

EL RECHAZO AL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA FIGURA DEL *FREE RIDER* EN
CHILE: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA CLÁSICA DISTINCIÓN DE ARISTÓTELES ENTRE
JUSTICIA CORRECTIVA Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA

The rejection of enrichment without cause and the figure of the free rider in
Chile: an analysis in light of Aristoteles classic distinction between corrective
justice and distributive justice

GEORGINA FERNANDA CÁCERES FUENTES*
Universidad Austral de Chile

Resumen

Este artículo constituye un breve estudio sobre la institución jurídica del enriquecimiento sin causa y la figura del *free rider* en Chile. En razón de que tienen importantes puntos de encuentro dado que, en ambas, nos encontramos con personas que sacan ventajas a costa de los demás. Lo que se plantea es una cuestión conceptual, una propuesta de categorización que intenta mostrar que las lógicas subyacentes a ambas figuras son compatibles. Con ese fin, se realiza un acercamiento a cómo ha sido tratado el principio del repudio al enriquecimiento sin causa en Chile, lo que comprende el derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia. Luego, se alude a algunas nociones sobre el *free rider*, las semejanzas entre ambas instituciones y, su emparejamiento con la justicia correctiva y distributiva. Para finalmente, realizar algunas precisiones terminológicas. Tras ese recorrido se concluye que, lo que está detrás del enriquecimiento sin causa es la noción formal de justicia correctiva y, lo que está detrás de la figura del *free rider* es la noción formal de justicia distributiva, ambas bajo la estructura planteada por Aristóteles, que es desarrollada en *La idea de derecho privado* de Ernest Weinrib.

Palabras clave

Enriquecimiento sin causa; *free rider*; justicia.

Abstract

This article constitutes a brief study on the legal institution of enrichment without cause and the figure of the free rider in Chile. Because they have important meeting points since, in both, we find people who take advantage at the expense of others. What is raised is a conceptual question, a categorization proposal that tries to show that the underlying logics of both figures are compatible. To this end, an approach is made to how the principle of repudiation of enrichment without cause has been treated in Chile, which includes positive law, doctrine and jurisprudence. Then, some notions about the free rider are alluded to, the similarities between both institutions and their pairing with corrective and distributive justice. Finally, make some terminological precisions. After this tour, it is concluded that what is behind unjust enrichment is the formal notion of corrective justice and what is behind the figure of the free rider is the formal notion of distributive justice, both under the structure proposed by Aristoteles, which is developed Ernest Weinrib *The Idea of Private Law*.

Key words

Enrichment without cause; free rider; justice.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Austral de Chile. Profesora ayudante de Derecho Privado, Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho. Universidad Austral de Chile, sede Valdivia, Chile. Correo electrónico: georgina_97@outlook.com, georgina.caceres@uach.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9201-9547>. Quiero dar las gracias a Sebastián Agüero-SanJuan por orientarme en todo este trabajo, con ideas, lecturas, sugerencias de enfoque y valiosas correcciones. Agradezco profundamente su ayuda en el desarrollo de este artículo, y en general, por su confianza, por mostrarme una mirada más amplia del derecho y por su compromiso constante con mi formación. También agradezco a Constanza Cadin, Camila Matamala, Diego Almonacid, y a Francisco Pérez por su disposición a ayudar y sugerencias. Y, del mismo modo, a los dos revisores o revisoras anónimas de esta revista por sus comentarios.

1. Introducción

En este artículo se analizará la institución jurídica del enriquecimiento sin causa (en adelante ESC) y la figura del *free rider* en Chile, a la luz de la clásica distinción de Aristóteles entre justicia correctiva y distributiva. Este trabajo es un breve estudio sobre los fundamentos del principio (y fuente de las obligaciones) del repudio al ESC¹, en relación con la figura del *free rider* de la teoría de los juegos. Pues, pareciera que, hay puntos de encuentro entre ambas instituciones. Esto es así, dado que en ambas nos encontramos con personas que sacan ventajas a costa de los demás. Por un lado, quien obtiene una atribución patrimonial que no le corresponde. Y, por el otro, quien se aprovecha de los beneficios de una colectividad.

De esta manera, el trabajo se estructura en tres apartados. El primero consta de un breve acercamiento a cómo ha sido tratado el principio del repudio al ESC en Chile. Lo que comprende el derecho positivo; cómo ha sido entendido por la doctrina, especialmente qué se ha dicho sobre su fundamento; y, qué han dicho nuestros tribunales de justicia en cuanto a la aplicación práctica tanto del principio, como de la acción *in rem verso*. El segundo, versa sobre una aproximación a la noción de *free rider*; las semejanzas entre ambas instituciones; y, su emparejamiento con las nociones de justicia correctiva y distributiva de Aristóteles. Y, el tercero, alude a algunas precisiones terminológicas que es conveniente tener en cuenta².

Antes de iniciar el análisis de estos conceptos es preciso aclarar los alcances de este trabajo. Así pues, lo que se plantea no es una cuestión sustantiva, sino que una propuesta conceptual de una estructura esclarecedora de conexiones que no son evidentes y que conviene explicitar, en razón de que las lógicas subyacentes son, a primera vista, compatibles. Del mismo modo, tampoco se pretende que se reemplace la equidad como fundamento del ESC, pues no se busca una confrontación, aun más, podría plantearse que esta puede coexistir con el fundamento que se propone. Y con eso, entenderse que, lo que está detrás incluso de la equidad misma, son argumentos irreductibles de justificación, referidos a la justicia correctiva.

Con esto se evidencia la importancia del estudio, pues tiene como fin una contribución a la sistematización del derecho, reivindicando una de las aristas del clasicismo jurídico que evoca la idea de la pasión por el orden y el equilibrio, con manifestaciones en la categorización coherente de los conceptos e intuiciones civiles³. La idea es que sea más fácil, tanto para los y las estudiosas del derecho como para los y las operadoras jurídicas, comprender las principales aplicaciones de estas figuras; poder diferenciarlas entre sí; o, quizás hasta extrapolar las lógicas que se presentarán a otras instituciones. Así las cosas, de manera ilustrativa e introductoria Figueroa Vásquez indica que: “*el análisis de la acción de enriquecimiento sin causa implica una suerte de ejercicio de los criterios de justicia y equidad más esenciales, facultad que no se presenta en otras figuras y que justifica, sobradamente, tanto este trabajo como cualquier otro que se haga sobre ella*”⁴.

2. Primer apartado: el tratamiento del ESC en Chile

2.1. Derecho positivo

Como cualquier estudio sobre alguna institución de derecho civil lo primero que hay que analizar es su consagración positiva, que normalmente encontramos en el Código Civil (en adelante CC). No obstante, en nuestro ordenamiento, al menos en el ámbito civil, no tenemos

¹ Se puntualiza que el énfasis de este trabajo radica en esta institución, lo que se refleja en la extensión y profundidad de su tratamiento. En contraste con la figura del *free rider*, la cual se analiza solo en sus aspectos fundamentales. Ello es coherente con que el encuadre de este estudio sea en el derecho privado.

² Su tratamiento al final del trabajo se explica en que, lo que se pretende no es definir conceptos previos ni determinar los alcances, pues ello se intenta explicitar todo el cuerpo del escrito. Su función es aclarar ciertos puntos que pudieron generar confusión luego de que se presente la idea principal y su desarrollo.

³ LIRA (1956), pp. 25-27; FIGUEROA (2010), p. 63.

⁴ FIGUEROA (1997), p. 2.

consagrados los principios generales en los textos normativos, a lo más, se podría decir que se aprecian en la expresión *espíritu general de la legislación* del artículo 24 del CC⁵. Por lo que, no existe en nuestro ordenamiento una consagración expresa del ESC que prescriba que el derecho chileno vigente repudia el enriquecimiento que no tiene causa y que, además obliga en términos generales y abstractos, a restituir las ganancias o el ahorro de gastos necesarios cuando estos no tienen un sustento jurídico⁶. Sin perjuicio de lo anterior, según Peñailillo es posible armar una base mínima de esta institución como fuente de las obligaciones, utilizando el artículo 578 del CC, en relación con el “hecho suyo” que provocó ese enriquecimiento; y el artículo 1437 del CC en los casos en que haya un “hecho voluntario”⁷.

2.2. Dogmática: ¿qué es lo que se ha dicho sobre el ESC en Chile?

Intuitivamente, a lo segundo que hay que prestarle atención es a qué se ha dicho sobre la institución analizada en nuestro país. Aunque como este estudio lo que busca es adentrarse no solo en el trato, sino que también en los fundamentos de esta institución, es necesario referirse a su origen histórico. En este sentido, se estima que el ESC proviene de la civilización helénica con aplicaciones más claras en el derecho romano⁸. De esta manera, se identifican sus primeras apariciones en el texto de Pomponio en el Digesto en el que se estima que: “no es conforme a la equidad natural el que alguien se enriquezca con perjuicio de otro”⁹. Del mismo modo, podemos ilustrarlo mediante el aforismo *nemo debet locupletari iniuste cum iactura aliena* que se traduce como: “nadie debe enriquecerse injustamente con perjuicio ajeno”¹⁰. Además, se señala que, el mismo Aristóteles, en su obra *Ética Nicomaquea* sostuvo que este sería un principio proveniente de la equidad que, con el tiempo, se fue transformando desde una premisa filosófica hasta tener alcances jurídicos¹¹.

La opinión dominante estima que la justificación del ESC está en la equidad, vinculada con la doctrina de Pothier quien refiere que, la obligación de restituir constituye una regla con origen en la equidad y que además tiene alcances consuetudinarios¹². Asimismo, también lo vinculan con los principios de equidad que subyacen a las reglas del artículo 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil chileno¹³. Una variación viene dada por Fueyo quien sostiene que, de las diversas tesis, la que ha primado es la que indica que su fundamento: “...corresponde a una construcción jurídica autonómica que se ha formado de modo consuetudinario y que se apoya en el valor superlativo de la justicia con participación incontestable de la moral”¹⁴. Entonces, si bien parece haber consenso en que su establecimiento fue a través de una convención social y que, su fundamento radica en la equidad, también hay otras posturas que identifican su base en la justicia, por ello, se precisará más adelante si hay diferencias o no entre ambas nociones. En todo caso, el autor indica que, según Francois Goré, en todas las posturas subyace un ángulo moral¹⁵.

⁵ PEÑAILILLO (2010), p. 424.

⁶ FIGUEROA (1997), p. 53; PEÑAILILLO (2010), p. 450.

⁷ PEÑAILILLO (2010), p. 452. De esta manera, el artículo 578 del CC señala que: “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”. Y el artículo 1437 establece que: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad”.

⁸ FIGUEROA (1997), p. 3. Otros hablan del procedimiento romano de la *per conditionem* y que, según Pernice y Girard, también encuentra su fundamento en la equidad. Citando a GORE (1949).

⁹ PEÑAILILLO (2010), p. 426; FUEYO (1990), p. 440; FIGUEROA (1997), p. 342. Citando a Pomponio, regla 26.

¹⁰ LÓPEZ (1555), pp. 7, 34, 17; DE RUGGIERO (1931), p. 629.

¹¹ FIGUEROA (1997), pp. 3-4, citando la obra traducida de Aristóteles.

¹² PEÑAILILLO (2010), p. 428; FIGUEROA (1997), p. 89. Citando a Colin, A. y Capitant, p. 887 que a su vez, se refieren a Pothier.

¹³ FIGUEROA (1997), p. 89; Código de Procedimiento Civil, de 1902. Según el cual, en términos amplios, las sentencias definitivas contendrán la enunciación de las leyes y, en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los que se pronuncia el fallo.

¹⁴ FUEYO (1990), p. 460.

¹⁵ FUEYO (1990), p. 460. Citando a FRANÇOIS GORÉ (1949).

Concretamente en Chile, el ESC se aborda desde una caracterización *bicéfala*, pues es entendido como principio general del derecho y como fuente de las obligaciones¹⁶. Por ello, para poder definirlo hay que tener presente este carácter dual. Como principio, se entiende que el derecho repudia el enriquecimiento a costa de otro sin que exista una causa que justifique ese enriquecimiento. Y como fuente de las obligaciones, se refiere a que ante la constatación de una atribución patrimonial sin una causa justificante, surge la obligación de restituir¹⁷. En su variante de principio opera como un elemento clave a la hora de interpretar disposiciones oscuras y, en cuanto fuente, sirve para corregir situaciones injustas que ya han ocurrido¹⁸.

Así las cosas, una de las más importantes cuestiones que rodean esta institución se refiere a sus requisitos en cuanto fuente de las obligaciones. Existen dos posiciones doctrinales, una clásica que exige varios requisitos para que estemos ante un supuesto de ESC y una moderna que los reduce a dos. La clásica exige enriquecimiento de un sujeto, empobrecimiento de otro, correlatividad entre ambos y ausencia de causa del enriquecimiento. Y la moderna, centra la atención en el enriquecimiento, por lo que, solo exige un enriquecimiento y, que tal, carezca de causa¹⁹. En este trabajo solo se abordarán los últimos dos elementos, es decir, el enriquecimiento y la ausencia de causa, ambos requisitos se desarrollarán brevemente.

En cuanto al enriquecimiento, la noción es amplia al comprender toda ventaja patrimonial, provecho o beneficio, como la adquisición de bienes corporales o incorporales; aumento del valor de estos; el enriquecimiento físico o intelectual; y, la liberación de una carga que se manifiesta como ahorro de gasto necesario²⁰. En cuanto a la ausencia de causa, esta es la que provoca esa inequidad que conviene corregir y que, al mismo tiempo, justifica la pretensión de reembolso²¹.

La idea central radica en que el derecho exige que toda atribución patrimonial sea jurídicamente justificable. Y, se advierte que lo que debe faltar para que se configure este supuesto no es una causa justa, sino que una causa legítima o aceptable por el derecho. Es decir, no es una cuestión de justicia, sino que, de la existencia de un acto válido, de una regla legal o de una norma consuetudinaria que justifique la atribución²². Es preciso tomar la distinción de Garzón, en el sentido de que, a diferencia de la legalidad que se confronta directamente con el derecho, la legitimidad tiene que ver con la conformidad con la moral²³. Entonces, volviendo la idea Goré, la cuestión macro que está detrás de esta institución, se conecta con moral.

Queda pendiente explicitar por qué se asume como presupuesto la tesis más actual. Y es, porque lo que las teorías buscan es explicar la manera más completa posible la realidad, en este caso, los supuestos en los que se puede aplicar esta institución. Cuestión que no logra hacer la tesis clásica ya que existen casos paradigmáticos de *ahorro de un gasto necesario* que no logran satisfacer todos los requisitos exigidos para aplicar el ESC (no hay un empobrecimiento correlativo) pero que, no obstante, es innegable que son supuestos de enriquecimientos que carecen de causa. El caso más conocido es el de los hoteles en la montaña²⁴. Pero también varios

¹⁶ PEÑAILILLO (2010), p. 423. Hay una problematización en cuanto a si se puede considerar fuente de las obligaciones en FIGUEROA (1997), pp. 41-46.

¹⁷ PEÑAILILLO (2010), p. 425.

¹⁸ PEÑAILILLO (2010), p. 459. Manifestaciones en el CC en cuanto principio: artículo 2325 sobre el derecho a ser indemnizado por el pago de daños de sus dependientes; artículo 1688 respecto a la posibilidad de restitución de lo que gastó o pagó al celebrar un contrato con un incapaz que fue declarado nulo; artículo 904 sobre el pago de las reparaciones necesarias que deben pagarse al poseedor vencido en el contexto de las prestaciones mutuas; en las reglas sobre la accesión, entre otras. FIGUEROA (1991), pp. 343-344.

¹⁹ PEÑAILILLO (2010), p. 429. En la misma línea, Corte Suprema, Rol N° 38343-2016, de 31 de enero de 2017.

²⁰ PEÑAILILLO (2010), p. 430. Se excluye el enriquecimiento futuro que no se pueda constatar. Pareciera que esta hipótesis se refiere a una cuestión temporal del momento para demandar. Se demanda cuando el enriquecimiento es potencial y, dependiendo si se materializa o no, el tribunal le puede dar la razón al actor y ordenar la restitución. Sobre el enriquecimiento moral se discute, pero hay una tesis que postula que puede ser admitido siempre que este produzca un enriquecimiento patrimonial demostrable. FUEYO (1990), pp. 456-457.

²¹ PEÑAILILLO (2010), p. 434.

²² PEÑAILILLO (2010), p. 435.

²³ GARZÓN (1998), p. 171.

²⁴ PEÑAILILLO (2010), p. 432, citando a Álvarez Caperochipi, que a su vez reformula un ejemplo de Von Caemmerer, sobre un sujeto que construye un hotel en una montaña, que al construir un dique lo libra a él y al pueblo cercano de una inundación. En el mismo sentido RÍOS (2018), señala: Hay dos hoteles en la montaña, y el que está más arriba construye un muro para minimizar el riesgo de daños por

que derivan de la jurisprudencia: “...el dique que un sujeto construye para proteger su fundo y que, simultáneamente protege a un pueblo vecino; el de un agricultor que para su molino efectúa obras en un río, que aumentan la captación de agua, y que beneficia a otros molineros río abajo; el de otro que extiende red eléctrica para urbanizar un predio suyo, beneficiando a vecinos que logran electricidad para ellos a más bajo costo; y el caso del sujeto que, en ejercicio de su derecho, efectúa mejoras forestales en su predio, que confiere beneficio meramente estético al vecindario”²⁵.

En la misma línea, en aras de la tesis moderna, se distingue entre el daño generado, que representaría el empobrecimiento y, el enriquecimiento mismo. Aquí no hay una cuestión correlativa, no se cubre un empobrecimiento (como sí se hace en las acciones indemnizatorias), pues en la acción *in rem verso* se determina si existe una obligación de restituir por quien no tiene causa para retener, solo el monto del enriquecimiento²⁶. Por ello se precisa que el concepto adecuado a estos efectos es *atribución patrimonial* que da cuenta de todo ingreso a un patrimonio y que, si este ingreso carece de causa justificante, debe ser impedido²⁷. O sea, que se trata no solo de traslados de riqueza de un patrimonio a otro, sino que también incluye supuestos de liberación de una carga, como la disminución de una deuda.

Continuando con su vertiente como fuente de las obligaciones, importa mencionar que se materializa en una acción restitutoria llamada *in rem verso*, mediante la cual se busca que quien se enriqueció de forma no amparada por el derecho sea obligado a restituir esa ventaja obtenida. Esta acción es de origen doctrinal y jurisprudencial, por lo cual no tiene un estatuto que permita conocer en detalle sus características, aunque siempre se puede acudir a las reglas generales teniendo en cuenta que es de carácter patrimonial y personal²⁸. Además, está reservada solo para los casos en que no haya otra acción para dirigirse en contra del enriquecido (excluyendo los supuestos de negligencia), pues es subsidiaria²⁹.

En esta arista, solo queda puntualizar que, si seguimos la doctrina moderna, hay que aclarar quién es el o la titular de dicha acción. En razón de que, para esta tesis, no es necesario que haya un empobrecimiento correctivo para que estemos ante un supuesto de ESC. Solo basta una atribución patrimonial y que esta, carezca de una causa legítima. Por ello, podría haber dudas respecto de quién tiene legitimación activa para impetrar la acción, en vista de que nadie se empobreció correlativamente producto del enriquecimiento de otro. Así las cosas, pese a que no haya empobrecido, en todo caso, el enriquecimiento ocurre por un hecho y, es en ese hecho, en donde encontramos el vínculo con el titular de la acción, que es el sujeto al que le corresponde tal enriquecimiento³⁰. En el ejemplo anterior, quien construye el dique para proteger su fundo.

Ya en una línea aparte, corresponde revisar las manifestaciones del ESC como principio en diferentes instituciones jurídicas y en las normas que las sustentan. Así, Fueyo sostiene que hay legislación particular que tiene como *ratio legis* la doctrina del enriquecimiento injusto³¹. En estos supuestos podemos encontrar casos en los que se identifican conductas culposas y en otros en que no está este elemento subjetivo, donde solo se atiende a la pretensión del ordenamiento de preservar el equilibrio y evitar situaciones que el autor denomina injustas³².

la avalancha. El hotel 2 se enriquece, en el sentido en que no sacó dinero de su patrimonio para contribuir en la construcción y mantenimiento del muro. Aquí hay un enriquecimiento, pero para el hotel 1 no hay un empobrecimiento correlativo.

²⁵ PEÑAILILLO (2010), p. 441.

²⁶ ÁLVAREZ (1979), p. 86. Citado por PEÑAILILLO (2010), p. 431. Ej. A deja su parcela. B se la da en arriendo a C. Cuando vuelve A la parcela está desocupada y tal como lo había dejado. No hay empobrecimiento, pero se obliga a la restitución del monto del enriquecimiento. Acción de daños no hay porque no hay perjuicios. También hay ejemplos en el campo de la propiedad intelectual, si alguien usa una licencia sin autorización del inventor, debe restituir el valor correspondiente, con independencia que el autor haya estado en condiciones de lanzar su producto o ceder su derecho a un tercero. Sobre la idea restitución véase FIGUEROA (1991), p. 340.

²⁷ PEÑAILILLO (2010), p. 432.

²⁸ PEÑAILILLO (2010), pp. 441-458.

²⁹ PEÑAILILLO (2010), p. 458; FIGUEROA (1997), p. 341. Se discute sobre la eventual exigencia de ausencia de culpa del titular de la acción.

³⁰ PEÑAILILLO (2010), p. 433.

³¹ FUEYO (1990), p. 443.

³² FUEYO (1990), p. 443.

Así lo ejemplifica en el pago de lo no debido (artículos 2295 a 2303); la agencia oficiosa (artículos 2286 a 2294); la accesión de una cosa mueble a otra (artículos 657, 662 inciso 2 y 663 inciso 2); el poseedor vencido con derecho a ciertos reembolsos (artículos 907 a 911); algunas reglas respecto de los regímenes patrimoniales del matrimonio; derechos de quien contrata con un incapaz y luego el acto se declara nulo (artículo 1688); derecho a reembolso del fiador que ha pagado la deuda en contra el deudor principal (artículo 2370), entre otras varias manifestaciones³³. De esta manera, el ESC sería el fundamento de los cuasicontratos, y no solo de estos, sino de diversas instituciones civiles³⁴.

Respecto a la noción de cuasicontrato, parece pertinente añadir la reconstrucción general que realiza De Ruggiero, quien señala que es razonable sostener que la obligatoriedad que deriva de los cuasicontratos pese a que proviene de la ley, se inspira en el principio que repudia el ESC y en la equidad natural³⁵. De este modo, podemos ver que, por ejemplo, en el pago de lo no debido, quien paga o *solvens* y quien recibe o *accipiens* no están unidos por vínculo alguno, de modo que, el pago que realiza el *solvens*, genera una situación de enriquecimiento sin una justificación jurídica. Esto es así, pues la intención del *solvens* es extinguir una obligación (lo que descarta que la causa sea la mera liberalidad), la que no se extingue, pues yerra y realiza el pago a quien no era su acreedor. Así, surge una nueva obligación para el *accipiens*, con fuente en este cuasicontrato, de restituir lo que no tiene causa para retener, fundado en el principio de proscripción del ESC³⁶.

Otra cuestión a considerar es lo relativo a los actos abstractos, porque surge rápidamente la duda de cómo es posible aplicar el ESC a un acto que *per se* carece de causa. Ello se reduce a que, en ciertos actos, normalmente, los efectos de comercio como la fianza o las letras de cambio, decir que carecen de causa, no se emplea en el sentido de que existan actos inmotivados. Sino que, estos títulos representativos de crédito son el resultado de una negociación que ha sido causada y, es en ella, donde se analiza su causa³⁷. Estas situaciones se dan porque tales efectos son por esencia, negociables y transferibles de forma sencilla, con lo que, para su libre circulación y la seguridad del tráfico jurídico se evita su impugnación por defectos en su causa original³⁸. Dicho de otro modo, no son abstractos en sí, sino que se consideran de esa manera solo en manos de un tercero, para el cual la existencia de un vicio en la causa es irrelevante³⁹.

Esta idea sobre los actos abstractos es reafirmada por Somarriva, quien a propósito del contrato de fianza señala: “*Se presentan éstos cuando tratándose de relaciones jurídicas entre tres personas, una queda por orden de la otra en situación de deudor frente a la tercera. Entonces la obligación del deudor para con el acreedor es de carácter abstracto, porque no existe vínculo de alguno de orden jurídico entre ellos, y la causa, hay que buscarla, no en las relaciones de estas personas sino en las que ligan al deudor con la persona por cuyo orden o iniciativa actúa*”⁴⁰. Por ello, para analizar si hubo o no un ESC en este tipo de actos (abstractos) es indispensable abocarse, sobre todo, a las relaciones que unen al fiador con el deudor, relación en la que la causa podrá ser la mera liberalidad o una remuneración, según sea el caso⁴¹.

³³ FUEYO (1990), pp. 442-451. Misma situación se podría afirmar respecto de la comunidad, para evitar que ciertos gastos necesarios sean soportados, en último término, solo por algunos comuneros.

³⁴ FIGUEROA (1991), p. 326. Entendidos estos como los establecidos en el artículo 2285 CC, pero dejando abierta la posibilidad de cualquier otro como el depósito necesario y la litis contestación, o incluso algunos atípicos.

³⁵ DE RUGGIERO (1931), p. 629.

³⁶ DE RUGGIERO (1931), pp. 637-641. En el ordenamiento chileno, esta es la acción de repetición o *in rem verso*, cuya contrapartida es la acción para repetir lo pagado (y poder pagar bien, a quien corresponde). Sin perjuicio de ello, interesa que en la reconstrucción de De Ruggiero de las instituciones civiles del derecho italiano, que luego se tradujo y concordó con el español, se habla de que la acción es la de *actio im debiti*, que es una de las varias *conditiones sine causa* con las que el derecho busca evitar los enriquecimientos injustos. Además, están: la *conditio ob causam datorum*, en la que se da algo en vista de una contraprestación que no se realiza; la *conditio ob causam finitam*, en la que se da algo con base en una relación jurídica ya terminada; y, la *conditio ob turpem ve iniustam causam*, en que la causa es contraria a las buenas costumbres. Estas últimas, se hace la salvedad, no se refieren a hipótesis cuasicontractuales.

³⁷ DUCCI (2000), p. 315.

³⁸ DUCCI (2000), p. 315. En la misma línea de ideas Somarriva cita a LEÓN (1983), pp. 40-41.

³⁹ DUCCI (2000), p. 315.

⁴⁰ SOMARRIVA (1943), p. 108.

⁴¹ SOMARRIVA (1943), p. 109. Cuestión similar ocurre en casos como la delegación y la estipulación a favor de un tercero.

Una última arista a mencionar someramente, en atención a la extensión y los objetivos de este trabajo, se refiere a la existencia de casos en que pareciera que el derecho chileno permite (y hasta ampara) el ESC. Dos casos se enuncian en Pino, sin embargo, solo se mencionará uno, el cual surge a propósito del desajuste en las prestaciones que puede darse en los contratos de compraventa que no pueden encuadrarse en supuestos de lesión enorme⁴². Pareciera que, en estos supuestos, es aun más adecuado el uso del término “sin causa” pues, pese que podríamos hablar de un enriquecimiento que pueda considerarse injusto, en todo caso, aquel tendría como causa justificante el contrato de compraventa. Por lo cual, no tendríamos un problema desde un punto de vista estructural⁴³.

2.3. Jurisprudencia: ¿qué han dicho los tribunales de justicia chilenos sobre el ESC?

En este apartado se expondrán las principales sentencias relacionadas con el planteamiento jurídico en cuestión. Según Pablo Letelier, que el ESC no tenga consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico no es un obstáculo para que tenga plena vigencia, por ello, nuestros tribunales lo utilizan en dos sentidos; como fundamento de acciones expresamente reguladas por ley y como fuente autónoma de obligaciones no reguladas expresamente en la ley⁴⁴. De este modo, el ESC tiene aplicación práctica tanto para fundamentar acciones que ya están reguladas, como acción autónoma mediante la acción *in rem verso*.

En cuanto principio, se ha fallado que respecto de diversas acciones, el propósito que se persigue por el ordenamiento es evitar un enriquecimiento no amparado por el derecho⁴⁵. En este sentido, la Corte Suprema señala que: “...lo relevante es que si bien nuestro legislador no ha regulado expresamente el enriquecimiento sin causa, lo cierto es que si estableció, como se adelantó, una serie de instituciones que se fundan en él. Así, la doctrina está conteste en que las reglas de las prestaciones mutuas, la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, la nulidad de los actos de un incapaz, las recompensas en la sociedad conyugal y la accesión, se inspiran en el referido principio”⁴⁶.

A modo de ejemplo, en materia de accesión, la Corte expresa que: “...la referida disposición se funda en el principio de enriquecimiento sin causa [...] el dueño del terreno extiende su dominio a lo edificado y plantado por un tercero, empero, aquello no es automático, puesto que la ley prevé el pago de lo edificado...”⁴⁷. En un mismo sentido, respecto del pago de lo no debido, esgrime que: “...dicho traspaso de dinero no tiene una causa jurídica que lo justifique, por lo que la demandada no se encuentra facultada para retenerlo, debiendo proceder a restituirlo a quien aparece vinculado con este hecho”⁴⁸.

En cuanto acción autónoma, conviene citar el fallo en el que se dedujo recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia dictada en el marco un juicio ordinario de “enriquecimiento injusto”, la Corte lo rechaza, aduciendo que: “Los preceptos que al ser aplicados permiten resolver la cuestión controvertida [...] conforme a la doctrina han permitido configurar el instituto del enriquecimiento sin causa, tales como los artículos 10 del Código

⁴² PINO (2016), pp. 233-234.

⁴³ Sin perjuicio de ello, tras la revisión de los ejemplos, el autor, siguiendo a Finnis, concluye que la justicia correctiva no nos entrega criterios para establecer los casos en que el derecho debe intervenir. PINO (2016), pp. 233-234. Ello, no se contrapone a lo postulado en este trabajo dado que, la propuesta es solo de categorización, de entregar insumos para establecer cuándo nos encontramos en uno u otro supuesto (ESC o *free riders*). Lo que, a primera vista, podría tener una implicancia, relativa a la posibilidad de impetrar una acción procesal. Posibilidad que solo está contemplada en nuestro derecho para los supuestos de ESC (acción específica o, subsidiariamente la acción *in rem verso*).

⁴⁴ LETELIER (2018), p. 651.

⁴⁵ LETELIER (2018), p. 652. Quien además cita una amplia jurisprudencia que va en el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1282-16, de 22 de abril de 2016 (pago de lo no debido); Corte Suprema, Rol N°3551-15, de 20 de junio de 2016 (prestaciones mutuas); Corte Suprema, Rol N° 933-15, de 13 de enero de 2016 (prestaciones recíprocas al término del contrato de arrendamiento); Corte Suprema, Rol N° 6528-15, de 02 de julio de 2016, (acciones restitutorias reguladas en el CC); y, Corte Suprema, Rol N° 11069-15, de 29 de enero de 2016 (acciones restitutorias reguladas en leyes especiales).

⁴⁶ Corte Suprema, Rol N° 44324-2017, de 03 de septiembre de 2018.

⁴⁷ Corte Suprema, Rol N° 38887-2017, de 17 de diciembre de 2018.

⁴⁸ Corte Suprema, Rol N° 38343-2016, de 31 de enero 01 de 2017.

*Orgánico de Tribunales, 170 del Código de Procedimiento Civil y 578, 1437 y 2284 del Código Civil por tratarse justamente del articulado que resulta aplicable a la acción deducida en este proceso*⁴⁹. De este modo, nuestro derecho contempla una acción general y atípica que busca la restitución de las atribuciones patrimoniales que no tengan una justificación jurídica aceptable por el mismo⁵⁰. Además, añade que, pese a que no tiene tanta uniformidad en cuanto a sus requisitos (debido también a las disputas doctrinales), son rasgos constantes su carácter excepcional y subsidiario⁵¹.

Se puede agregar que, de la misma forma, el Tribunal Constitucional ha aplicado esta institución. Lo que se evidencia en la sentencia en la que rechaza un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre el artículo 162 inciso séptimo del Código del Trabajo, en la que se aduce que: *“El Tribunal Constitucional ha recurrido al criterio del enriquecimiento injusto a objeto de verificar que las potestades contractuales de las Instituciones Previsionales de Salud en un contrato de salud no pueden implicar el derecho a un enriquecimiento injusto de la parte que las impone en desmedro de la otra parte contratante débil (STC 2337, c. 8°). O que a nadie le debe reportar el provecho de su incumplimiento culpable, en un caso de no pagos de gastos comunes morosos (STC 2688, c. 3°). Y que la misma especificación del enriquecimiento es una cuestión que debe delimitar el juez de fondo que conoce de los hechos (STC 2985, c. 5°)”*⁵².

A modo de síntesis se puede afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico el rechazo al ESC tiene diferentes manifestaciones. En cuanto derecho positivo, se aprecia su falta de consagración expresa, propia de los principios generales del derecho privado, por lo que, son relevantes las construcciones doctrinales que se han hecho al respecto. Sobre el tratamiento por la doctrina, destaca su carácter dual. Por un lado, como principio fundante de otras instituciones y, por el otro, como fuente de las obligaciones, enfatizando en que su fundamento es reconducible, por regla general, a la equidad. Y, por último, respecto a la jurisprudencia se puede afirmar que opera tanto como principio general como fuente autónoma de obligaciones. En virtud de que, tanto los tribunales de instancia, como las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, lo han utilizado para fundar sus fallos en diversas materias en tanto principio y se han resuelto controversias planteadas a través de la acción *in rem verso*.

3. Segundo apartado: problematización teórica en torno a su relación con la figura del *free rider* y las nociones de justicia

En este apartado se hará una sintética reconstrucción de cómo se ha entendido la figura del *free rider* y sus diferentes manifestaciones, enfatizando en que también se puede identificar en materias patrimoniales para evidenciar que tiene puntos de encuentro con el ESC. También se delimitan los casos de ESC comprendidos en este estudio. Para luego pasar la parte más medular, que comprende la exposición que hace Weinrib sobre lo postulado por Aristóteles y que da pie a la tesis que se plantea. Esta es, una propuesta formal referida a la categorización razonada de las figuras analizadas.

3.1. La figura del free rider y sus manifestaciones

En el marco de la teoría general del derecho, se estudia el derecho como un fenómeno social, el cual no es un fin en sí mismo sino un instrumento para contribuir a la supervivencia, pero también para resolver problemas de interacción⁵³. En este sentido, el sistema jurídico sirve

⁴⁹ Corte Suprema, Rol N°19197-2017, de 08 noviembre de 2017.

⁵⁰ LETELIER (2018), p. 653. Cita jurisprudencia en la que se admite la *actio in rem verso*: Corte Suprema, Rol N° 37023-15, de 2 de junio de 2016; Corte Suprema, Rol N° 14298-16, de 12 de marzo de 2016, entre otras. Además, este autor añade, un fallo en el que la Corte expresamente rechaza la tesis de que nuestro ordenamiento no admite dicha acción en: Corte Suprema, Rol N° 4588-15, de 7 de marzo de 2016.

⁵¹ LETELIER (2018), p. 653.

⁵² Tribunal Constitucional, Rol N° 3722-2017, de 19 de abril de 2019. En la causa desestima el recurso pues, considera que el que se enriquece es el empleador que no paga las cotizaciones y no el trabajador que tiene su causa en obligaciones legales con sustento constitucional esencial. En dicho fallo, a su vez, menciona los siguientes: Tribunal Constitucional, Rol N° 2337, de 1 de octubre de 2013; Tribunal Constitucional, Rol N°2688, de 27 de enero de 2015; Tribunal Constitucional, Rol N° 2985, de 12 de abril de 2018.

⁵³ MORESO Y VILAJOSANA (2004), pp. 25, 28 y 34.

como instrumento para conseguir ciertos objetivos colectivos para los cuales es necesaria la modificación de los incentivos que guían la conducta de las personas⁵⁴. Teniendo esto presente, se puede enunciar que en la interacción social nos encontramos con dos tipos de problemas; con problemas de coordinación y con problemas de cooperación. Y, situándonos en este último, con los *gorrones*, *polizones* o *free riders*.

Los *free riders* son sujetos que se aprovechan, sin aportar, de los bienes generados a partir de la cooperación de los demás. Este aprovechamiento resulta imposible de privar, pues afecta a los bienes públicos que tienen el carácter de ser indivisibles⁵⁵. Se dice que el *free rider* es un subtipo del dilema del prisionero, entendido como un problema de interacción en el que los sujetos siguiendo su autointerés obtienen soluciones colectivamente ineficientes⁵⁶, aquí, podemos ver lo mismo, pues la acción de un sujeto que busca su propio interés va en desmedro del bienestar colectivo. Sin embargo, pese a que la estructura de interacción es parecida, los *free riders* se caracterizan en que su falta de contribución no necesariamente perjudica al resto que si aporta⁵⁷.

Ahora bien se puede enfatizar que, respecto del mínimo común normativo que identifica Hart, es decir, aquellos aspectos esenciales que deben estar regulados por el derecho, ante la verdad obvia de que las personas tenemos comprensión y fuerza de voluntad limitada, Moreso y Vilajosana indican que el derecho debe actuar como: “...*garante de la cooperación contra los gorriones o free riders [pues]: no es viable una sociedad en la que todos sus miembros sean free riders*”⁵⁸. Lo que reafirman al agregar que: “...*las normas jurídicas pueden contribuir a que se generen y mantengan los bienes públicos (que todos desean) obligando a la cooperación de todos*”⁵⁹. De esta forma, se puede apreciar someramente en qué consiste este problema y la función que el derecho está llamada a realizar luego de identificarlo, es decir, de regulador y garante de la cooperación.

En el mismo sentido, Alfred Font, señala que: “*Para que la cooperación surja y permanezca estable entre agentes económicos racionales [...] es condición necesaria que cooperar esté en nuestro interés y que nuestra cooperación no sea vulnerable a la explotación, es decir, que exista algún mecanismo de defensa o de represalia que proteja al que coopera de la explotación de los que no cooperan*”⁶⁰. De esto se desprende que, quienes no cooperan y, por lo mismo, explotan a quienes sí, son los *free riders* y que es necesario que existan mecanismos jurídicos para intentar evitar este problema, compensar a quienes cooperan y/o sancionar a los que se aprovechan.

Además, Font examina la idea de *repartos justos* y esgrime que: “*Relacionar la noción de justicia con la noción de imparcialidad en los procedimientos de asignación es una aproximación que también ha hecho fortuna en la filosofía política y que a la vez, resulta muy intuitiva: si el que diseña una estructura no sabe qué lugar va a ocupar en ella tiene un incentivo claro para organizarla de forma que nadie pueda abusar de los demás*”⁶¹. Lo que es muy interesante para los efectos de este escrito, pues la figura del *free rider* está íntimamente relacionada con la idea de cooperación (más bien, con la falta de esta) y, esta a su vez, con la distribución de un beneficio o carga que tiene que llevar consigo una idea de justicia distributiva.

Por otro lado, es posible hacer el nexo con el ESC, pues los *free riders*, que hasta el momento solo se han analizado en el contexto del derecho general, tienen importantes manifestaciones en materias patrimoniales, en razón de que estamos hablando de bienes comunes. En atención a este punto, es interesante lo mencionado por Gordley al referirse a las objeciones aristotélicas a la propuesta platónica de abolir la propiedad, en cuanto a que no habrían incentivos para cuidarla. El autor cierra su argumento indicando que, para prevenir este

⁵⁴ FONT (2009), p. 17.

⁵⁵ MORESO Y VILAJOSANA (2004), p. 36.

⁵⁶ MORESO Y VILAJOSANA (2004), p. 35.

⁵⁷ MORESO Y VILAJOSANA (2004), p. 36.

⁵⁸ MORESO Y VILAJOSANA (2004), p. 32.

⁵⁹ MORESO Y VILAJOSANA (2004), p. 36. Paréntesis en el original.

⁶⁰ FONT (2007), pp. 66 y 164.

⁶¹ FONT (2007), p. 182.

mal (entre otros), lo único que se puede hacer es acercarnos a una distribución ideal de la riqueza⁶². La idea no es idéntica pero, igualmente, se puede realizar el nexo con quienes no aportan en la mantención de los bienes de propiedad común pero que, sin embargo, se benefician de los mismos. Siendo este, un problema de justicia distributiva que se refleja en la figura de los *free riders*.

Ya en el marco del derecho nacional, en materia de propiedad intelectual, Iglesias indica que este tipo de propiedad, por su naturaleza, no se le puede excluir el acceso de forma eficaz, por lo que, habría una falla del mercado y nos encontraríamos frente al problema del polizón o *free rider*⁶³. En sus palabras: “Para ello es imprescindible separar con claridad la protección constitucional de la propiedad tradicional, que supone bienes ya existentes y escasos, de la PI, que supone bienes en principio no existentes y que, una vez creados, tienen el carácter de “público”(es decir, no-rivales y no-excluibles)”⁶⁴. Misma lógica se divisa en los gobiernos corporativos en los que, hay una cantidad de activos que son de propiedad común y, por lo tanto, no existen incentivos para que los y las socias y/o accionistas inviertan en la administración de tales⁶⁵. Entonces, los que no lo hacen podrían aprovecharse de los beneficios comunes de forma parasitaria y, nuevamente, estaríamos ante el problema de los *free riders*⁶⁶.

Sin perjuicio de que el mayor desarrollo en torno al problema de los *free riders* sea propio del derecho extranjero, en Chile también tenemos manifestaciones. De manera que, han llegado a los tribunales de justicia problemas en los que, pese a que la cuestión principal no se refiera a la existencia de *free riders*, sí se ha utilizado este concepto por las partes para hacer sus alegaciones. De modo ejemplar, en el 24º Juzgado Civil de Santiago, se discutió si hubo actos de competencia desleal, en el que una de las partes invocó el: “*aprovechamiento del trabajo y de la infraestructura de un agente de mercado para obtener una ventaja*”⁶⁷. Del mismo modo, en el 1º Juzgado Civil de Rancagua, se discutió sobre la existencia de una comunidad de bienes adquiridos durante el matrimonio (bajo el régimen de separación de bienes), en el que la demandada argumentó que como el demandante no asumió deudas, de declararse la existencia de comunidad, habría una situación de *free riders*, lo que el derecho repudia en los cuasicontratos en los que se busca evitar el ESC⁶⁸. Además, aquí se aprecia la conveniencia de contar con herramientas que permitan distinguir entre ambas figuras.

Otro aspecto relevante que da cuenta de sus expresiones en Chile se relaciona con la defensa de la libre competencia. Ámbito en el que, además de que hay sentencias que se refieren a este fenómeno⁶⁹, de modo ilustrativo, se indica que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, emitió un informe a propósito de una licitación pública de un puerto. En él se refirió a la preferencia de que se desarrolle el proyecto considerando un esquema *monooperado de concesión*, para que, entre otras consideraciones, se fomente la inversión y se evite el problema de los *free riders*⁷⁰.

Además, desde una visión más amplia (volviendo al derecho en general), se puede señalar que en torno a esta figura importa el análisis económico, pues, la existencia de esos sujetos aprovechadores repercute en el mercado⁷¹. El que no podrá funcionar de manera eficiente, por

⁶² GORDLEY (2013), p. 18.

⁶³ IGLESIAS (2021), pp. 266 y 269.

⁶⁴ IGLESIAS (2021), p. 296.

⁶⁵ En un sentido similar Goldenberg se refiere al problema de los *free riders* en Chile (sin comprometerse con que este sea el particular fenómeno en el caso que analiza), a propósito de los acreedores que sin poder de negociación podrían beneficiarse de las condiciones obtenidas por los que sí tienen poder de negociación. Lo que, además, podría relacionarse con las fallas en el mercado en la distribución de los recursos. GOLDENBERG (2016), p. 155.

⁶⁶ LEFORT (2003), p. 211; GOLDENBERG (2016), p. 155.

⁶⁷ 24º Juzgado Civil de Santiago, Rol Nº C-25666-2019, de 22 de junio de 2012.

⁶⁸ 1º Juzgado Civil de Rancagua, Rol Nº C-15160-2011, de 11 de julio de 2013. Situación similar conoció el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, en el cual se alegaron prácticas antisindicales en la que los demandantes reclamaron ser perjudicados por incurrir en gastos por su participación en un sindicato, mientras que los trabajadores no sindicalizados, recibieron los mismos beneficios sin contribuir con su parte. Aludiendo igualmente a esta figura. Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, Rol Nº T-20-2011 de 22 de diciembre de 2011.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol Nº 67-2008, de 17 de junio de 2008.

⁷⁰ Informe Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Nº 10-2014, Rol Nº 415-13, de 10 de enero de 2014.

⁷¹ GREGORY (2012), p. 220.

ejemplo, si nos situamos en el supuesto de que queremos ofrecer una función de fuegos artificiales, a ella todos podrán acceder, independiente si compran o no boletos. De este modo, se propicia ese aprovechamiento⁷². En relación con esta idea de costo-beneficio, conviene acudir a Cento, quien, desde el análisis económico del derecho, afirma que: *“Si la regulación procura ser efectiva debe ser diseñada prestando atención a los costos y a las respuestas adaptativas de los regulados”*⁷³. Así las cosas, para una adecuada distribución de los bienes públicos, y para mitigar los efectos de los *free riders*, es conveniente tener en cuenta la eficiencia, pues el razonamiento económico ayuda a entender cómo reaccionan los sujetos ante la existencia (o no) de incentivos para la cooperación.

En esta misma línea argumentativa está nuevamente Font, quien señala que lo que el derecho hace es introducir un coste a las conductas de los sujetos regulados, limitando su libertad acción y, con ello, modificando los incentivos iniciales que los llevan a actuar⁷⁴. Esto se hace cuando dicha modificación es útil para la sociedad, de modo que, se introduce el concepto de *interés general*⁷⁵. Además, se identifica que el análisis económico y esta necesidad restringir los comportamientos proviene de dos elementos que se ligan a la existencia de *free riders*, que son: *“la escasez de recursos y el conflicto de intereses derivado de ella”*⁷⁶. Esta idea es sintetizada por el autor de la siguiente manera: *“La primera obligación del Estado sería cambiar los incentivos del juego en los dilemas sociales y establecer un mecanismo que detecte a quien se aproveche de la cooperación de los otros sin cooperar él mismo a su vez (el llamado free rider o parásito) y le imponga un castigo en forma de coste futuro disuasorio. Si el mecanismo está correctamente diseñado se espera que el tramposo prospectivo haga un cálculo económico (coste/beneficio) que le inducirá a cumplir la ley y por lo tanto a actuar de acuerdo con el interés general”*⁷⁷.

En este punto importa que, dichas sanciones deben suponer un costo mayor que el beneficio de incumplir lo prescrito, para que sean efectivas al modificar la conducta y propendan a la cooperación⁷⁸. Lo que va de la mano además, con la posibilidad de una real detección y aplicación del castigo que, a la vez, asegure las expectativas de quienes si cooperan para que no sean víctimas de aprovechamiento⁷⁹.

3.2. Relación entre el ESC y la figura del free rider

A estas alturas, ya habiendo estudiado ambas, la pregunta es por qué o de qué manera cuando estudiamos el ESC es plausible considerar que tiene similitudes con el problema del *free rider* de la teoría de los juegos. A primera vista, pareciera que son cuestiones completamente diferentes, la primera estrechamente civil patrimonial, propia del derecho de las obligaciones y, la segunda, vinculada con la teorización y explicación del derecho. Sin embargo, pese a que obedecen a lógicas distintas tienen algo que las vincula, esto es, que se refieren a situaciones en las que hay personas o grupos de estas, que sacan ventaja, provecho o algún beneficio a costa de otras. Lo que se materializa en una atribución patrimonial concreta o en el aprovechamiento de los beneficios comunes sin aportar con lo propio.

Ahora bien, hay que dejar muy claro que, como ya se revisó, no todo enriquecimiento sin causa genera necesariamente un empobrecimiento correlativo. Pues, están las hipótesis de ahorro de gasto necesario, que son particularmente interesantes a estos efectos, ya que en ellas el enriquecimiento de un sujeto no implica que otro se empobrezca producto de ese enriquecimiento. En estos casos, no hay un traslado de riqueza de un patrimonio a otro, sino

⁷² GREGORY (2012), p. 220.

⁷³ CENTO (2006), p. 112.

⁷⁴ FONT (2007), p. 15.

⁷⁵ FONT (2007), 14.

⁷⁶ FONT (2007), 15. *Cursiva en el original.*

⁷⁷ FONT (2007), 26. *Paréntesis y cursiva en el original.*

⁷⁸ FONT (2009), p. 16.

⁷⁹ FONT (2009), p. 26.

que, el desembolso que realiza un sujeto impide que otro tenga que también realizarlo, pues para el segundo, era necesario. En estos supuestos, el titular de la acción actúa en interés personal y, de paso, beneficia a otro u otros que se ahorran ese gasto⁸⁰. Es ilustrativo el caso de quien construye un dique para proteger sus tierras y con ello, protege a las personas del pueblo cercano de las inundaciones y el conocido ejemplo de los hoteles en la montaña. Además, existen supuestos en los que pareciera que ambas figuras se solapan, como en la propiedad intelectual⁸¹.

Además, es menester explicitar que del hecho de que no sea necesario un empobrecimiento correlativo, no se deriva que en estos supuestos no haya una relación propia de las que encontramos normalmente en el derecho privado. Pues, de todas maneras, el sujeto enriquecido se vincula con el titular de la acción mediante el hecho generador de ese enriquecimiento. En otras palabras, el sujeto activo es quien realizó el hecho generador del enriquecimiento (quien hizo un desembolso, prestación o gasto) y es a este, a quien el ordenamiento jurídico faculta para accionar en contra de quien se benefició al ahorrarse un gasto que le era necesario. Por ello, se puede afirmar que el empobrecimiento correlativo es un hecho contingente en los supuestos de ESC. De este modo, el titular de la acción puede o no ser la persona que se empobreció correlativamente por el enriquecimiento del sujeto pasivo de la acción. Sin embargo, sí es necesario que este titular sea quien realizó el hecho generador ya que, con ello, se concreta el vínculo entre los sujetos involucrados.

Por lo tanto, este trabajo comprende todos los supuestos de ESC, es decir, aquellos en los cuales el vínculo bilateral se evidencia de forma clara, que son los casos en los que es visible el empobrecimiento correlativo al enriquecimiento. Y también, aquellos que advirtió la doctrina moderna, en los que no es evidente tal vínculo pues no hay correlatividad en el empobrecimiento, pero que, en todo caso, hay una relación que se forma mediante el hecho generador de la atribución patrimonial. Asimismo, en estos últimos supuestos, parece haber más puntos de encuentro con los *free riders* en los que no necesariamente hay alguien afectado por el aprovechamiento. Más adelante se desarrollará esta idea.

3.3. Argumentos de justicia de Aristóteles en Weinrib y planteamiento de la propuesta

En el contexto de la filosofía del derecho privado, está la obra de Ernest Weinrib titulada *La idea de derecho privado*, en la que el autor busca reivindicar el formalismo y la idea de que el derecho privado es autónomo tanto en su faceta de creación de conocimiento como en su faceta de justificación de sí mismo⁸². Y en ella, es iluminadora la idea tomada de Aristóteles de que, en el marco de un proceso judicial en el que hay un demandante que sostiene una pretensión en contra de un demandado por un cierto daño provocado, subyace la idea de justicia correctiva⁸³. Esto significa que, el aparato jurisdiccional para poder atribuir responsabilidad al demandado debe circunscribir este conflicto en una estructura de correlatividad, donde lo que justifica la indemnización es el daño provocado⁸⁴. Esto es así, pues la posición normativa de cada una de las partes está enlazada con la posición normativa de la otra, dando cuenta del carácter coherente del derecho privado, en relación con esta estructura bilateral⁸⁵.

De este modo, Weinrib expone la tesis de Aristóteles, presentando una estructura justificativa única que permite explicar las instituciones de derecho privado⁸⁶. Así, el autor da cuenta que esta rama del derecho tiene una estructura característica, en la que, lo que posibilita

⁸⁰ PEÑAILILLO (2010), p. 440.

⁸¹ La propiedad intelectual se revisó a propósito del *free rider* pero en la nota al pie número 26, se da cuenta que también es uno de los ejemplos ESC dados por la doctrina.

⁸² WEINRIB (2017), p. 258.

⁸³ WEINRIB (2017), p. 16.

⁸⁴ WEINRIB (2017), p. 16.

⁸⁵ WEINRIB (2017), p. 17.

⁸⁶ WEINRIB (2017), p. 52. Con relación a la aplicación de este tipo de justicia a las relaciones de derecho civil, BARROS (2006), pp. 929, 930, 933. En nota al pie 143, este autor citando a Gordley y a Weinrib, indica que la obligación de restituir las ganancias injustificadas (obtenidas producto de un hecho ilícito) se fundamentaría en la justicia correctiva.

una transferencia de recursos en un contexto litigioso es la conexión entre las partes⁸⁷. Presentando dos formas de ordenar el sistema jurídico que no se pueden combinar entre sí⁸⁸. Estas son la justicia correctiva y la justicia distributiva, que se presentan en términos matemáticos y que constituyen una teoría formal. La correctiva se refiere a la igualdad entre dos partes en una relación bilateral, que propende a volver al estado inicial de las partes antes del injusto. Y la distributiva, a una igual proporción en la distribución de un beneficio o una carga a participantes bajo un criterio⁸⁹. Entonces se puede afirmar que estas: “...proporcionan las representaciones más abstractas de la unidad de consideraciones justificativas”⁹⁰.

Respecto a la explicación y justificación teórica de las instituciones de derecho privado y en particular sobre estos dos tipos de justicia, es pertinente el estudio que realiza James Gordley. Él señala que dichas instituciones se explican mejor acudiendo a conceptos tradiciones⁹¹. En este sentido, acude al trabajo de teorización de las ideas de Aristóteles (y de Tomás de Aquino) realizado por la *Escolástica tardía* guiada por la concepción según la cual: “La felicidad humana residía en vivir una vida que fuese distintivamente humana. Una vida que tome en consideración, [...] las propias potencialidades como ser humano [que] puede actuar, no sólo por instinto sino por razón y voluntad”⁹². Con ello, el propósito que tendría la justicia correctiva sería permitirnos obtener las cosas necesarias para vivir dicha vida sin con ello disminuir “injustamente la parte de riqueza que les corresponde a los demás”⁹³. Mientras que, el objetivo de la distributiva apuntaría a asegurar que cada persona “pueda ser capaz de adquirir los objetos externos que necesita para vivir la vida que debería”⁹⁴. De esta manera, la distributiva operaría como una garantía de participación en la distribución de la riqueza bajo un determinado criterio (que dependerá del tipo de sociedad)⁹⁵.

Estos tipos de justicia también difieren en sus objetivos, de modo que, mientras el de la justicia distributiva es repartir y dar a cada persona su cuota de poder adquisitivo, el de la justicia correctiva es mantener esa cuota de los recursos que le pertenece⁹⁶. Concretizando este razonamiento, las relaciones de derecho privado son una cuestión de justicia correctiva por su estructura bilateral característica y que impiden el *auto-enriquecimiento*⁹⁷. Y más específicamente Aristóteles al caracterizar la justicia correctiva indica que esta: “Se centra en una cantidad que representa lo que pertenece legítimamente a una parte pero que está siendo ahora poseído injustamente por otra parte y que, por tanto, debe ser devuelto a su legítimo propietario”⁹⁸.

Estas ideas aristotélicas presentes en la reconstrucción formalista de Weinrib pueden aplicarse a diversas materias, pero en este trabajo, interesa postular que la justicia correctiva es el fundamento del ESC⁹⁹, en el que se puede apreciar esa estructura bilateral entre demandante

⁸⁷ WEINRIB (2017), pp. 89-90.

⁸⁸ WEINRIB (2017), p. 105.

⁸⁹ WEINRIB (2017), p. 90.

⁹⁰ WEINRIB (2017), p. 106.

⁹¹ GORDLEY (2013), p. 16. El autor, en línea con Weinrib, postula que a través de estos conceptos propios del derecho (de antigua tradición) se explican y justifican de mejor manera las instituciones de derecho privado que como lo haría el análisis económico del derecho a través de conceptos económicos. GORDLEY (2013), pp. 18 y 24.

⁹² GORDLEY (2013), p. 17.

⁹³ GORDLEY (2013), p. 17. Siguiendo las ideas de Aristóteles y Tomás de Aquino. En el mismo sentido PINO (2013), p. 94. Para De Aquino la restitución es un acto propio de la justicia conmutativa o correctiva, en sus palabras: “...la restitución es un acto de la justicia conmutativa, y esto tanto cuando la cosa de uno está en poder de otro por voluntad de aquél, como ocurre en el préstamo o depósito, como cuando está contra su voluntad, como en la rapiña o el hurto”. DE AQUINO (1990), p. 516. Lo que se conecta significativamente con la restitución a la que obliga el ESC en su variante de fuente de obligaciones.

⁹⁴ GORDLEY (2013), pp. 16 y 18.

⁹⁵ GORDLEY (2013), p. 18. Citando a ARISTÓTELES (1941), 1131b-1 132b.

⁹⁶ GORDLEY (2013), pp. 19 y 25.

⁹⁷ WEINRIB (2017), pp. 95-96 y 105. Pese a que en general se acepte la idea de que tras las relaciones de derecho privado subyace la justicia correctiva, se ha señalado por algunos autores como Pino, que esta justicia no logra explicar la variedad de herramientas de reparación de los sistemas de responsabilidad extracontractual del *common law*. PINO (2016), p. 232. Porque en ellas se podrían identificar consideraciones retributivas. BANFI (2017), p. 73

⁹⁸ ARISTÓTELES (1962), p. 160, en WEINRIB (2017), p. 96.

⁹⁹ Idea ya fraguada por los escolásticos tardíos que, siguiendo a Aristóteles y Tomás de Aquino, explicaron el funcionamiento del principio que repudia los enriquecimientos injustificados al conectarlo la justicia conmutativa o correctiva al tener en cuenta que el objetivo de esta era mantener la porción de riqueza que corresponde a cada persona. GORDLEY (2013), pp. 19-20.

y demandado¹⁰⁰. No es un impedimento para esto, que haya casos de ESC sin empobrecimiento correlativo, pues como se mencionó, lo que determina la acción es la existencia de una atribución patrimonial ilegítima y, el titular de la acción será quien se vincule con ese hecho generador de la riqueza. Además, interesa explicitar que, tampoco es un inconveniente que se trate de varias personas, pues, se mantiene la bilateralidad si tenemos presente el concepto de parte¹⁰¹.

Por otro lado, la categoría de la justicia distributiva se ajusta mucho mejor a la idea de *free rider*¹⁰², dado que, se habla de un determinado criterio en la repartición de un beneficio o una carga en una cierta colectividad, lo que permite situarse en los problemas de cooperación. Además, importa tener en cuenta que el problema del polizón es más amplio que una cuestión propiamente patrimonial, como podrían ser los ejemplos de quienes se aprovechan de que la mayoría de las personas se vacunen, usen mascarillas y otros útiles sanitarios en el marco de una pandemia, y quienes por cualquier motivo no lo hagan, igualmente se beneficien de la inmunidad o simplemente no se contagien. O bien, respecto al medio ambiente, quienes no contribuyen a cuidarlo o derechamente lo destruyen, igual pueden respirar aire moderadamente limpio y disfrutar de la sombra de los árboles. Estos son supuestos no reconducibles *a priori* a una cuestión patrimonial directa.

De este modo, se puede apreciar claramente la diferencia, tenemos por un lado una relación bilateral que es coherente con el ESC y, por el otro, una proporción en la que cada participante de un grupo de personas le corresponde un beneficio o una carga bajo un cierto criterio. Ayuda a la comprensión tener presente que su diferencia radica en la forma en la que se estructura una operación y no en el objeto que podría usarse en una u otra, es decir, en la diferente forma de interacción entre los sujetos involucrados¹⁰³. En este punto la explicación de Weinrib parece expresar la propuesta que aquí se plantea: *“Una ventaja injusta en un contexto distributivo es un abuso de un recurso común que disminuye el beneficio disponible para los otros participantes de la distribución. Tal abuso, sin embargo, afecta de modo particular a esos otros particulares solo de forma derivada: reciben menos individualmente porque hay menos que compartir para todos. Bajo la justicia correctiva, al contrario, el agente dañador disminuye directamente las posesiones de quien padece el daño, de forma que una sola operación enriquezca al primero a expensas del segundo”*¹⁰⁴.

Si bien no se pueden entender como ideas idénticas, su exposición sirve para comprender estas lógicas. Por ejemplo, que no se podría demandar a un *free rider* para reclamarle un desembolso patrimonial, pues no hay un hecho generador que una directamente a los involucrados. A diferencia del caso del ESC, donde lo que gatilla el enriquecimiento es ese hecho que legitima activamente al demandante para proceder en contra de quien no tiene causa para retener y que está íntimamente relacionado con ese hecho¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Cabe precisar que este autor en el capítulo VI de su obra *Corrective Justice*, realiza un análisis más detallado sobre el *injust enrichment*, para explicar, entre otras cosas, qué es lo que hace que un enriquecimiento sea injusto y, en consecuencia, surja la obligación de restitución o de *retransferencia del valor*, tomando elementos hegelianos y kantianos. Y explicando que, existe una donación defectuosa si hay falta de intención donativa del demandante y aceptación del demandado. No obstante, en este trabajo solo se intenta presentar someramente dos tipos de justicia para luego vincularlos con el principio del repudio al ESC y la figura del *free rider* pues el objetivo que se persigue es solo de categorización y diferenciación entre estas instituciones.

¹⁰¹ Código Civil, de 2000. El artículo 1438 indica que cada parte puede ser una o muchas personas.

¹⁰² Figura que escapa al derecho privado y que, dado que se vincula con los criterios distributivos, se encuadra mucho mejor en el derecho público. No es contradictorio con este trabajo identificar supuestos de *free riders* en el derecho patrimonial (las fronteras entre ambas ramas son difusas), pues la idea es obtener una herramienta conceptual o criterio que permita identificar si un determinado caso se encuadra mejor en el ESC o en el problema del polizón. Y la manera de identificarlo es atendiendo a la forma en la que se relacionan los sujetos involucrados. Es decir, si el problema es que hay menos que repartir en un contexto colectivo y, por lo tanto, no hay una conexión directa entre los agentes involucrados, el caso sería de *free rider*. Y, podría argumentarse que, en consecuencia, no habrá acción judicial para reclamar el provecho obtenido.

¹⁰³ WEINRIB (2017), p. 103. Esto sirve para no confundirse cuando se habla una u otra institución con respecto a los mismos supuestos.

¹⁰⁴ WEINRIB (2017), pp. 103-104.

¹⁰⁵ Aunque la diferencia es mucho más clara cuando tenemos un empobrecimiento correlativo.

4. Tercer apartado: precisiones conceptuales en torno a la propuesta

4.1. Cuestiones terminológicas que es conveniente precisar

En torno a lo que respecta este trabajo, conviene aclarar dos cuestiones que parecen pasar desapercibidas, pero que, si el estudio y el consiguiente desarrollo del derecho tiene por fin aclarar interrogantes, es necesario utilizar el lenguaje técnico de la forma más rigurosa posible. Por lo tanto, se desarrollarán dos sentidos en los que parece haber una falta de precisión conceptual.

En un primer sentido, el asunto radica en la misma denominación de esta institución, es decir, hay autores que si bien comentan (fundamentando o no) que es preferible hablar de *enriquecimiento sin causa*, hay otros que usan indistintamente otras nomenclaturas. Y, la más problemática por los conceptos que se utilizan en este escrito, es la de “enriquecimiento injusto”. Ya que al utilizar la voz *injusto* genera la sensación de que se está aludiendo a una noción moral en torno a la idea de justicia. Es por ello que conviene analizar brevemente la crítica que se hace en el derecho español, en la que Díez-Picazo esgrime que: “A la tesis del *enriquecimiento injusto* se la puede llamar de la *moralización de la vida jurídica, mediante la rectificación de los resultados de las operaciones jurídicas que se consideran indeseables, en aras de la valoración ética de los mismos*”¹⁰⁶. Entonces, se podría pensar que lo que se busca en este trabajo es esa moralización que advierte el autor.

Pero ¿por qué es tan necesario aclarar que no se trata de una propuesta sustantiva? Esto es, debido a las dificultades que históricamente han tenido las nociones morales, sobre todo, en torno a la idea de justicia. En este sentido, es útil la reconstrucción que hace Rodríguez en torno a las amplias discusiones en los diferentes planos de la moral. De esta manera, cuando se habla sobre lo moral, podemos estar refiriéndonos a una descripción de lo que cada parte sostiene acerca de cierta valoración; podemos estar ante una postura normativa acerca de cuál es la valoración correcta y los motivos por los cuales aquella es la mejor; o bien, podemos referirnos a una mirada más abstracta sobre lo que hacen quienes postulan una propuesta como correcta¹⁰⁷. Es decir, tenemos la ética descriptiva por un lado y la ética normativa por el otro, y a su vez, también podemos hablar de metaética que versa sobre el discurso de la ética normativa¹⁰⁸. Así las cosas, cuando los autores sostienen que hay enriquecimientos injustos, adoptan una postura normativa que repudia dichas situaciones al considerarlas incorrectas e intentar justificar por qué lo son.

Retomando la idea anterior, cuando se habla de *enriquecimiento injusto* parece evocar a la idea de que se reemplace la noción de causa por la noción de justicia¹⁰⁹ y tengamos que ir a las discusiones en torno a la moral. Sin perjuicio de que la noción de causa tampoco está exenta de discusiones¹¹⁰, al plantear una tesis normativa de cómo se debería entender o qué sería un enriquecimiento injusto, sería necesario adquirir un compromiso con alguna noción sustantiva de justicia y entrar a justificar por qué se cree correcta esta y no otra. Además si entendemos el enriquecimiento en estos términos, existe la posibilidad de que se use una moral interna o ética privada, no en la construcción doctrinal, sino que en la aplicación práctica del principio, lo que

¹⁰⁶ Díez-Picazo (1991), p. 36. Una postura que apoya el carácter moral de la regla es la de Ripert (una tesis moralista de la causa).

¹⁰⁷ Rodríguez (2020), p. 136.

¹⁰⁸ Rodríguez (2020), p. 137.

¹⁰⁹ Díez-Picazo (1991), p. 36. O defender una tesis moral sobre la causa. Según este autor, una postura que apoya el carácter moral de la regla es la de Ripert.

¹¹⁰ Peñailillo (2010), pp. 436-437. Sobre la noción de causa en el marco de esta institución se discute si puede separarse en dos (causa como elemento del negocio y causa como elemento que falta para que haya ESC) o si habría una visión unificada (la postura más aceptada es la de la unificación, donde la única es la final). De modo aclaratorio, está: la causa como requisito de existencia (artículo 1445 N°4 CC) definida como el motivo que induce al acto o contrato (artículo 1467 inciso segundo CC), que como es un concepto equívoco, se distingue entre causa eficiente (fuente jurídica), causa motivo (psicológico) y causa final (identificable en la estructura del acto).

podría eventualmente llevarnos quizás, a la arbitrariedad. Y así, desarticular la institución y privar de certeza jurídica a las personas¹¹¹.

Bajo esta postura, Figueroa Yáñez añade que: “*Algunos autores han denominado a esta institución “enriquecimiento injusto”, pero preferimos la expresión “sin causa”, pues el problema planteado no dice estricta relación con la equidad, sino con la falta de fuente de la obligación, con la falta de “causa eficiente”*”¹¹². Y, en este punto, independiente de cuál sea la noción de causa que constituye esta institución, importa reafirmar que no podemos hablar de aplicación directa de la equidad o *justicia* pues lo que el o la magistrada revisa (o debería limitarse a revisar) en el caso concreto, es si hay o no una causa amparada por el derecho que legitime el enriquecimiento. O volviendo a la idea de Peñailillo, que exista un acto válido, una regla legal o una norma consuetudinaria que justifique la atribución¹¹³.

Por lo tanto, para no tener que ir a analizar esas consideraciones, esta propuesta solo intenta mostrar qué se ha dicho sobre este principio general del derecho privado, para intentar categorizarlo. De esta manera, lo que se postula en este texto, no es entonces un planteamiento que permita conceder un espacio más amplio a los y las juezas para que funden sus fallos. Sino que pretende ilustrar que lo que está detrás del ESC es la idea de justicia correctiva, entendida como una categoría estructural, que permite entender esta institución de una manera más clara y diferenciarla de otras figuras que pueden parecer similares.

Y, este último planteamiento da paso al segundo sentido que merece precisión. Este se refiere a que los estudiosos del derecho en Chile están contestes en que el fundamento del ESC radica en la equidad, pero, en su mayoría entienden esta como sinónimo de justicia. Si hay consenso en que el fundamento está en la equidad y, si esta es sinónimo de justicia ¿tiene algo de novedoso hablar de justicia correctiva y distributiva? Inicialmente, se puede mencionar que no es nuevo que se hable indistintamente de ambos conceptos¹¹⁴. No obstante, en este contexto, si ambos vocablos significan lo mismo, no tendría utilidad esta propuesta. O, eso se podría pensar inicialmente. Lo que se sostendrá en lo sucesivo, es que de todos modos la tesis de este trabajo contribuye a la sistematicidad del derecho. Pero antes, es necesario explicar someramente la relación entre justicia y equidad.

Según Seguel, la doctrina chilena entiende la equidad natural como un criterio de interpretación que tiene como sustento la justicia inherente a la persona, y que se utiliza para solucionar supuestos de hecho en los que se podría llegar a afectar el principio de justicia¹¹⁵. Por otro lado, otros autores señalan que Aristóteles habla de la relación entre ambos conceptos y entiende lo equitativo, como lo justo pero que de alguna manera, es mejor que lo justo, porque pareciera que la justicia se puede extremar y la equidad vendría a ceder ante la posibilidad de error¹¹⁶. Según Corral Genicio, Aristóteles entiende la equidad como justicia, pero siendo la primera preferible pues, lo equitativo sería lo que es justo, pero con consideraciones que exceden la aplicación de la ley de una forma estricta, pues vendría a rectificar o equilibrar la mera justicia legal¹¹⁷. De este modo, se podría entender la equidad como una expresión más sofisticada u omnicomprensiva que la justicia misma, que se ve especialmente en la aplicación de las leyes y, por ello, pareciera ser un concepto más completo. Aunque, en todo caso, no exento de dificultades.

Sin perjuicio de que se podría realizar una reconstrucción mucho más elaborada y de que haya más visiones, pareciera que los y las autoras coinciden en la conexión entre justicia y equidad. Y esta, radica en la idea que Ruíz grafica claramente, entendiendo la equidad como: “[U]n criterio de justicia que toma en consideración no solo el sistema jurídico, sino también las

¹¹¹ DIEZ-PICAZO (1991), pp. 37- 41.

¹¹² FIGUEROA (1991), p. 346. Además señala que una causa sería legítima cuando su fuente es regular, es decir, un acto jurídico, un delito, un cuasidelito o una regla.

¹¹³ PEÑAILILLO (2010), p. 435.

¹¹⁴ Por ejemplo, véase HART (2009), capítulo VIII. En el que el autor asimila lo justo a lo equitativo.

¹¹⁵ SEGUEL (2018), p. 8.

¹¹⁶ ZAGAL Y RAMOS-UMAÑA (2020), p. 143 citando a ARISTÓTELES (1983).

¹¹⁷ CORRAL (2003), pp. 157-159.

*particularidades del caso, y que trata de darle una solución con un sentido moral y humano más que estrictamente legal*¹¹⁸. De esta manera, se puede apreciar la distinción entre ambas nociones generales que conviene tener en cuenta a la hora de estudiar las instituciones cuyo fundamento yace en ellas. De cualquier forma, independiente a que se puedan considerar lo mismo, en todo caso, se justifica esta propuesta, pues es un aporte postular que lo que está detrás del ESC es la justicia correctiva, que incluye la especificación de la *corrección* (aunque pudiese plantearse incluso una *equidad correctiva*) y, por otro lado, que la lógica que está detrás de la figura del *free rider* es de carácter distributivo, dado por una falla de justicia distributiva.

Un último asunto que parece adecuado mencionar se refiere a la reconstrucción que realiza Jiménez, quien resalta la ambigüedad que puede surgir a partir del término *principio* en este contexto. Indica que, o bien podría entenderse en un primer sentido, como una máxima para ordenar un conjunto de reglas o bien, en un segundo sentido, como un *estándar sustantivo de moralidad política*¹¹⁹. Indica que lo que tenemos es lo primero, es decir, un principio jurídico, descartando la noción como principio de justicia¹²⁰.

El autor evalúa el principio de repudio al ESC e intenta formular su finalidad acudiendo a Weinrib, según el cual, este buscaría dar protección a la agencia y la libertad de elección de quien realizó el hecho generador de la riqueza y que, de paso, benefició a otro sin tener la voluntad de hacerlo¹²¹. Pero estima, se requiere de un elemento adicional que proviene de Webb, para quien este principio vendría a proteger la voluntad en la disposición de sus cosas (y acciones, agrega Jiménez), es decir, la *protección de las titularidades privadas*¹²². De este modo, utilizando la idea de Priel, arguye que, quien obtiene una atribución patrimonial no justificada, el ordenamiento le impone la obligación de restituir porque el enriquecimiento le corresponde a su legítimo dueño y no a quien se enriqueció sin una causa justificante¹²³.

Señala que el principio enriquecimiento *injustificado* puede entenderse como una herramienta justicia correctiva, pero para que la justicia correctiva sea un principio de justicia, es decir, para que tenga fuerza moral, requiere que la distribución previa en las titularidades sea acorde a la justicia distributiva, es decir, un reparto justo según un determinado criterio o, en palabras de Rawls, bajo condiciones ideales¹²⁴. Pues, de otra manera, no se podría justificar la razón por la cual quien se enriqueció sin justificación deba restituir para volver al *status quo* anterior en el que habría una igualdad propia de justicia distributiva¹²⁵. No obstante, conviene reiterar que, lo que aquí se propone es solo una herramienta de categorización, por lo cual, basta que el principio que repudia el ESC sea entendido como principio jurídico que tiene como criterio la falta de fuente jurídica.

¹¹⁸ RUÍZ (2017), p. 173.

¹¹⁹ JIMÉNEZ (2019), pp. 440-443. El autor realiza esta distinción en cuanto principio jurídico, con base en ATIENZA Y RUIZ (1991) y, una obra propia de 2017. Y en cuanto principio de justicia, con base en DWORKIN (1986 y 1978).

¹²⁰ JIMÉNEZ (2019), pp. 440 y 442. Posición contraria, indica el autor, a la que se podría predicar, por ejemplo, de autores como Fueyo para quienes este principio se apoyaría en la justicia.

¹²¹ JIMÉNEZ (2019), pp. 443-447. Citando a WEINRIB quien se refiere a la autonomía del propietario al señalar que hay una ausencia de una intención donativa en la transferencia, lo que además conecta con la libertad de elección del demandado de aceptar un beneficio de forma no gratuita, es decir, una entrega no intencionada –sin ánimo donativo– que ocurre sin un intercambio equivalente. WEINRIB (2012), pp. 207-210, 222 y 227-228. Es conveniente recordar que la noción de enriquecimiento que se utiliza en este trabajo es más amplia que las transferencias, comprendiendo toda atribución patrimonial.

¹²² JIMÉNEZ (2019), pp. 447-448. Citando a WEBB (2009), p. 335.

¹²³ JIMÉNEZ (2019), p. 448. Citando a Priel, quien explica que el enriquecimiento corresponde al dueño y no al *poseedor actual*. En sus palabras: “An enrichment is deemed unjust because the person enriched is not entitled to it”. PRIEL (2014), p. 838.

¹²⁴ JIMÉNEZ (2019), p. 454. Refiriéndose a Rawls quien en el apartado 54 titulado *The Status of Majority Rule*, en *A Theory of Justice*, desarrolla las *condiciones ideales*. RAWLS (1971), p. 113 y ss.

¹²⁵ JIMÉNEZ (2019), pp. 450-454. Siguiendo a RIPSTEIN (2003); y HEVIA (2013). De forma ilustrativa Ripstein señala que para exigir derechos la distribución inicial o, más precisamente, la *estructura básica* de la sociedad debe ser más o menos justa. De modo que, si el derecho de daños quiere ser consistente debe aspirar a un cierto tipo de justicia en la distribución. RIPSTEIN (2003), p. 1843. Hevia, por su parte, en dos capítulos de su libro *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law* se refiere a la noción justicia distributiva analizada desde el derecho de contratos.

Conclusiones

Luego de analizar todos los puntos importantes sobre el tema en cuestión, cabe concluir que lo que fundamenta el ESC es la noción formal de justicia correctiva y, lo que fundamenta la figura del *free rider* es la noción formal de justicia distributiva, ambas bajo la estructura planteada por Aristóteles, que es desarrollada en el texto de Weinrib. Esta propuesta de análisis parece acertada en vista de la necesidad del ordenamiento jurídico de obtener explicaciones lo más coherentes posibles respecto a la manera en que funcionan y se relacionan las distintas instituciones que lo componen. De este modo, un planteamiento que pretenda dotar de sistematicidad y orden, parece sensato, teniendo en consideración lo ya mencionado, relativo a que las lógicas subyacentes tanto del ESC como del polizón, se emparejan con estos argumentos justificativos.

A lo último que se hará mención, es al hecho de que al inicio parecía dificultoso emparejar los dos elementos, debido al ámbito de aplicación en el que se circunscriben. No obstante, luego de revisar por un lado, cómo se ha desarrollado el ESC por la dogmática y por la jurisprudencia. Y tras ver cómo se ha entendido la existencia en el sistema de sujetos que sacan provecho de los beneficios de una colectividad sin ellos contribuir en su consecución. Al conjugar ambas visiones, resulta que los casos que se presentan como ejemplos de ambas figuras son tan similares que cuesta diferenciarlos entre sí. Lo que genera una sensación de desconcierto, contraria a la finalidad este trabajo de arrojar luz a estas hipótesis. Sin embargo, lo que aclara esta posible confusión, es la manera en que se relacionan los sujetos involucrados. De forma directa en el ESC, en una estructura bilateral propia de la justicia correctiva y de las relaciones de derecho privado. Y, de forma indirecta o derivada en el problema del *free rider*, bajo una estructura de distribución de beneficios o cargas.

Para cerrar estas consideraciones parece prudente resaltar que este estudio es solo una pequeña aproximación a todo lo que se puede examinar en torno a esta institución. Sobre todo, en relación a sus fundamentos. Pues, dado al uso transversal que posee es innegable su importancia en la práctica jurídica. Lo que es tarea de la filosofía del derecho privado, para continuar con su análisis en razón de que son múltiples los aspectos que se pueden ahondar, los que, en este trabajo solo fueron mencionados sin la profundidad que ameritan.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSÉ (1979): El enriquecimiento sin causa (España, Universidad Santiago de la Compostela).
- ARISTÓTELES (1962): *Nicomachean Ethics* (Traducc. Calvo, J.L., 2001, Madrid, Clásicos de Grecia y Roma, Alianza Editorial).
- ARISTÓTELES (1983): *Ética Nicomaquea* (Traducc. Gómez Robledo, A., México, Universidad Panamericana y Universidad Nacional Autónoma de México).
- BANFI DEL RÍO, CRISTIÁN (2017): "Relevancia del dolo en la responsabilidad extracontractual chilena: una relectura desde el derecho inglés", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Nº 2, Año 24), pp. 69-107.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CENTO VELJANOVSKI (2006): *Economía del derecho: Un texto introductorio* (Traducc. De la Maza, Íñigo y Mery, Rafael, Santiago de Chile, ediciones Universidad Diego Portales).
- COLIN, AMBROSIO Y CAPITANT, HENRI: *Curso Elemental de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones* (Madrid, Editorial Reus), tomo III.

- CORRAL GENICIO, JERÓNIMO (2003): "La noción de justicia en la retórica de Aristóteles", en: Revista Telemática de Filosofía del Derecho (Nº 6, 2002/2003), pp. 137-166.
- DE AQUINO, TOMÁS (1990): Suma de Teología III, Parte II-II (a), Q. 62, La restitución (Madrid, MCMXC, Biblioteca de autores cristianos).
- DE RUGGIERO, ROBERTO (1931): Capítulo XXIII Obligaciones derivadas del cuasi contrato en Instituciones de derecho civil, 4ª edición italiana (Madrid, Editorial Reus S.A.), volumen segundo, pp. 627-657.
- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS Y DE LA CÁMARA, MANUEL (1991): Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa (Madrid, editorial Civitas).
- DUCCI CLARO, CARLOS (2000): Derecho civil parte general, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FIGUEROA VÁSQUEZ, WALDO (1997): La acción de enriquecimiento sin causa (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.).
- FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO (1991): El Patrimonio (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO (1997): Capítulo XII La causa y el enriquecimiento sin causa en El Patrimonio, 2ª edición actualizada con la Ley Nº 19.335 de 1994 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO (2010): Capítulo V Estructura y características del Código Civil chileno en Curso de Derecho Civil (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- FONT BARROT, ALFRED (2007): Curso de negociación estratégica (Barcelona, Editorial UOC).
- FONT BARROT, ALFRED Y PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUIS (2009): "Capítulo 1: Derecho y economía", en: AA.VV., Derecho para no juristas. Una guía para entender el sistema jurídico (Barcelona, Eiciones Deusto), pp. 13-34.
- FRANÇOIS GORÉ (1949): L'enrichissement aux dépens d'autrui (Paris, Dalloz).
- FUEYO LANERI, FERNANDO (1990): Capítulo X El enriquecimiento sin causa a expensas de otro, con especial acento en su doctrina general y atípica en Instituciones de Derecho Civil Moderno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO (1988): "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" en: Doxa, Cuadernos De Filosofía Del Derecho (Nº 5), pp. 155-173. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.08> [visitado el 20 de mayo de 2023].
- GOLDENBERG SERRANO, JUAN (2016): "Mecanismos de protección a los acreedores en una sociedad de responsabilidad limitada infra-capitalizada. Análisis crítico y propuesta de solución", en: Revista Chilena de Derecho Privado (Nº 27) pp. 141-225.
- GORDLEY, JAMES (2013): "Los fundamentos morales del derecho privado (Traducc. Renzo Saavedra)", en: Revista Ius et Veritas (Nº 47, diciembre), pp. 16-35.
- GORE, FRANCOIS (1949): "L'Enrichissement Aux Dépens D'Austrui" (París, Librairie Dalloz).
- GREGORY MANKIW, NICHOLAS (2012): Principios de Economía, 6ª edición (Traducc. María Guadalupe Meza y Staines y María del Pilar Carril Villareal, México, Cengage Learning Editores).
- HART, HERBERT (2009): Capítulo VIII Justicia y Moral en El concepto de derecho, 3ª edición (Traducc. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot S.A), pp. 193-228.
- HEVIA, MARTÍN (2013): Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law (Toronto, Springer).

- IGLESIAS MUJICA, JUAN (2021): "Constitución y propiedad intelectual: Un nuevo marco para balancear la creación y acceso al conocimiento", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (número temático), pp. 255-302.
- JIMÉNEZ CASTRO, FELIPE (2019): "¿Es el enriquecimiento injustificado un principio de justicia?", en: Pereira Fredes, Esteban (Ed.), *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno* (Santiago de Chile, Rubicón Editores), pp. 439-464.
- LEFORT, FERNANDO (2003): "Gobierno Corporativo ¿Qué es? Y ¿Cómo andamos por casa?", en: *Cuadernos de Economía* (Año 40, Nº 120) pp. 207- 237.
- LEÓN HURTADO, AVELINO (1983): *La causa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LETELIER CIBIÉ, PABLO (2018): "Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general", en: *Revista lus et Praxis* (Año 24, Nº 2), pp. 649-670. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00649.pdf> [visitado el 06 de mayo de 2023].
- LIRA URQUIETA, PEDRO (1956): *El Código Civil y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LÓPEZ, GREGORIO (1555): *Glosa a las Partidas* (Salamanca, Andrea de Portonariis).
- MORESO, JOSÉ JUAN Y VILAJOSANA, JOSEP (2004): "Capítulo I. El derecho como fenómeno social", en: AA.VV., *Introducción a la teoría del derecho* (Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A.), pp. 21-40.
- PEÑAILILLO ÁREVALO, DANIEL (2010): "El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de las obligaciones", en: Tavolari Oliveros, Raúl (Dir.), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, edición bicentenario, *Doctrinas esenciales, Derecho Civil, Instituciones Generales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 423-460.
- PINO EMHART, ALBERTO (2013): "Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios", en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 21), pp. 89-135.
- PINO EMHART, ALBERTO (2016): "La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno", en: *Revista lus et Praxis* (Nº 1, Año 22), pp. 227-270.
- PRIEL, DAN (2014): "The justice in Unjust Enrichment", en: *University of Toronto Law Journal* (Vol. 63, Nº 4), pp. 533-569.
- RAWLS, JOHN (1971): *A Theory of Justice* (Cambridge, Harvard University Press).
- RÍOS LABBÉ, SEBASTIÁN (2018): *Curso de Derecho de Obligaciones*, impartido en el primer semestre del 2018, carrera de Derecho (Valdivia, sede Isla Teja, Universidad Austral de Chile, Inédito).
- RIPSTEIN, ARTHUR (2003): "The División of Responsibility and the Law of Tort", en: *Fordham Law Review* (Vol. 72, Nº 5), pp. 1811-1844.
- RODRÍGUEZ, JORGE (2020): *Teoría analítica del derecho* (Madrid, Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales).
- RUÍZ GALLARDÓN, ISABEL (2017): "La equidad: Una justicia más justa", en: *Foro, Nueva Época*, Universidad Rey San Carlos (Vol. 20, Nº 2) pp. 173-191. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5209/FORO.59013> [visitado el 20 de mayo de 2023].
- SEGUEL ESPINOZA, ROMANÉ (2018): "Alcance de la expresión "equidad natural" en el artículo 24 del Código Civil desde una interpretación historicista", en: *Revista Co-Lección* (Derecho Universidad Austral de Chile, Valdivia. Disponible en: <https://derecho.uach.cl/index.php/47-vcn/1741-revistaleccion.html> [visitado el 5 de noviembre de 2022].

SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL (1943): Tratado de las cauciones (Santiago, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda.).

WEBB, CHARLIE (2009): "Property, Unjust Enrichment, and Defective Transfers", en: Chambers, Robert; Mitchell, Charles y Penner, James (Eds.), *Philosophical Foundation of de Law of Unjust Enrichment* (Oxford, Oxford University Press).

WEINRIB, ERNEST (2017): *La idea de derecho privado*, Colección Filosofía y Derecho (Traducc. Paez Eze, Madrid, Editorial Marcial Pons).

WEINRIB, ERNEST (2012): *Unjust Enrichment en Corrective Justice* (Oxford, Oxford Legal Philosophy).

ZAGAL, HÉCTOR Y RAMOS-UMAÑA, LEONARDO (2020): "Justicia o equidad: Aristóteles y el juez que interpreta", en: *Revista Praxis Filosófica* (Nº 51), pp. 133-150.

JURISPRUDENCIA CITADA

HELICÓPTEROS DEL PACÍFICO LIMITADA CON MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DE LA CORPORACIÓN NACIONAL FORESTAL (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 17 de junio de 2008 (vulneración libre competencia), Rol Nº 67-2008, en: https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:CL+content_type:2/free+rider/vid/helic-pteros-pac-fico-conaf-agricultura-44544099.

HORMAZABAL CON SERVICIOS M (2011): Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso 22 de diciembre de 2011 (Tutela de Derechos Fundamentales), Rol Nº T- 20-2011, en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:CL/Sentencia+n%C2%BA+T-70-2011+de+Juzgado+de+Letras+del+Trabajo+de+Valpara%C3%ADso%2C+22+de+Diciembre+de+2011/vid/573426658>.

SOLICITUD DE LA EMPRESA PORTUARIA IQUIQUE (2014): Informe Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Nº 10-2014 10 de enero de 2014 (procedimiento no contencioso), en: https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:CL+content_type:2/free+rider/vid/informe-n-10-2014-910124788.

BANCO DE CHILE CON KURT FONSECA MARGARITA (2017): Corte Suprema 31 de enero de 2017 (Casación en la forma y en el fondo, civil), Rol Nº 38343-2016, en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:CL/Corte+Suprema%2C+Rol+N%C2%BA+38343-2016%2C+de+31+de+enero+01+de+2017./vid/banco-chile-kurt-fonseca-664710357>.

CABRERA GONZÁLEZ CON ARANGUIZ OJEDA (2017): Corte Suprema 8 de noviembre de 2017 (Casación en el fondo, civil), Rol Nº 19197-2017, en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:CL/Corte+Suprema%2C+Rol+N%C2%BA+19197-2017%2C+de+08+noviembre+de+2017./vid/cabrera-gonzalez-mirta-arangua-696286165>.

COMERCIAL HERNÁNDEZ CON SC JOHNSON (2012): 24º Juzgado Civil de Santiago 22 de junio de 2012 (Acción civil), Rol Nº C- 25666-2019, en: https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:CL+content_type:2/free+rider/vid/576252914.

GUERRERO AYANCAN MARÍA CON SERVIU X REGIÓN (2018): Corte Suprema 3 de septiembre de 2018 (Casación en el fondo, civil), Rol Nº 44324-2017, en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:CL/Corte+Suprema%2C+Rol+N%C2%BA+44324-2017%2C+de+03+de+septiembre+de+2018/vid/causa-n-44324-2017-743546373>.

MUÑOZ SOTO, JOSÉ LORENZO CON SERVIU X REGIÓN (2018), Corte Suprema 17 de diciembre de 2018 (Casación en el fondo, civil), Rol Nº 38887-2017, en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:CL/Corte+Suprema%2C+Rol+N%C2%BA+38887-2017%2C+de+17+de+diciembre+de+2018/vid/causa-n-38887-2017-755028865>.

ROJAS CON ZENTENO PINOCHET NÚÑEZ ABOGADOS ASOCIADOS (2019) Tribunal Constitucional 16 de abril de 2019 (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), Rol N°3722-2017, en: <https://app.vlex.com/#search/jurisdition:CL/Tribunal+Constitucional%2C+Rol+N%C2%BA+3722-2017%2C+de+19+de+abril+de+2019./vid/778909209>.

SALDAQA CON SÁNCHEZ (2013): 1º Juzgado Civil de Rancagua 11 de julio de 2013 (acción civil declarativa), Rol N° C-15160-2011, en: https://app.vlex.com/#search/jurisdition:CL+content_type:2/free+rider/vid/582102110.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

LEY N°1552, Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial, 30 de agosto de 1902.

DFL N°1, Código Civil. Diario Oficial, 30 de mayo del 2000.

DFL N°1, Código del Trabajo. Diario Oficial, 31 de julio de 2002.