. TERRÉ/Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tomo 2, 11.ª ed., Paris, 2000, pp. 383 ss.

⁹ Cf. el artículo 1303 del Código civil en la redacción dada por la Ordonnance n.º 2016-131, de 10 febrero 2016.

¹⁰ Véase, en una perspectiva histórica, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 867.

¹¹ Esta circunstancia es más acentuada en el Derecho portugués, que no acoge el principio, admitido en otros Derechos (como el francés), de que la posesión de muebles vale por título. Cf. A. VARELA, *Das Obrigações em geral*, 10.ª ed., Coimbra, 2003, vol. I, p. 506.

¹² Véanse los artículos 1902 del Código civil español, 1382 del Código civil francés (artículo 1240 tras la reforma de 2016) y 2043 del Código civil italiano.

wrongs” como una hipótesis de *unjust enrichment*¹³; pero, en los EE.UU., el *Restatement of the Law of Restitution* la califica sin ambages como tal¹⁴.

Ocurre, además, que el rechazo por los sistemas de *Common Law* de la gestión de negocios, como fuente autónoma de obligaciones, remite a la *restitution* situaciones que, en los sistemas romanistas, son disciplinadas por la primera, como sucede en los casos de *necessitous intervention by a stranger*, en que se admite el reembolso de gastos hechos en beneficio de otro o la remuneración de servicios profesionales, v.g. de médicos, para salvar o curar alguien¹⁵.

El ámbito de aplicación del instituto difiere, por tanto, en los distintos sistemas jurídicos nacionales, siendo claramente más amplio en el alemán que en los demás aquí considerados.

4. Alcance de la obligación de restituir

Tampoco es idéntico el alcance de la obligación de restituir en los sistemas referidos. Desde luego, porque en los países latinos se consagra el *principio de la subsidiariedad* de la acción de enriquecimiento sin causa como forma de mitigar la amplitud con que se admite en estos países la restitución del enriquecimiento: si el empobrecido puede valerse de una acción nacida, v.g., de contrato o responsabilidad civil a fin de resarcirse, debe ejercerla¹⁶. Pero, en Derecho alemán, ese principio no ha sido acogido, por lo que el instituto tiene, también por este motivo, un alcance más vasto, reclamado por sus funciones igualmente más extensas.

Por otra parte, mientras que, en algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, el español o el italiano, la obligación de restituir no puede exceder el valor del *correlativo empobrecimiento*, sin lo cual dicha obligación no existe¹⁷, en otros, como el alemán y el portugués, la obligación de restituir incluye en principio todo lo que se obtuvo a costa ajena, aunque no haya una transferencia patrimonial; lo que, en los casos de interferencia en bienes jurídicos de otros (*maxime* bienes inmateriales), es dogmáticamente justificado con base en la idea de que su utilización no autorizada es susceptible de frustrar su *contenido de destinación* (“*Zuweisungsgehalt*”)¹⁸.

En Alemania y en Portugal, el objeto de la obligación de restituir se limita, por lo menos cuando el beneficiario se encuentre de buena fe, a su *enriquecimiento efectivo*, expresado en la diferencia entre la situación real en que se encuentra y aquella en que se encontraría, si el desplazamiento patrimonial no hubiera ocurrido a su favor¹⁹; lo que no es el caso del Derecho francés (ni tampoco, según creemos, del español), los cuales han preservado la distinción entre la *condictio indebiti* y la acción por enriquecimiento sin causa, cuyos principios no se aplican necesariamente a la primera. Al destinatario del pago indebido, aunque de buena fe, cumple, por consiguiente, proceder a la restitución en especie de los bienes indebidamente recibidos, o de su valor objetivo, y no apenas del beneficio efectivamente obtenido.

En los sistemas de *Common Law*, no basta la ausencia de causa a fin de que el enriquecimiento obtenido a costa ajena pueda determinar la obligación de restituir; es aún necesario, a ese efecto, que ocurra una específica razón que permita calificar el enriquecimiento como *injusto*²⁰. La propia designa-

¹³ Contra, véanse P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2.ª ed., Oxford, 2005, pp. 12 ss.; y A. BURROWS, *The Law of Restitution*, 3.ª ed., Oxford, 2010, pp. 9 ss.

¹⁴ Cf. American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Restitution and Unjust Enrichment*, St. Paul, Minnesota, 2011.

¹⁵ Cf. GOFF & JONES, *The Law of Restitution*, 6.ª ed., Londres, 2002, pp. 453 ss.

¹⁶ Véanse, con respecto al Derecho español, L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, tomo 2, 11.ª ed., Madrid, 2015, p. 305; sobre el Derecho italiano, F. GALGANO, *Diritto privato*, 16.ª ed., Pádua, 2013, p. 400; en cuanto al Derecho francés, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, vol. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, Paris, 2007, p. 418; y sobre el Derecho portugués, D. LEITE CAMPOS, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, Coimbra, 1974; J.M. VIEIRA GOMES, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, 1998, p. 421, y L. MENEZES LEITÃO, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, reimpressão, Coimbra, 2005, pp. 911 ss.

¹⁷ Así M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 416; L. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 302; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 400.

¹⁸ Cf. E. VON CAEMMERER, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, en H. DÖLLE/M. RHEINSTEIN/K. ZWIEGERT (organizadores), *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. I, Tübingen, 1954, pp. 333 ss. (p. 353).

¹⁹ Véanse el § 818(3) del BGB y el artículo 479, apartado 2, del Código civil portugués.

²⁰ Véase, por último, la sentencia proferida por el Tribunal Supremo del Reino Unido en el asunto *Bank of Cyprus UK Limited v. Menelaou*, [2015] UKSC 66.

ción del instituto en esos sistemas –*unjust enrichment*– refleja este requisito. La *condictio indebiti* tiene ahí, de todas maneras, un ámbito más restringido, una vez que no hay cualquier principio general que confiera a la persona que efectúa el pago de una deuda ajena el derecho a su restitución (la “*Rückgriffskondition*” alemana): como regla general, se exige al *solvens* que demuestre, a fin de obtenerla, la verificación de un *unjust factor*; como sea el error (de hecho o de derecho) en que incurrió al hacer el pago. Además, se excluye cualquier obligación de restituir fundada en la realización de mejoras no solicitadas ni aceptadas en una propiedad ajena (que los alemanes integran en la “*Verwendungskondition*”).

5. Los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa

Estas son, sintéticamente, algunas de las razones por las cuáles no existe en la actualidad un *concepto* único de enriquecimiento sin causa, ni tampoco un *régimen uniforme* para ello en los distintos sistemas jurídicos nacionales.

De aquí resultan los conflictos de leyes en esta materia y la necesidad de determinar la ley aplicable a las situaciones de enriquecimiento sin causa conexas con más de un sistema jurídico.

Supongamos, a fin de ejemplificar dichos conflictos, los siguientes casos:

Ejemplo I: *A*, comerciante establecido en Sevilla, envía por error a *B*, un colega suyo de Lisboa, una caja de botellas de Jerez. *A* reclama la restitución de las botellas o de su valor. *B* se niega a hacerlo, invocando que suponía legítimamente tratarse de un regalo de *A* y que ya las consumió, a pesar que habitualmente no bebe Jerez, por lo que ningún beneficio actual logró obtener en razón del error de *A*; según el Derecho portugués, que *B* considera aplicable al caso, no hay, por consiguiente, lugar a cualquier restitución a *A*.

Ejemplo II: *C*, ciudadano británico, habitualmente residente en Londres, consiente a *D*, su compatriota, igualmente residente en Londres, la utilización de su casa de vacaciones en Marbella. Sin que *C* lo solicite, *D* pinta el inmueble e instala en él una alarma. Ésta, por hipótesis, no puede ser retirada sin daño para el inmueble. *D* reclama de *C* el pago de su valor, lo que éste rechaza, alegando que el Derecho inglés no le confiere semejante derecho.

Ejemplo III: *E*, ciudadano español, vende la cosecha de naranjas de una propiedad situada en Valencia perteneciente a *F*, ciudadano británico, pero que *E* suponía suya. *F* no aprueba la gestión de *E*. Éste invoca frente a *F* su supuesto derecho a la restitución de los gastos que realizó con la venta de los frutos, gracias a los cuales, según afirma, *F* se ha enriquecido a expensas suyas. *F* sostiene que ninguna restitución es debida a *E* según el Derecho inglés, que considera aplicable al caso; y reclama de él la indemnización de los daños que la intervención de *E* supuestamente causó a su propiedad.

En todas estas situaciones, se pregunta antes que nada: ¿Cuál es la ley aplicable a la supuesta obligación de restituir el enriquecimiento obtenido a costa de otro?

Ésta es, como veremos a continuación, una cuestión para la cual no hay, hasta hoy, una única solución posible. Lo que refleja el hecho de que el enriquecimiento sin causa no sólo ejerce diferentes funciones en los distintos sistemas jurídicos, sino que tiene también distintas funciones dentro de los mismos sistemas. No hay, por tanto, *unidad teleológica* en las diferentes manifestaciones del instituto.

II. Tipos de soluciones posibles para los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa

En los sistemas nacionales de DIPriv., se pueden distinguir, con independencia del Reglamento de Roma II, cuatro tipos fundamentales de soluciones para el problema.

1. La aplicación de la *lex loci conditionis*

La primera consiste en la adopción de una regla de conflicto que determina la aplicación al enriquecimiento sin causa de la *ley del lugar del enriquecimiento*.

Ésta es la solución consagrada en el Derecho italiano. El artículo 61, apartado 1, de la Ley de Derecho Internacional Privado (únicamente aplicable a las situaciones no disciplinadas por el derecho de la Unión Europea) dispone: “La gestione di affari altrui, l’arricchimento senza causa, il pagamento dell’indebito e le altre obbligazioni legali, non diversamente regolate dalla presente legge, sono sottoposti alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l’obbligazione”.

Una regla casi idéntica figura en el artículo 3125 del Código Civil de Quebec, según el cual: “Les obligations fondées sur la gestion d’affaires, la réception de l’indu ou l’enrichissement injustifié sont régies par la loi du lieu de survenance du fait dont elles résultent”.

El hecho de que deriva la obligación de restituir, a que se refieren estas disposiciones, es el enriquecimiento sin causa o injustificado. La ley vigente en el lugar donde se produjo ese enriquecimiento será, por tanto, la ley aplicable a la obligación de restituir.

Esa ley tiene, por vía de regla, una conexión relevante con los hechos: es la ley del lugar donde se consumó la *causa de pedir* en la acción restitutoria. Posee, desde ese punto de vista, una cierta legitimidad para regular la obligación de restituir.

Sin embargo, en una economía globalizada y desmaterializada, una regla de conflicto como las de los Derechos italiano y quebequense puede conducir a la aplicación de la ley de un país que no tenga más que una *ligación fortuita* con los hechos: piénsese, por ejemplo, en los casos en que el enriquecimiento se produjo en un paraíso fiscal, donde el enriquecido posee un cuenta bancaria, a la cual el empobrecido transfirió electrónicamente ciertos fondos.

En cambio, la *condictio indebiti* tiene a menudo una ligación muy fuerte con una relación contractual que está en su origen. Esa ligación puede justificar la sujeción de la obligación de restituir a la *lex contractus* y no a la *lex loci*.

Por último, una vez que, en el enriquecimiento sin causa, están esencialmente en juego *intereses particulares*, no hay una razón preponderante para excluir la posibilidad de elección de la ley aplicable por las partes, que dichas reglas, sin embargo, no admiten.

La aplicación de la *lex loci conditionis* no parece, así, la mejor solución, por lo menos como conexión primaria.

2. La aplicación de la *proper law*

El intento de flexibilizar la determinación de la ley aplicable es el objetivo principal de la segunda solución posible para los conflictos de leyes en materia de enriquecimiento sin causa, que consiste en el recurso a reglas de conflicto que determinan la aplicación de la llamada *proper law* de la obligación de restituir el enriquecimiento, esto es, la ley que, en la opinión del tribunal, sea la *más apropiada* a ese efecto.

Esta solución fue preconizada en la doctrina inglesa previamente al Reglamento de Roma II. En su 14.^a edición, el influyente manual de *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*²¹ propugnaba, aunque con dudas (“*semble*”), lo siguiente sobre el tema:

- “(1) The obligation to restore the benefit of an enrichment obtained at another person’s expense is governed by the proper law of the obligation.
- (2) The proper law of the obligation is (*semble*) determined as follows:
 - (a) If the obligation arises in connection with a contract, its proper law is the law applicable to the contract;
 - (b) If it arises in connection with a transaction concerning an immovable, (land), its proper law is the law of the country where the immovable is situated (*lex situs*);
 - (c) If it arises in any other circumstances, its proper law is the law of the country where the enrichment occurs”.

²¹ Cfr. *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, 14.^a ed., Londres, 2006, vol. II, p. 1863, regla 230. En la edición siguiente, los editores han substituido esta regla por otra que reproduce, en lo esencial, las disposiciones del Reglamento de Roma II sobre la materia: cfr. *Dicey, Morris and Collins on The Conflict of Laws*, 15.^a ed., Londres, 2012, vol. II, p. 2289, regla 257.

Una regla igualmente inspirada en el diseño de flexibilizar el proceso de determinación de la ley aplicable fue adoptada en el segundo *Restatement* norteamericano sobre los conflictos de leyes, que declara en su § 221(1): “In actions for restitution, the rights and liabilities of the parties with respect to the particular issue are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in § 6”.

Entre los factores que el tribunal podrá considerar en la determinación de conexión más significativa, se indican en el § 221(2) los siguientes:

- “(a) the place where the relationship between the parties was centered, provided that the receipt of enrichment was substantially related to the relationship,
- (b) the place where the benefit or enrichment was received,
- (c) the place where the act conferring the benefit or enrichment was done,
- (d) the domicil, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and
- (e) the place where a physical thing, such as land or a chattel, which was substantially related to the enrichment, was situated at the time of the enrichment”.

Algunos de estos factores coinciden con los de la regla de *Dicey, Morris and Collins*. Sin embargo, el *approach* norteamericano difiere del inglés en la medida en que la determinación de la conexión más significativa se hallará con referencia a los factores indicados en el § 6 del *Restatement*, en que se refleja la preferencia de sus redactores por la llamada *governmental interest analysis*. Estos son:

- “(a) the needs of the interstate and international systems,
- (b) the relevant policies of the forum,
- (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
- (d) the protection of justified expectations,
- (e) the basic policies underlying the particular field of law,
- (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
- (g) ease in the determination and application of the law to be applied”.

Se confiere al juez, en estas reglas, un alto grado de discreción en la determinación de la *lex causae*, que le permite adaptar la solución del litigio a las circunstancias de la causa. Pero esa flexibilidad de la regla de conflicto tiene, como contrapartida, alguna *incertidumbre* en cuanto a la ley aplicable, que, a menudo, sólo podrá preverse en los casos más simples²².

Por otra parte, una vez que el enriquecimiento sin causa es una materia en que se debaten esencialmente intereses privados, no se ve como puedan las *políticas estatales* iluminar, en esta materia, la determinación de la ley aplicable, en conformidad con lo que determina el párrafo 6 del *Restatement* norteamericano.

3. La aplicación de la *lex causae conditionis*

Una tercera solución consiste en la *designación indirecta* de la ley aplicable al enriquecimiento sin causa mediante su sujeción a la ley con base en la cual se produjo la transferencia patrimonial a favor del enriquecido²³.

²² Así G. PANAGOPOULOS, *Restitution in Private International Law*, Oxford/Portland, 2000, p. 118. El autor preconiza, como alternativa, la aplicación a la obligación de restituir de la “*proper law of the unjust factor*” (esto es, la circunstancia de que deriva el carácter injusto del beneficio obtenido a costa ajena), la cual define como “*the law of the place, with which the unjust factor has its closest and most real connection*” (cfr. *ibidem*, p. 167).

²³ Solución defendida, *ad ex.*, por K. ZWEIGERT/D. MÜLLER-GINDULLIS, “Quasi-Contracts”, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*, capítulo 30, n.º 20.

Si, por ejemplo, *A* paga a *B* el precio de una mercancía que perece antes de su expedición, la eventual obligación de *B* de restituir a *A* la prestación recibida en cumplimiento de ese contrato bilateral cuya contraprestación se tornó imposible será regida por la ley del propio contrato (v.g., la ley elegida por las partes).

Se alude, con el fin de caracterizar esta regla de conflicto, a una *conexión dependiente o accesoria*.

Ésta es la solución adoptada en el artículo 44 del Código Civil portugués de 1966, que establece que: “O enriquecimento sem causa é regulado pela lei com base na qual se verificou a transferência do valor patrimonial a favor do enriquecido”.

La misma solución ha triunfado en el artículo 10, apartado 9, de las Disposiciones Preliminares del Código Civil español, según el cual: “En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia de valor patrimonial en favor del enriquecido”.

Estas reglas (que valen hoy exclusivamente para las situaciones no reguladas por normas de conflicto europeas) son esencialmente dictadas por la preocupación de asegurar la *armonía jurídica material*, una vez que permiten evitar potenciales antinomias normativas entre la ley reguladora del acto que operó la transferencia patrimonial para el enriquecido y la ley reguladora de la obligación de restituir el enriquecimiento.

Se refleja en ellas, además, la *función complementaria* que, como hemos referido, las normas sobre el enriquecimiento sin causa ejercen relativamente a las del Derecho de los contratos y de la responsabilidad civil.

Por otra parte, la conexión accesoria disminuye la importancia de las cuestiones de calificación y de delimitación relativamente a otras reglas de conflicto (particularmente en materia de contratos, responsabilidad delictual y gestión de negocios) que pueden suscitarse en este ámbito.

Por último, es presumible que la aplicación de la ley designada por estas reglas corresponda a las expectativas de las partes, una vez que se designa así, a menudo, una ley que regula una relación preexistente entre ellas (generalmente de naturaleza contractual); y es razonable suponer que, si en su tiempo las partes hubieran considerado el problema, esperarían que esa ley regulara también cualesquiera obligaciones no contractuales conexas con dicha relación.

No obstante, hay que reconocerlo, se trata de reglas que no dan respuesta a las situaciones de enriquecimiento a costa ajena en que no hay una transferencia patrimonial a favor del enriquecido, como ocurre en ciertos casos de enriquecimiento por intervención en bienes ajenos²⁴.

4. Soluciones híbridas

Una cuarta solución combina las anteriores, mediante una distinción entre diferentes categorías de situaciones de enriquecimiento, a las cuales se aplican leyes diversas.

Ésta es la orientación actualmente acogida en el artículo 128 de la Ley suiza de DIPriv. (LDIP), que confiere autonomía a los casos de enriquecimiento en virtud de una relación jurídica, existente o supuesta, los cuales son regidos por la ley aplicable a esa relación, y los casos en que no exista una tal relación, los cuales son sometidos a la Ley del Estado en que el enriquecimiento se produjo²⁵. La LDIP admite también, en estos casos, la elección de la ley del foro²⁶.

²⁴ Nos parece excesiva, por ello, la afirmación de T.W. BENNETT, “Choice of Law Rules in Claims of Unjust Enrichment”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, pp. 135 ss. (p. 167), según la cual “for the purposes of the conflict of laws at least, enrichment deserves no separate category of its own”.

²⁵ Sobre él, pueden verse A.-C. IMHOFF-SCHEIER/P.M. PATOCCHI, *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws. L'acte illicite et l'enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse*, Zürich, 1990, pp. 100 ss.; D. GIRSBERGER *et al.* (organizadores), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2.^a ed., Zürich, 2004, pp. 1413 ss. (por M. KELLER y K. KOSTKIEWICZ); y H. HONSELL *et al.* (organizadores), *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, 3.^a ed., Basel, 2013, pp. 1125 ss. (por A. FURRER).

²⁶ Dispone esa norma que: “1. Les prétentions pour cause d'enrichissement illégitime sont régies par le droit qui régit le rapport juridique, existant ou supposé, en vertu duquel l'enrichissement s'est produit. 2. A défaut d'un tel rapport, ces prétentions sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'enrichissement s'est produit; les parties peuvent convenir de l'application de la loi du for”.

También en el artículo 38 de la Ley de Introducción al Código civil alemán (aplicable hoy únicamente a las situaciones no comprendidas en el ámbito del Reglamento de Roma II), se distinguen desde la reforma de 1999²⁷: a) El enriquecimiento por prestación, al que se aplica la ley reguladora de la relación jurídica a que se refiere esa prestación; b) El enriquecimiento por intervención, a lo cual se aplica la ley del lugar de la ofensa; y c) El enriquecimiento proveniente de hechos que no quepan en las categorías anteriores, a los cuáles se aplica la ley del Estado en que se produjo el enriquecimiento²⁸. El artículo 42 de la misma Ley admite la elección por las partes del Derecho aplicable con posterioridad a que haya ocurrido el hecho generador del enriquecimiento²⁹.

La comparación jurídica pone de manifiesto que son muy distintas las situaciones posibles de enriquecimiento sin causa y que son también muy distintas las funciones de la obligación de restituir en esos diferentes supuestos, así como los intereses que se debaten en ellos. Estas reglas distinguen correctamente esas diferentes situaciones en el plano de su regulación por el DIPriv. Desde este punto de vista, se trata, por consiguiente, de soluciones adecuadas. Se puede, sin embargo, cuestionar las limitaciones que imponen a la autonomía privada en los casos en que la elección de la ley aplicable no afecte a los derechos de terceros.

III. El régimen del Reglamento de Roma II: ámbito material de aplicación

1. La necesidad de un concepto autónomo de enriquecimiento sin causa

El Reglamento de Roma II se ocupó, en su artículo 10, del enriquecimiento sin causa. El ámbito de aplicación de esta disposición se refiere, en la versión española, a las “obligaciones extracontractuales que se deriven del enriquecimiento injusto, incluido el pago de sumas indebidamente percibidas”. La versión inglesa menciona, a su vez, la noción de *unjust enrichment*. Pero la versión francesa, así como la italiana y la portuguesa, aluden al “enriquecimiento sin causa”.

Estas nociones no se encuentran definidas en el Reglamento; lo que no sorprende, una vez que, como hemos visto, no hay un *concepto unitario* de esta fuente de obligaciones extracontractuales en los sistemas jurídicos europeos.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Qué tipos de pretensiones restitutorias están cubiertas por dicha disposición? Ésta es, quizás, una de las cuestiones más delicadas que el tema en examen suscita.

A este respecto, hay que tener en cuenta el considerando 11 del Reglamento, en que se afirma que: “El concepto de obligación extracontractual varía de un Estado miembro a otro. Por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo”.

La *interpretación autónoma*, a la que aquí se hace mención, corresponde a una orientación constante del TJUE en la definición de los conceptos constantes de los reglamentos comunitarios de DIPriv. Deberá, por ello, presidir también la determinación de lo que sea enriquecimiento sin causa a los efectos del artículo 10 de Reglamento³⁰.

Dicha noción no puede, por consiguiente, tenerse como coincidente con el concepto de enriquecimiento sin causa de un particular sistema jurídico nacional, máxime el de la *lex fori*³¹. Al contrario,

²⁷ Sobre cuyos trabajos preparatorios pueden verse P. SCHLECHTRIEM, “Bereicherungsansprüche im internationalen Privatrecht”, en E. VON CAEMMERER (org.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse*, Tubinga, 1983, pp. 29 ss.; ID., “Internationales Bereicherungsrecht”, *IPRax*, 1995, pp. 65 ss.; y D. EINSELE, “Das Kollisionsrecht der ungerechtfertigten Bereicherung”, *Juristenzeitung*, 1993, pp. 1025 ss

²⁸ El texto original de dicha disposición dice lo siguiente: “(1) Bereicherungsansprüche wegen erbrachter Leistung unterliegen dem Recht, das auf das Rechtsverhältnis anzuwenden ist, auf das die Leistung bezogen ist. (2) Ansprüche wegen Bereicherung durch Eingriff in ein geschütztes Interesse unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Eingriff geschehen ist. (3) In sonstigen Fällen unterliegen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist”.

²⁹ “Nach Eintritt des Ereignisses, durch das ein außervertragliches Schuldverhältnis entstanden ist, können die Parteien das Recht wählen, dem es unterliegen soll. Rechte Dritter bleiben unberührt”.

³⁰ En este sentido también *Münchener Kommentar zum BGB/Junker*, Rom II-VO, artículo 10, nota n.º 11.

³¹ Sin embargo, véase, en éste sentido, C. BRIÈRE, “Le règlement (CE) n.º 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (‘Rome II’)”, *Clunet*, 2008, pp. 31 ss. (p. 50).

una interpretación autónoma del concepto debe afrontarse, antes todo, con referencia a los *objetivos* y al *sistema* del reglamento, lo que permite identificar un cierto número de materias que, como veremos a continuación, deben considerarse excluidas del ámbito de aplicación del artículo 10.

Por otra parte, en la calificación de sendas pretensiones de restitución habrá que abstraerse de los particularismos de cada sistema jurídico y adoptar un *criterio funcional*, que atienda esencialmente a las finalidades visadas por las reglas materiales en que se basan dichas pretensiones. Lo que podrá justificar la inclusión en el ámbito del artículo 10, por ejemplo, de la obligación de restitución fundada en la intervención ilícita en bienes ajenos aunque sea caracterizada como delictual por la *lex causae*³².

2. La exclusión de la *condictio indebiti* por invalidez del contrato

En la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 10 del Reglamento de Roma II, hay que tener en consideración, además, que también el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) disciplina en su artículo 12, apartado 1, alinea *e*), una hipótesis de enriquecimiento sin causa. Se dispone en ese precepto que: “La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: [...] *e*) las consecuencias de la nulidad del contrato”.

En la versión portuguesa, se refieren en esta disposición, más ampliamente, “las consecuencias de la invalidez del contrato”.

La obligación de restituir las prestaciones recibidas en cumplimiento de un contrato declarado nulo o anulado es así sometida a la *lex contractus*³³.

El Reglamento de Roma I se aplica, por tanto, a una obligación no contractual: la obligación legal de restituir lo que hubiera sido prestado en cumplimiento de un contrato inválido. Se trata, sin embargo, de una obligación que tiene una ligación sustancial al contrato, dado que la invalidez de éste es la fuente de aquella.

En estos supuestos, el Reglamento de Roma II no se aplica a la *condictio indebiti*, una vez que el Reglamento de Roma I opera en relación a él como una *lex specialis*³⁴.

Esta solución está de acuerdo con el carácter subsidiario que, como hemos visto, la pretensión de restitución con base en el enriquecimiento sin causa tiene en ciertos sistemas jurídicos. En esos sistemas, como el portugués, la propia declaración de nulidad o anulación del contrato opera la restitución al patrimonio de cada una de las partes de los bienes (o su valor) con que la otra podría enriquecerse a costa ajena; la restitución no se opera, por consiguiente, según las normas de enriquecimiento sin causa. En particular, la restitución debe hacerse por entero, aunque sea menor, en el caso concreto, el efectivo enriquecimiento ocurrido.

Correspondientemente, en el plano del DIPriv. no hay que aplicar en dichos supuestos las reglas de conflictos relativas al enriquecimiento sin causa, sino las que regulan el contrato y su validez.

Es cierto que el artículo 10, apartado 1, del Reglamento de Roma II conduce, en principio, al mismo resultado que el artículo 12, apartado 1, alinea *e*), del Reglamento de Roma I, gracias a la con-

³² Véase sobre el tema, con particular referencia a la *restitution for wrongs*, A. CHONG, “Choice of Law for Unjust Enrichment/Restitution and the Rome II Regulation”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 863 ss. (pp. 864 ss.).

³³ Cabe observar, a este respecto, que la misma solución fue acogida en el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; pero, al mismo tiempo, no obtuvo consenso en sus Estados miembros. Por un lado, porque, dado el carácter legal de esa obligación, no se debería de admitir con relación a ella, según algunos, que las partes pudieran influenciar la determinación de la ley aplicable al enriquecimiento mediante la elección de la ley aplicable al contrato, una vez que eso podría conducir a la aplicación de una ley sin cualquier conexión con los hechos. Por otro, porque, cuando la obligación de restituir sea un efecto de la invalidez del contrato (como sucede en Portugal: cf. el artículo 289, apartado 1, del Código Civil), sería más apropiado sujetar esa obligación a la ley aplicable a la causa de invalidez que a la *lex contractus*. El artículo 22, apartado 1, alinea *b*), del Convenio preveía, por ello, la posibilidad de que los Estados contratantes formularan una reserva al artículo 10, apartado 1, alinea *e*). Fue lo que hicieron el Reino Unido e Italia. Véanse, sobre el tema, E. JAYME, “L’articolo 10 della Convenzione di Roma del 1980 e l’arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato”, en T. TREVES *et al.* (organizadores), *L’Unificazione del Diritto Internazionale Privato e Processuale. Studi in Memoria di Mario Giuliano*, Pádua, 1989, pp. 523 ss.; y R. STEVENS, “Restitution and the Rome Convention”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1997, pp. 249 ss.

³⁴ Así P. HUBER/I. BACH, en P. HUBER, *Rome II Regulation*, Munich, 2011, p. 291.

xión accesoria que adopta; pero no es indiferente la sumisión de la *condictio indebiti*, en estos casos, al Reglamento de Roma I, una vez que no se aplicara en ellos la cláusula de escape del artículo 10, apartado 4, del Reglamento de Roma II, la cual, como veremos a continuación, permite bajo ciertas condiciones someter la obligación restitutoria a una ley distinta de la *lex contractus*³⁵.

3. La exclusión del enriquecimiento sin causa por infracción de un derecho de propiedad intelectual

Otra exclusión del ámbito de aplicación del artículo 10 resulta de lo dispuesto en el artículo 13, según el cual: “A efectos del presente capítulo, el artículo 8 se aplicará a las obligaciones extracontractuales que se deriven de una infracción de un derecho de propiedad intelectual”.

En estos supuestos, la obligación de restituir se regula, conforme al artículo 8, apartado 1, por la ley del país para cuyo territorio se reclama protección (*lex loci protectionis*). Dicha ley no podrá excluirse, según el apartado 3 de la misma disposición, mediante un acuerdo adoptado en virtud del artículo 14.

Sí, por ejemplo, el titular de una licencia explota el invento licenciado en infracción a los términos de ésta, su eventual obligación de restituir el enriquecimiento así obtenido es regulada por la *lex*

4. La exclusión del enriquecimiento sin causa derivado de relaciones familiares y sucesorias o de la infracción de derechos de personalidad

Por último, hay que tener en cuenta la exclusión de las obligaciones extracontractuales referidas en el artículo 1, apartado 2, letras *a)*, *b)* y *g)*, por fuerza de las cuáles lo dispuesto en el artículo 10 no se aplicará al enriquecimiento sin causa derivado de relaciones familiares y sucesorias y de la infracción de derechos de personalidad.

En estos supuestos, se aplicarán, por tanto, las reglas de conflicto nacionales o las que se contengan en otros actos jurídicos europeos.

IV. El régimen del Reglamento de Roma II: ley aplicable

1. La elección por las partes de la ley aplicable

El Reglamento de Roma II fue mucho más lejos que el Convenio de Roma en la materia de la elección por las partes de la ley aplicable a la obligación de restituir en el enriquecimiento sin causa. Efectivamente, el artículo 14, apartado 1, del Reglamento admite, dentro de ciertos límites, esa elección:

“Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan:

- a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien
- b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño.

La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros”.

Dicha facultad de elección de la ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales está justificada en el considerando 31 del Reglamento de la siguiente manera: “Para respetar el principio de autonomía de las partes y reforzar la seguridad jurídica, estas deben poder elegir la ley aplicable a una obligación extracontractual. Dicha elección debe ser expresa o las circunstancias del caso deben mostrarla con una certeza razonable. A la hora de establecer la existencia de un acuerdo, el órgano jurisdiccional debe respetar la voluntad de las partes. Es conveniente proteger a las partes más débiles imponiendo algunas condiciones a esta elección”.

³⁵ En este sentido, véase también S. SENDMEYER, “Die Rückabwicklung nichtiger Verträge im Spannungsfeld zwischen Rom II-Verordnung und Internationalem Vertragsrecht”, *IPRax*, 2010, pp. 500 ss.

Esta facultad refleja, por otra parte, el hecho de que, a pesar de la diversidad de funciones que el instituto desempeña, en el enriquecimiento sin causa se debaten esencialmente intereses particulares.

El artículo 10 del Reglamento consiente además, como veremos a continuación, una elección indirecta de la ley aplicable, una vez que admite la sujeción de la obligación de restituir a la ley aplicable a un contrato preexistente entre las partes.

2. La conexión accesoria

Una solución del tercer tipo mencionado *supra* fue adoptada en el artículo 10, apartado 1, del Reglamento de Roma II, que somete la obligación de restituir el enriquecimiento sin causa, en primera línea, a ley aplicable a una relación existente entre las partes, que posea un vínculo estrecho con dicha obligación: “Cuando una obligación extracontractual que se derive de un enriquecimiento injusto, incluido el pago de sumas indebidamente percibidas, concierna a una relación existente entre las partes, como por ejemplo la derivada de un contrato o un hecho dañoso, estrechamente vinculada a ese enriquecimiento injusto, la ley aplicable será la ley que regule dicha relación”.

La conexión accesoria así acogida tiene su paralelo en lo dispuesto en el artículo 4, apartado 3, del Reglamento en materia de responsabilidad extracontractual por hechos dañosos. Pero, al revés del artículo 4, en el artículo 10, la conexión tiene carácter imperativo (salvo en los casos en que las partes elijan la ley aplicable o en que haya de funcionar la cláusula de escape).

Han prevalecido en esta solución, según se retira de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales*, las consideraciones ya mencionadas que justifican la conexión accesoria, máxime las que se relacionan con la preservación de la armonía jurídica material: “El método de la conexión accesoria, confirmado por el apartado 1, reviste una importancia particular en este tema, por ejemplo en caso de exceso de los límites de un mandato o de pago de la obligación ajena. Esta es la razón por la que se establece como norma rígida. La obligación presenta en efecto un vínculo tan estrecho con esta relación preexistente entre las partes que *es preferible que la totalidad de la situación jurídica esté regulada por la misma ley*. Al igual que en el marco de la cláusula de excepción general del apartado 3 del artículo 3, la expresión ‘relación preexistente’ contempla, en particular, las relaciones precontractuales y los contratos nulos”.³⁶

Siempre que se aplique la regla en cuestión, la ley aplicable se determinará por referencia a las reglas de conflictos que cubren la relación existente entre las partes a la que concierne el enriquecimiento injustamente obtenido por una de ellas. Si ésta es una relación contractual, habrá naturalmente que acudir al Reglamento de Roma I; si es una relación legal, se estará a lo dispuesto en las reglas de conflictos del Reglamento de Roma II (en especial, las relativas a la responsabilidad extracontractual derivada de la práctica de un hecho dañoso).

Cumple notar que, a diferencia del artículo 4, apartado 3, la disposición en examen no exige que se trate de una “relación preexistente entre las partes”³⁷. La relación en causa puede, por tanto, constituirse al mismo tiempo que ocurre el enriquecimiento³⁸. Lo que está de acuerdo con la *ratio* del artículo 11, apartado 1, que persigue esencialmente la *coherencia* en la reglamentación material de obligaciones extracontractuales estrechamente conexas entre sí.

Una conexión accesoria del enriquecimiento sin causa a la ley reguladora de la responsabilidad extracontractual será posible, por consiguiente, en los casos de enriquecimiento por intervención en bienes ajenos de que resulten también daños a su titular (es, v.g., lo que ocurría en el ejemplo III *supra*)³⁹.

³⁶ Cf. el documento COM/2003/0427 final, *sub* artículo 9. El énfasis es nuestro.

³⁷ Sin embargo, véanse en este sentido, A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008, p. 501; y P. HUBER/I. BACH, *op. cit.*, p. 294.

³⁸ Así también G. FISCHER, “Ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag im europäischen Internationalen Privatrecht”, en J. BERNREUTHER y otros (organizadores), *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, Munich, 2010, pp. 151 ss. (p. 152), con más referencias.

³⁹ Las hipótesis de *restitution for wrongs* deben no obstante calificarse, según los editores de *Dicey, Morris and Collins*,

3. La aplicabilidad de la *lex communis*

A falta de una relación entre las partes, se aplicará, según el apartado 2, la ley del país donde las partes tengan su residencia habitual común en el momento en que se produjo el hecho que dio lugar al enriquecimiento sin causa: “Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada sobre la base del apartado 1 y las partes tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produce el hecho que da lugar al enriquecimiento injusto, se aplicará la ley de dicho país”.

Esta regla tiene un evidente paralelismo con la del artículo 4, apartado 2, del Reglamento, que somete igualmente la responsabilidad extracontractual a la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento en que se produzca el daño.

Además de corresponder presumiblemente a las expectativas de las partes, dicha regla favorece la coincidencia entre la ley aplicable y el tribunal competente, lo cual es recomendable desde el punto de vista de la buena administración de la justicia. Es lo que ocurriría en el ejemplo II mencionado *supra*, si el enriquecido fuera demandado ante los tribunales ingleses.

4. La aplicabilidad de la *lex loci conditionis*

Si las partes no tienen residencia habitual en el mismo país, determina el apartado 3 que la ley aplicable a la obligación de restituir es la del país en que se produjo el enriquecimiento: “Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada sobre la base de los apartados 1 o 2, será aplicable la ley del país en que se produjo el enriquecimiento injusto”.

Se incluyen en este supuesto, por ejemplo, las transferencias patrimoniales entre personas ausentes no afectadas como titulares por relaciones contractuales entre ellas (como la que se verificaba en el ejemplo I referido *supra*) y las situaciones de intervención en bienes ajenos que sean utilizados o explotados sin el consentimiento de su titular, pero de la que no resulten daños a indemnizar.

¿Pero que debe entenderse por país en que se produjo el enriquecimiento a los efectos de esta disposición?

El Reglamento no lo define. Sin embargo, por analogía con lo que establece el artículo 4, apartado 1, en materia de responsabilidad civil por hechos dañosos, se deben excluir como tales: a) El país donde haya ocurrido el *hecho generador* del enriquecimiento, cuando sea diferente del país donde se produjo este último, una vez que el elemento decisivo en la acción restitutoria es el enriquecimiento y no su hecho causal⁴⁰; y b) El país donde se hayan producido las *consecuencias indirectas* del hecho en cuestión (v.g. la retirada de dinero por el enriquecido de su cuenta bancaria, ocurrida en un lugar diferente del país donde esta está situada), dado su carácter a menudo fortuito e imprevisible.

Si el enriquecimiento se produjo en varios países, habrá que aplicar la ley local a las consecuencias del enriquecimiento ocurrido en cada uno de esos países o, como alternativa, encontrar el *centro del enriquecimiento*⁴¹.

A estos efectos, tiene interés considerar lo dispuesto sobre el *ubiquitous infringement* en el artículo 3:603(1) de los Principios CLIP (regla aplicable, según su artículo 3:605, a las acciones fundadas en el enriquecimiento injusto)⁴²: “En los litigios relativos a infracciones llevadas a cabo a través de medios ubicuos como Internet, el tribunal podrá aplicar la ley del Estado que presente los vínculos más

como relativas a una obligación extracontractual derivada de un hecho dañoso en el sentido del artículo 4(1) del Reglamento: cf. *op. cit.*, vol. II, p. 2307.

⁴⁰ Una propuesta del Parlamento Europeo en ese sentido fue rechazada en la posición común del Consejo y del Parlamento: véase, sobre el punto, A. DICKINSON, *op. cit.*, p. 504.

⁴¹ P. HUBER/I. BACH, *op. cit.*, p. 299.

⁴² Cfr. *Principios sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual*, elaborados por el Grupo Europeo Max Planck sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual (CLIP). Traducción al español de P.A. DE MIGUEL ASENSIO, disponible en http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Principios_CLIP.pdf. Véase, sobre esa disposición, el comentario de A. KUR en EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY (organización), *Conflict of Laws in Intellectual Property. The CLIP Principles and Commentary*, Oxford, 2013, pp. 314 ss.

estrechos con la infracción si puede considerarse que la infracción se produce en cada uno de los Estados de recepción de la señal”.

Para determinar qué Estado presenta los vínculos más estrechos con la infracción, el Tribunal tomará en consideración, según el artículo 3:603(2) de dichos Principios, todos los factores relevantes, incluyendo en particular:

- “(a) la residencia habitual del infractor;
- (b) el establecimiento principal del infractor;
- (c) el lugar donde se han llevado a cabo actividades sustanciales para el desarrollo de la infracción en su conjunto;
- (d) el lugar donde el daño causado por la infracción es sustancial con respecto al conjunto de la infracción”.

5. La cláusula de escape

Si resulta del conjunto de las circunstancias de la causa que la obligación de restituir fundada en el enriquecimiento sin causa posee una conexión más estrecha con otro país, se aplicará la ley de éste, *ex vi* del artículo 10, apartado 4, según el cual: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de un enriquecimiento injusto presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1, 2 y 3, se aplicará la ley de este otro país”.

Esto puede ser lo que ocurre en ciertos casos en que el enriquecimiento se produjo en un país donde sólo existe, por ejemplo, una cuenta bancaria del enriquecido.

Esta *cláusula de escape* es muy similar a las de los artículos 4, apartado 3, e 5, apartado 2, del Reglamento; valen con respecto a ella, por consiguiente, las consideraciones que, en la doctrina y la jurisprudencia, se hacen con relación a éstas, particularmente el *carácter excepcional* de su funcionamiento, que se infiere también de la exigencia en el artículo 10, apartado 4, de *vínculos manifiestamente más estrechos con otro país*.

Por otra parte, la cláusula no opera cuando la ley aplicable hubiera sido elegida por las partes al abrigo del artículo 14⁴³.

V. Balance

El régimen del Reglamento de Roma II sobre el enriquecimiento sin causa constituye un claro progreso ante la situación preexistente en los Derechos de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por una parte, gracias a la diversificación de las reglas de conflicto que consagra a este respecto; por otra, debido a la flexibilización que introdujo en la reglamentación de esta materia mediante la admisión de la elección por los interesados de la ley aplicable y de la cláusula de escape.

Sin embargo, el Reglamento se muestra insatisfactorio en algunos puntos. Destacaremos entre ellos: *a)* La exclusión de los supuestos relacionados con la infracción de los derechos de personalidad; *b)* La sujeción del enriquecimiento derivado de la infracción de derechos intelectuales, necesariamente, a la *lex protectionis*; *c)* Las dudas de interpretación que suscita la remisión a la ley reguladora de una “relación existente entre las partes”; y *d)* La indefinición de la ley aplicable a los supuestos en que el enriquecimiento resulte de hechos practicados en medios de comunicación ubícuos. Relativamente a estos puntos, se justificará, en el futuro, una revisión del Reglamento.

⁴³ Así también A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento “Roma II”*, Granada, 2008, p. 149.