

**Los ilícitos civiles a través de los lentes del victimario: el ilícito lucrativo como alternativa a la Responsabilidad Civil.**

**David Martínez Restrepo**

**Asesora: Felisa Baena Aramburo**

**Universidad EAFIT**

**2019**

**Resumen:** En Colombia las normas que regulan los ilícitos civiles parecen estar constituidas a partir de la visión de quien ha sufrido sus consecuencias. Debido a lo anterior, parece difícil concebir que un hecho ilícito cause consecuencias diferentes a un daño que deba ser indemnizado a través de la Responsabilidad Civil. El presente trabajo busca presentar una alternativa a la visión antes mencionada a partir del estudio de supuestos relacionados con ilícitos civiles cuya consecuencia es el enriquecimiento de quien ha cometido dicho ilícito, es decir, supuestos que se revisan desde la perspectiva del victimario y no desde la perspectiva de la víctima.

A partir de dicha perspectiva, se analiza la posibilidad de afirmar la existencia en el ordenamiento jurídico colombiano del supuesto de hecho del “ilícito lucrativo” y su correspondiente consecuencia: la absorción de ganancias. Para ello, el presente trabajo hace una revisión desde el punto de vista del derecho comparado que permite identificar los elementos propios de dicho supuesto en otras legislaciones en las que el ilícito lucrativo se encuentra expresamente consagrado, y posteriormente, revisa la existencia de dichos elementos en las normas de derecho civil más tradicionales de nuestro ordenamiento: el Código Civil y el Código de Comercio. Todo lo anterior para finalizar con una posible propuesta de *lege lata* o *lege ferenda* que permita la aplicación expresa de dichos supuestos en nuestro ordenamiento.

**Justificación de la pertinencia y relevancia del trabajo:** El presente trabajo es pertinente y relevante por varias razones. La primera de ellas resulta a partir de la necesidad de revisar nuestras normas desde la perspectiva del victimario, perspectiva radicalmente diferente a la que usualmente parece proponer nuestro ordenamiento (la de quien ha sido víctima de un ilícito). En segundo lugar, el presente trabajo es pertinente y relevante por la ausencia de otros trabajos que en Colombia hayan permitido identificar la existencia del supuesto de hecho del ilícito lucrativo, el cual, en nuestro concepto puede ser de gran utilidad práctica en el ejercicio del litigio, pues permitiría a los abogados adquirir nuevas herramientas para enfrentar casos en que las herramientas legales desde el punto de vista indemnizatorio no resulten satisfactorias. En tercer lugar, tras la realización de una revisión normativa preliminar, fue posible identificar algunas normas que parecen hacer referencia a este supuesto en el sistema jurídico colombiano, no obstante las mismas no han sido objeto de un amplio desarrollo, ni han sido nunca relacionadas con la existencia de este supuesto de hecho que resulta de ocurrencia común y que demuestra que las acciones meramente indemnizatorias o resarcitorias pueden resultar insuficientes para satisfacer algunos de los pilares filosóficos del derecho como la justicia. Por último, el presente trabajo encuentra su pertinencia y relevancia en el deseo de dinamismo y renovación del derecho civil a través de una eventual propuesta de *lege lata* o de *lege ferenda* que permita aceptar y adoptar abiertamente esta figura y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, sin perder de vista que el hecho de que esta existiera pareciera ya haber sido la voluntad del legislador original, quien la consagró en las normas que hasta ahora dieron lugar al presente trabajo.

#### **Objetivos Generales:**

1. Definir el supuesto de hecho denominado “ilícito lucrativo” y sus características.
2. Identificar la existencia o reconocimiento en la legislación civil colombiana del supuesto de hecho denominado ilícito lucrativo.

3. Determinar, a partir de la existencia o reconocimiento en la legislación civil colombiana del supuesto de hecho denominado ilícito lucrativo la solución o consecuencia de hecho propuesta por nuestro ordenamiento para el mismo.
4. Revisar si este supuesto de hecho hace parte del universo de la Responsabilidad Civil.
5. Realizar una propuesta de *lege lata* o *lege ferenda* según los hallazgos para permitir la aplicación del ilícito lucrativo y su consecuencia en Colombia.

**Estado del arte:** Tras las búsquedas preliminares de bibliografía realizadas para el presente trabajo fue posible constatar que actualmente, al menos en Colombia, no existe ningún texto, a excepción de un artículo del profesor Arturo Solarte Rodríguez que se cita en la bibliografía del presente trabajo, que trate el tema del ilícito lucrativo o se refiera a los supuestos de enriquecimiento a partir de un daño como un supuesto diferente al del Enriquecimiento Sin Causa o la existencia de una simple Responsabilidad Civil. Lo anterior permite además justificar la relevancia del presente trabajo, puesto que, de acuerdo con los objetivos planteados, el supuesto de hecho del ilícito lucrativo puede constituirse como un supuesto de hecho en sí mismo que merece una consecuencia propia, que puede o no estar relacionada con el Enriquecimiento Sin Causa o la Responsabilidad Civil. En todo caso, a juicio de este autor, en caso de existir en nuestro ordenamiento jurídico, el ilícito lucrativo debería tratarse como un supuesto de hecho independiente, autónomo y relevante.

Algo diferente puede evidenciarse en la bibliografía internacional que se relaciona en el presente trabajo en la cual sí parece identificarse la existencia de un supuesto de hecho independiente, que puede denominarse como ilícito lucrativo y que en algunos ordenamientos jurídicos tiene consecuencias jurídicas asociadas a la restitución más que a la indemnización. En todo caso, la doctrina internacional sí parece identificar y reconocer el problema generado por los supuestos en los cuales una conducta ilícita genera un enriquecimiento para el victimario y propone soluciones al mismo que deberán ser revisadas con detenimiento al momento de abordar el presente trabajo de investigación.

#### **Introducción y planteamiento del problema:**

Los supuestos de hecho consagrados en las normas colombianas y relacionados con la comisión de conductas contrarias al ordenamiento jurídico civil, es decir, con la comisión de ilícitos civiles, parecen estar relacionados en su gran mayoría con las consecuencias que recaen en quien sufre estas conductas. En otras palabras, nuestras normas de derecho civil parecen estar redactadas desde la perspectiva de la víctima, y se concentran principalmente en las consecuencias desfavorables que recaen en la víctima de los ilícitos cometidos para determinar los remedios a disposición de esta.

El caso más evidente de lo anterior es la estrecha relación que nuestras normas consagran entre la comisión de ilícitos civiles y la existencia de un daño. Buena parte de nuestras normas de derecho civil asocian, voluntaria o involuntariamente, la comisión de ilícitos civiles con la existencia de un daño y, en consecuencia, buscan asignar a dichos ilícitos consecuencias indemnizatorias como la responsabilidad civil ¿Estamos programados para revisar todos los supuestos de ilícitos civiles desde la perspectiva de la víctima? ¿Vale la pena revisar estos supuestos desde la perspectiva del victimario?

Es a partir de las dos inquietudes anteriores que nace la idea de iniciar este trabajo, en el cual se busca analizar los supuestos de ilícitos civiles desde la perspectiva del victimario. Sólo a través de los lentes del victimario es posible identificar que en escenarios donde aparentemente estaríamos programados para ver un daño a partir de la comisión de un ilícito, pueden evidenciarse otras consecuencias que también merecen ser atendidas, como, por ejemplo, un enriquecimiento a favor de quien comete el ilícito civil.

Lo anterior ha sido entendido por otros ordenamientos jurídicos, como el inglés o el estadounidense, los cuales han revisado el tema más a fondo con el fin de identificar la figura jurídica que permitiera resolver casos en los cuales fuera posible hablar de un ilícito civil, y tanto de un daño como de un enriquecimiento. De esta forma, estas legislaciones han aceptado la existencia de este tipo de casos que podrían denominarse como de “ilícitos lucrativos”, y los cuales, si bien han terminado por resolverse generalmente como la causación de un daño o como la obtención de un beneficio o enriquecimiento injustificado, se reconocen como casos atípicos que merecen un estudio más detallado sobre el cual recientemente se ha generado creciente doctrina y jurisprudencia.

En este orden de ideas, consideramos pertinente e interesante preguntarnos si en el caso del ordenamiento jurídico civil colombiano, es posible identificar y reconocer la existencia del ilícito lucrativo como una figura de derecho presente en nuestras leyes o en nuestra jurisprudencia, y si el mismo se reconoce o no como un tema de Responsabilidad Civil. Para ello, el presente trabajo se presenta como una investigación jurídica de naturaleza sistematizadora que tiene como fin responder dos preguntas básicas ¿existe el ilícito lucrativo en Colombia? Y en caso afirmativo ¿puede este catalogarse como un tema de Responsabilidad Civil?

Para dar respuesta a estas preguntas en el transcurso de la investigación se busca construir una definición de “ilícito lucrativo” a partir de la revisión del concepto utilizado por otros ordenamientos, para posteriormente tratar de identificar dicho supuesto o sus elementos en las leyes o en la jurisprudencia colombiana. Por último, a partir de las definiciones y normas revisadas se tratará de determinar si el mismo puede ser catalogado o no como un tema de Responsabilidad Civil Extracontractual en nuestro país.

## **Capítulo 1: El Ilícito Lucrativo en Inglaterra y Estados Unidos**

### **I. El concepto de *wrong*.**

El concepto de *wrong* en el derecho anglosajón parece ser un concepto tan intuitivo e importante que podría pensarse que resulta sencillo definirlo. No obstante, y a pesar de que se trata del insumo básico del derecho civil anglosajón por tratarse del supuesto de hecho que da lugar a prácticamente todas las consecuencias jurídicas consagradas en sus normas de derecho privado<sup>1</sup>, no es fácil encontrar en la jurisprudencia o la doctrina inglesa o estadounidense una definición clara y completa de este concepto.

---

<sup>1</sup> La acción de realizar un *wrong* se denomina en los ordenamientos inglés y estadounidense como *wrongdoing*.

Tal vez por eso resulta más sencillo, en principio, acudir a la definición no especializada que de este término proporciona el diccionario de Cambridge, el cual define el término *wrong* como: “*an unfair action*” o “*what is considered to be morally unacceptable*” (Cambridge University Press, 2019).

Esta definición ya permite vislumbrar que el concepto de *wrong* puede definirse necesariamente como una conducta o acción, que puede evaluarse desde un estándar moral o desde lo dispuesto por un determinado ordenamiento jurídico. A pesar de la dificultad de hallar fuentes doctrinales que traten a profundidad o contengan una definición para el término *wrong*, si existen otras fuentes semánticas como el “Black’s Law Dictionary” (2009), que propone una definición más especializada al afirmar que un *wrong* es “*a breach of one’s legal duty or violation of another’s legal right.*” (pág. 1751)

Ambas definiciones permiten evidenciar que el concepto jurídico del término *wrong* puede asociarse con una conducta activa u omisiva que se caracteriza por ser ilícita o ilegal, es decir, por ser una conducta contraria al ordenamiento jurídico, que en el derecho del *Common Law*, especialmente en Inglaterra y Estados Unidos, puede implicar que dicha conducta sea contraria a una norma jurídica en concreto o contraria a las denominadas *policies*<sup>2</sup>.

Según las definiciones antes mencionadas, la posibilidad de hablar de *wrong* parece reconocerse sin distinción tanto en los casos en que la norma transgredida tiene un carácter y contenido general y un sujeto pasivo indeterminado o universal, como en los casos en que dicha norma tiene un carácter y contenido particular (que confiere un derecho a un sujeto determinado).

Para efectos del presente trabajo, resulta de especial relevancia aquel *wrong* que consiste en la transgresión de normas de carácter particular o de derechos en cabeza de un particular.

Si bien las definiciones propuestas permiten entender el significado de la palabra *wrong*, estas no hacen énfasis en la necesidad de ningún elemento adicional que pudiera permitir caracterizar una conducta como un *wrong*, como, por ejemplo, la necesidad de un elemento subjetivo en dicha conducta o la generación de una consecuencia específica a partir de la transgresión cometida.

Lo anterior se presenta debido a que el *wrong* como supuesto de hecho consistente en una transgresión al ordenamiento jurídico puede identificarse como tal indistintamente del elemento subjetivo contenido en el actuar contrario al ordenamiento, es decir, independientemente de que tal transgresión sea realizada a partir de una actuación negligente, torpe o descuidada o de una intención deliberada de transgredir la norma. Sumado a lo anterior, la posibilidad de hablar de un *wrong* tampoco depende de la consecuencia que dicha transgresión genere<sup>3</sup>. Esto ya que el concepto de *wrong* se propone como una valoración objetiva de la conducta que transgrede o no el ordenamiento jurídico. La mera trasgresión de la norma jurídica constituye, de manera objetiva, un *wrong* cuyas consecuencias jurídicas pueden ser diversas según la norma transgredida o el tipo de *wrong* cometido.

---

<sup>2</sup> *Policies* puede traducirse textualmente como las “políticas”. En el derecho anglosajón las *policies* son el conjunto de prácticas o principios definidos por una entidad en particular, en este caso por la rama judicial, que pretenden ser incentivados o aplicados en el manejo de los conflictos o asuntos públicos y que se basa en principios particulares. (Cambridge University Press, 2019)

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, en conclusión, podríamos definir el concepto de *wrong* en el derecho anglosajón como una conducta activa u omisiva contraria al ordenamiento jurídico por transgredir normas de carácter general, *policies* o normas de carácter particular o que confieren derechos a particulares. El *wrong* puede presentarse a partir de una actuación negligente, torpe o descuidada o de una intención deliberada de transgredir el ordenamiento jurídico, es decir, que puede ser culposa o dolosa. Dicha conducta se analiza objetivamente como contraria al ordenamiento, sin necesidad de que de esta resulten ningún tipo de consecuencias determinadas para ningún sujeto. Es decir, no es necesario que se genere una consecuencia específica, como por ejemplo un daño, un enriquecimiento, o un incumplimiento contractual, para poder caracterizar una conducta como *wrong*. La existencia de una consecuencia específica podría ser determinante al momento de identificar el tratamiento que debe dársele a un *wrong* particular, más no para identificar una conducta como *wrong*.

A partir de esta definición de *wrong* es posible entender la razón por la cual este se constituye como el principal insumo del derecho civil inglés y estadounidense. En efecto, todos los supuestos de hecho que implican una transgresión a una norma jurídica o *policy* pueden ser analizados bajo la figura del *wrong* y estos pueden dar lugar a diversas consecuencias jurídicas de derecho privado. Dichas consecuencias jurídicas pueden ubicarse en cualquiera de las ramas de derecho privado del *Common Law: Torts, Restitution* o *Contract*, las cuales son objeto de la siguiente sección.

En este orden de ideas, resulta lógico pensar que los elementos para definir el ilícito lucrativo como figura jurídica presente en otros ordenamientos se encuentran planteados a partir del concepto de *wrong* y su tratamiento particular. Por esta razón, con el fin de buscar las herramientas para definir el concepto de ilícito lucrativo, a continuación se propone un breve análisis de las distintas ramas del derecho civil que tienen por insumo principal el *wrong*, con el fin de tratar de identificar en ellas elementos para definir y caracterizar el ilícito lucrativo.

## **II. Tort, Contract y Restitution**

Tal y como se menciona más arriba, el concepto de *wrong* es uno de los insumos básicos del derecho civil anglosajón, y es sobre este que se han construido las diversas ramas o categorías que componen el derecho inglés y estadounidense y los posibles remedios que estos han consagrado para ser desplegados ante la comisión de una conducta contraria al ordenamiento jurídico en materia civil.

A pesar de que en todas y cada una de estas ramas es importante el concepto de *wrong*, entre ellas existen múltiples diferencias de las cuales vale la pena señalar, al menos, las más relevantes. Sumado a lo anterior, es importante resaltar también que los remedios dispuestos para una u otra rama, muchas veces no son excluyentes entre sí, especialmente en aquellos casos en los cuales nos encontramos en un contexto contractual, puesto que en este tipo de contextos pueden estar disponibles para el acreedor, en forma concomitante a los remedios contractuales, remedios propios del derecho de daños en materia de responsabilidad civil (*Tort*) y del derecho de las restituciones (*Restitution*).

El derecho de daños en materia de responsabilidad civil extracontractual (*Tort Law*), se compone de múltiples ilícitos extracontractuales (*torts*). Cada *tort*, de acuerdo con lo dispuesto por *Dobbs, Hayden* y *Bublick*, puede definirse como “una conducta que constituye un ilícito y que causa un

daño a partir del cual las cortes imponen responsabilidad civil<sup>4</sup> (Dobbs, Hayden, & Bublick, 2000, pág. 3).<sup>5</sup>

Tanto en Inglaterra<sup>6</sup> como en Estados Unidos<sup>7</sup>, aquellas conductas que constituyen un *tort* son tipificadas como tal principalmente por los jueces, ya sea porque estas son contrarias al ordenamiento jurídico o a las *policies*, es decir, porque estas son consideradas un *wrong* por contravenir uno u otro. Sumado a esto, además de las conductas actualmente tipificadas como *torts*, los jueces tienen la facultad de establecer, crear o tipificar a discreción nuevas conductas como tal, con el fin de permitirle a su ordenamiento jurídico mantenerse a la vanguardia. En este punto es importante mencionar que si bien todos los *torts* son *wrongs* no todos los *wrongs* son *torts* pues la determinación de aquellos *wrongs* que se constituyen como *torts* dependerán de ser entendidos como tal a partir del trabajo jurisprudencial.

En Estados Unidos, contrario a lo que sucede en Inglaterra, donde la facultad de tipificar conductas como *torts* se erige única y exclusivamente en cabeza de los jueces, esta facultad también se encuentra en cabeza de otras fuentes de derecho, puesto que los estatutos legislativos (*statutes*) o la ley estatal también tienen la posibilidad de tipificar conductas como *torts*. (Dobbs, Hayden, & Bublick, 2000, pág. 3)

Tal y como puede evidenciarse en la definición planteada, la característica esencial para que una actuación contraria al ordenamiento jurídico, es decir un *wrong*, pueda constituirse como *tort*, además de tratarse de una conducta tipificada como tal, es que de dicha conducta se desprenda un daño (*harm*) para quien resulta siendo la víctima de la transgresión realizada por el infractor. La existencia del daño resulta característica fundamental de este tipo de conductas, puesto que, sin daño, los remedios asociados a la existencia de *torts*, principalmente la denominada *civil liability* o responsabilidad civil en el ordenamiento colombiano, los cuales tienen como fin esencial la indemnización de dichos daños, no podrían ser desplegados<sup>8</sup>.

Algunos ejemplos de las conductas que hoy se encuentran tipificadas como *torts* en dichos ordenamientos y que dan lugar a la posibilidad de reclamar de quien incurre en ellas la indemnización por el daño sufrido son: *Battery* (Agresión), *Assault* (Asalto), *Trespass* (Intrusión en propiedad privada), *False Imprisonment* (Emprisionamiento indebido), *Conversion* (Conversión) y *Negligence* (Culpa).

Por otra parte, podemos encontrar la rama del derecho civil denominada *Contracts*. En el derecho estadounidense, el derecho de los *Contracts* ha sido regulado como “el derecho de las promesas”. Así, los *Restatements of The Law Second: Contracts* define los *Contracts* como el campo del derecho

---

<sup>4</sup> La definición compartida se corresponde con una definición clásica de *tort*, la cual presenta como elemento principal el daño (*harm*). No obstante lo anterior, actualmente se discute en los ordenamientos inglés y estadounidense la existencia de los denominados *Torts Actionable Per Se* o TAPS, los cuales se caracterizan por ser conductas contrarias al ordenamiento jurídico que no causan daño y aún así son tratadas como *torts*, permitiendo a la víctima de una transgresión accionar basado en la mera transgresión de su derecho.

<sup>5</sup> “a conduct that constitutes a legal wrong and causes harm for which courts will impose civil liability” (Dobbs, Hayden, & Bublick, 2000, pág. 3)

<sup>6</sup> Véase (Wagner, 2006, págs. 1004-1010)

<sup>7</sup> Véase (Dobbs, Hayden, & Bublick, 2000, pág. 3)

<sup>8</sup> Salvo los casos de TAPS mencionados en el pie de página No. 4.

en el cual se busca regular las obligaciones surgidas de las promesas realizadas entre las Partes. (The American Law Institute, 1981, pág. 6)

La legislación inglesa, por otro lado, no considera el derecho de los contratos como una rama independiente, sino como una rama del derecho de las obligaciones. Para el derecho inglés, estas obligaciones pueden provenir de diversas fuentes; pueden ser autoimpuestas o impuestas de manera externa. De manera general<sup>9</sup>, la legislación inglesa entiende que la regulación de los *Contracts* es la regulación de las obligaciones autoimpuestas (Smith, 2005, pág. 1). Otra de las particularidades del derecho inglés en cuanto a los *Contracts* es que esta, a diferencia de la legislación estadounidense, no parece aceptar de manera unánime o en su totalidad que se trate del “derecho de las promesas”<sup>10</sup>.

Además de las promesas como fundamentación de los *Contracts*, en Inglaterra se proponen también otros aspectos que complementan o permiten dar forma a esta rama del Derecho. En este orden de ideas, se propone una pugna entre los diferentes principios que podrían fundamentar la existencia de los *Contracts* entre los cuales estarían, además de las promesas, la equidad, las reglas de mercado y el altruismo o mera liberalidad (Mckendrick, 2011, pág. 4).

No obstante las diferencias anteriores entre ordenamientos del *Common Law*, como en el caso de los ordenamientos del *Civil Law*, en el caso de los ordenamientos inglés y estadounidense los contratos surgen también como un acuerdo de voluntades que pretende crear obligaciones entre las partes, y su incumplimiento puede derivar en múltiples consecuencias. Como se menciona más arriba, estas diversas ramas del derecho civil anglosajón no son excluyentes entre sí, por lo que es posible que en los casos en que se pretenda revisar las consecuencias de un incumplimiento contractual, sea viable incluso remitirse a la regulación de los *Torts* o incluso a la de *Restitution*.

Por otro lado, nos encontramos con la rama de la *Restitution*. Esta rama puede ser definida en los términos citados por Ward Farnsworth en su libro “*Restitution, Civil Liability For Unjust Enrichment*” (2014) como: el conjunto de normas cuyo fin es despojar al demandado de aquello que ha obtenido injustamente (o que en todo caso no debería estar facultado para retener)”<sup>11</sup> (pág. 1).

La definición anterior es compartida, prácticamente en su totalidad, por la jurisprudencia inglesa, la cual ha definido la *Restitution* como “remedios (...) para prevenir que un hombre retenga el dinero o el beneficio derivado de otro y que resulta contra su conciencia que retenga”<sup>12</sup> (Cámara de Lores, Inglaterra, Lord Wright, Caso Fibrosa Spolka Akcyjna Vs Fairbairn Lawson Combe Barbour, 1942).

---

<sup>9</sup> Esta concepción no parece ser unánime, pues existen críticas de un sector de la doctrina que parecen argumentar la inutilidad de distinguir entre obligaciones autoimpuestas y obligaciones externas al momento de hablar de *Contracts*. Esta información puede ampliarse en (Smith, 2005)

<sup>10</sup> Esta posición es expuesta por Ewan Mckendrick en su texto “*Contract Law*” del año 2011, en el cual se hace un breve recuento de algunas de las posiciones doctrinales sobre la fundamentación de la ley de los contratos, explicando que un sector de la doctrina inglesa se niega a aceptar los contratos únicamente como “el derecho de las promesas”, entendiendo que esta rama del Derecho se encuentra permeada por múltiples elementos adicionales diferentes a las promesas realizadas entre partes.

<sup>11</sup> “*Restitution is the body of law concerned with taking away what a defendant has wrongfully obtained (or in any event should not be permitted to keep)*” (Farnsworth, 2014, pág. 1)

<sup>12</sup> “*remedies (...) to prevent a man from retaining the money of or some benefit derived from another which is against conscience that he should keep.*” (Cámara de Lores, Inglaterra, Lord Wright, Caso Fibrosa Spolka Akcyjna Vs Fairbairn Lawson Combe Barbour, 1942)



La *Restitution*, como el *Tort*, también fue una figura fruto del desarrollo jurisprudencial tanto en el caso inglés como en el estadounidense. No obstante, en lo referente a este remedio el trabajo de los jueces no ha consistido en la tipificación de conductas contrarias al ordenamiento jurídico o a las *policies*, sino a la creación de categorías que justifican la aplicación del remedio, también denominadas *grounds*, tal y como se expondrá más adelante.

Si bien la *Restitution* se presenta como una rama del derecho que compila una serie de remedios a disposición de aquellos sujetos que han sufrido un empobrecimiento injustificado, y si bien hemos afirmado que el *wrong* es el insumo básico de las tres ramas del derecho antes mencionadas, es importante resaltar que la fuente de la *Restitution* no siempre es la comisión de un *wrong*, tal y como se explicará más adelante. En virtud de lo anterior, como en el caso de los *Torts* y los *Contracts*, en la *Restitution* también existe una característica esencial que permite identificar estos supuestos: el enriquecimiento de un sujeto a expensas de otro, quien, a su vez, sufre un empobrecimiento correlativo.

A pesar de las similitudes expuestas más arriba entre el ordenamiento inglés y el estadounidense en cuanto a la *Restitution* como remedio, entre ambos países se presentan algunas diferencias conceptuales significativas.

### III. La *Restitution* en Inglaterra.

En Inglaterra, actualmente se reconoce la *Restitution* como una institución que comprende una serie de remedios que surgen para casos que se han dividido en dos grandes grupos. Tal y como se mencionó más arriba, el primero de estos grupos no se basa en la existencia de un *wrong* como condición necesaria para el despliegue de los remedios asociados a la *Restitution*, mientras que el segundo de ellos sí se basa en el *wrong* como insumo principal.

Al primero de los grupos se le denomina *Restitution For Autonomous Unjust Enrichment* y al segundo *Restitution For Wrongs*. Cada una de estas categorías ha sido fruto, principalmente, del trabajo de los jueces<sup>13</sup> y la doctrina, el cual ha permitido generar elementos diferenciadores, e incluso, desarrollar diversas formas de aplicar la *Restitution* como remedio (a las que haremos alusión más adelante).

En el caso de la *Restitution For Autonomous Unjust Enrichment*, hay lugar a la restitución en virtud de la existencia de una transferencia fallida entre las partes debida a la ausencia de elementos esenciales del contrato (generalmente relacionados con el consentimiento), siendo este el elemento característico de este tipo de pretensiones de *Restitution*. Si bien es posible que como elemento adicional a la ausencia o vicio de algún elemento esencial del contrato en la transferencia que falla exista la comisión de un *wrong* por alguna de las partes, no es este el elemento que caracteriza este tipo de supuestos. De ahí el hecho de que no podamos afirmar que el *wrong* es el insumo básico de todos los supuestos de *Restitution*, al menos desde la perspectiva inglesa.

Otra de las particularidades de la *Restitution For Autonomous Unjust Enrichment*, es que los remedios que se asocian a este tipo de *Restitution* son remedios cuantificados con base en la pérdida

---

<sup>13</sup> Ver infra 23,24,25,26,27,28.

de quien ha sido víctima de la transferencia fallida, y no en la ganancia de quien se ha beneficiado de esta.

Diferente al trabajo que realizaron los jueces en el caso de los *Torts*, en la *Restitution For Autonomous Unjust Enrichment* en Inglaterra los jueces se han encargado de desarrollar categorías amplias, también denominadas *grounds*, en las cuales pueden encajarse diversos tipos de conductas asociadas a estas transferencias o transacciones fallidas y que derivan en la posibilidad de reclamar la restitución como remedio. De acuerdo con la doctrina inglesa, algunas de las *grounds* que actualmente consagra dicho ordenamiento son *Mistake* (Error), *Practical Compulsion or Duress* (Coerción), *Legal Compulsion* (Coerción por disposición legal), *Exploitation* (Explotación o aprovechamiento indebido de influencias), *Failure of Consideration* (Condición fallida), *Ultra Vires demands by public authorities* (Potestad excedida por parte de autoridad), *Necessity* (Estado de necesidad) e *Illegality* (Ilegalidad). (Beatson & Schrage, 2003, págs. 252-332)

El desarrollo de estas *grounds* para justificar la *Restitution* como remedio busca supeditar la aplicación de esta rama del Derecho no solo a la obtención de una ganancia injustificada o ilícita, sino también a que esta conducta encaje dentro de una de las categorías o *grounds* previamente dispuestas por la jurisprudencia. En este orden de ideas, en el ordenamiento inglés, la posibilidad de adelantar una acción de *Restitution* no depende únicamente de la existencia de una conducta que hubiese generado una ganancia ilícita, sino que, tal y como lo manifiestan los autores *Jack Beatson* y *Eltjo Schrage*, requiere también que dicha conducta pueda incluirse dentro de alguna de las mencionadas *grounds*. Afirman estos autores: “No es suficiente para un demandante demostrar que el demandado ha retenido (un dinero o un beneficio) sin causa legal para ello. La ley inglesa requiere que el demandante presente su caso dentro de una de las *grounds* aceptadas para la restitución”.<sup>14</sup> (Beatson & Schrage, 2003, pág. 32).

La necesidad de crear estas categorías o *grounds*, obedece al origen de la *Restitution* como remedio en el ordenamiento inglés, la cual, contraria a los ordenamientos del *Civil Law* como el colombiano o el francés, carecía de un principio general o máxima ya contenida en su jurisprudencia que permitiera identificar las conductas que daban lugar a la restitución, justificar su aplicación, y en general, hablar de restitución como una figura autónoma, como sí ocurre en los casos de los ordenamientos del *Civil Law*<sup>15</sup>. Por lo anterior, la jurisprudencia inglesa se vio en la obligación de construir estas *grounds* para permitir la aplicación de los remedios asociados a la restitución en aquellos casos en los que fuera visible un enriquecimiento injustificado de una de las partes. El papel de estas *grounds* fue el de justificar la aplicación de estos remedios asociados a la *Restitution* a través del derecho positivo, y sin necesidad de reconocer la existencia de un principio o máxima del derecho que tuviera como fin evitar el enriquecimiento injustificado de alguna de las partes a costa de otro.

---

<sup>14</sup> “It is not enough for a claimant to show that the defendant’s retention was without legal ground. English law requires the claimant to bring his or her case within one of the accepted grounds for Restitution”. (Beatson & Schrage, 2003, pág. 32)

<sup>15</sup> En el caso de los ordenamientos del *Civil Law* y particularmente en los ordenamientos francés y colombiano el Enriquecimiento sin Causa surgió a partir del reconocimiento jurisprudencial del principio general del Derecho que indica que “nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro” consagrado en Francia mediante el fallo *Paterau Miran Vs Boudier* fallado por la Corte de Casación Francesa en 1892 y en Colombia mediante la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, proferida el 6 de septiembre de 1935 cuyo magistrado ponente fue Eleuterio Sierra.

Por su parte, en el caso de la denominada *Restitution For Wrongs* también se presenta un beneficio o enriquecimiento injustificado para un sujeto, pero este ya no es fruto de la intención fallida de transferir o de una transferencia fallida o de un contrato nulo, sino de una transgresión al ordenamiento jurídico, particularmente a normas que confieren derecho a un particular, y que deriva en el enriquecimiento de quien transgrede dicha norma a expensas del titular del derecho particular transgredido. En otras palabras, este tipo de casos se presenta cuando un sujeto se enriquece o recibe un beneficio a partir de la comisión de un *wrong*.

Para este tipo de casos, la jurisprudencia inglesa parece alejarse de la necesidad de las *grounds* como requisito para el despliegue de remedios asociados a la *Restitution*, pero tanto la doctrina como la línea jurisprudencial adoptada por los jueces ingleses parece ser clara en que la *Restitution For Wrongs* es factible sólo en ciertos casos en los cuales la transgresión cometida se asocia a un tipo específico de *wrong*. Actualmente en Inglaterra, la restitución como remedio en los casos de enriquecimiento por la comisión de un *wrong* está permitida cuando dichos *wrongs* se asocian a ilícitos extracontractuales relacionados con “la violación del derecho de propiedad, violación a la propiedad intelectual, violación a deberes fiduciarios, violación a deberes de confidencialidad e incumplimientos contractuales”.<sup>16</sup> (Beatson & Schrange, 2003, págs. 524-530).

Otra de las particularidades presentadas en los casos de *Restitution For Wrongs* es que, contrario a los casos de *Restitution For Autonomous Unjust Enrichment*, en los cuales los remedios se cuantifican en función de la pérdida del sujeto afectado, los remedios que se desprenden de la *Restitution For Wrongs* pueden ser cuantificados en función de la ganancia del sujeto que ha cometido el *wrong* en algunos casos particulares. Esta parece ser una de las características esenciales, y de mayor importancia a la hora de tratar el ilícito lucrativo como concepto, tal y como se definirá más adelante.

#### **IV. La *Restitution* en Estados Unidos.**

Por su parte, en el ordenamiento jurídico estadounidense, la rama de la *Restitution* también surgió como respuesta a la necesidad de consagrar normas que impidieran el enriquecimiento injusto de un sujeto a costa de otro, tal y como se evidencia en la definición compartida más arriba. En este orden de ideas, de manera similar a lo que sucede en Inglaterra, en el ordenamiento estadounidense también parecen proponerse algunas categorías o supuestos base que permitirían hablar de una pretensión de restitución válida.

Si bien la consagración de estas normas se realizó, al igual que en Inglaterra, a partir del desarrollo jurisprudencial, en Estados Unidos el nacimiento o identificación de la *Restitution* como remedio se vio fuertemente influenciada por un elemento adicional, la existencia del *American Law Institute*.

El *American Law Institute* (ALI) es una entidad sin ánimo de lucro que no está asociada con ninguna de las ramas del poder público estadounidense y fue fundada en 1923. Está compuesta por abogados, jueces y profesores de derecho, y tiene como objetivo la producción de doctrina relacionada con las normas y principios que rigen el derecho estadounidense con el fin de contribuir a su claridad y correcta aplicación<sup>17</sup>. Dentro de la labor realizada por el ALI está el estudio,

---

<sup>16</sup> “*Proprietary torts, infringement of intellectual property, breach of fiduciary duty, breach of confidence, breach of contract*” (Beatson & Schrange, 2003, págs. 524-530)

<sup>17</sup> Tomado de la página web del *American Law Institute*. (The American Law Institute, 2019)

interpretación y compilación de normas y principios, la cual se realiza a través de la publicación de los denominados *Restatements*. Los *Restatements* son textos doctrinales que contienen la compilación de las normas y principios asociados a un tema particular, los cuales, actualmente son considerados como fuente de interpretación autorizada sobre los temas que tratan y de la jurisprudencia que los compone.

En este orden de ideas, la publicación del primer *Restatement* sobre *Restitution*, a partir del cual se compilaban las normas y principios identificados a la fecha sobre este tema, se publicó en 1937 al emitirse los *Restatement of the Law Of Restitution* (Beatson & Schrage, 2003, pág. 31) y desde su primera versión se han publicado dos ediciones más, la última de ellas publicada en 2018 bajo el título *Restatement of the Law Third, Restitution and Unjust Enrichment*.

La influencia del ALI en el desarrollo de la *Restitution* como remedio se ve principalmente evidenciada en la forma en que se ha venido construyendo esta figura y su aplicación en Estados Unidos, la cual se ha enfocado en identificar los escenarios en los cuales existe *liability in restitution*, es decir, aquellos casos en los que alguien es responsable de restituir en virtud de la existencia de un enriquecimiento injustificado.

Para identificar la existencia de *liability in restitution* o de que alguien es responsable de restituir en un supuesto específico, los *Restatements* proponen, como en el derecho inglés, la revisión de la existencia de un beneficio injustificado, a favor de una de las partes y a expensas de la otra. No obstante, resaltan que el concepto de beneficio “a expensas de otro” puede superar su mero entendimiento literal, pues puede significar también “en violación de los derechos legalmente protegidos de un tercero”, sin necesidad de demostrar que el demandante sufrió una pérdida:

“La responsabilidad de restituir se deriva de la recepción de un beneficio cuya retención sin pago resultaría en el enriquecimiento sin causa del demandado a expensas del demandante. Mientras el paradigma del enriquecimiento sin causa es aquel en el cual el beneficio de una parte de la transacción corresponde a una pérdida evidenciable en el otro, la fórmula “a expensas de otro” también puede significar “en violación a los derechos legalmente protegidos de un tercero”, sin necesidad de demostrar que el demandante ha sufrido una pérdida.”<sup>18</sup> (The American Law Institute, 2011, pág. 3)

Lo anterior resulta especialmente relevante, puesto que también permite identificar que el concepto de “pérdida” aplicado en el derecho estadounidense, trasciende la idea de sufrir un perjuicio, afirmando que la misma puede constituirse como una mera violación de los derechos de la víctima sin necesidad de que se pruebe una afectación patrimonial.

Otro de los aportes importantes de los *Restatements* a la clarificación de la institución de la *Restitution* en Estados Unidos es la clara propuesta de la consecuencia jurídica que conlleva la existencia de un supuesto en el que exista *liability in Restitution* (responsabilidad de restituir) de

---

<sup>18</sup> “*Liability in Restitution derives from the receipt of a benefit whose retention without payment would result in the unjust enrichment of the defendant at the expense of the claimant. While the paradigm of unjust enrichment is one in which the benefit on one side of the transaction corresponds to an observable loss on the other, the consecrated formula “at the expense of another” can also mean “in violation of other’s legally protected rights,” without the need to show that the claimant has suffered a loss.*” (The American Law Institute, 2011, pág. 3)

una manera contundente y sencilla. La consecuencia jurídica de la existencia de *liability in Restitution* (responsabilidad de restituir) consiste en que quien ha incurrido en ella debe restablecer el beneficio obtenido o su producto perseguible, o en su defecto, pagar una suma de dinero correspondiente al monto del enriquecimiento para eliminarlo. (The American Law Institute, 2011, pág. 3)

A diferencia de lo explicado más arriba para el caso inglés, en el ordenamiento estadounidense no parece haber distinción alguna entre *Restitution For Autonomous Unjust Enrichment* y *Restitution For Wrongs*, sino que, por el contrario, en este ordenamiento se propone la agrupación de casos o instancias en las cuales hay lugar a *liability in restitution* en diferentes categorías. Si bien esto parece tener similitud con los denominados *grounds* del derecho inglés, es importante señalar que en la mayoría de los casos no se habla propiamente de *grounds* sino en general de supuestos para hablar de una pretensión de *Restitution* válida. Estos supuestos no son excluyentes entre sí, lo que implica que un mismo supuesto puede encajar en más de una categoría.

Las categorías construidas por los *Restatements of Unjust Enrichment* para hablar de instancias en las que puede haber lugar a *Restitution* son cinco, y si bien no son exactamente las mismas que los *grounds* propuestos en Inglaterra, es fácil identificar algunas similitudes. Las instancias o supuestos en los que puede haber lugar a *Restitution* son: *Transfers Subject to Avoidance* (Transferencias viciadas de nulidad), *Unrequested Intervention* (Intervenciones no solicitadas), *Restitution in Contract* (Restitución en contratos), *Restitution for Wrongs* (Restitución por ilícitos) y *Benefits Conferred By a Third Person* (Beneficios conferidos por un tercero).

No obstante lo anterior, la doctrina estadounidense en cabeza de Ward Farnsworth propone una clasificación alternativa al agrupar las conductas en lo que podría considerarse como *grounds* para iniciar una acción de *Restitution* en “*Mistake*” (Error), “*Conferrings*” (Beneficios concedidos), “*Takings*” (Beneficios tomados) y “*Failed Contracts*” (Contratos fallidos) (2014, págs. 1-3).

En conclusión, en ambos ordenamientos la *Restitution* se presenta entonces como la compilación de una serie de remedios a disposición de aquellos sujetos que han sufrido un empobrecimiento injustificado en virtud de una transacción fallida o de la comisión de un *wrong*.

Ahora bien, aunque parecen existir múltiples similitudes conceptuales entre el *Tort* y la *Restitution*, a diferencia del caso de un *wrong* catalogable como un *Tort*, en los casos de *Restitution* no siempre se requiere que exista un daño sino una ganancia obtenida injustamente a expensas de otro<sup>19</sup>.

“El lector familiarizado con el derecho privado reconocerá que la restitución en el sentido utilizado aquí es en muchos sentidos simétrico a la ley de los *torts*. Los *torts* gobiernan la responsabilidad por las pérdidas que una persona inflige a otra. La restitución gobierna la responsabilidad por las ganancias que una persona realiza a expensas de otro.”<sup>20</sup> (Farnsworth, 2014, pág. 1)

---

<sup>19</sup> Salvo en los casos de los *torts* accionables en sí mismos (*Tort Actionable per Se* – TAPS-)

<sup>20</sup> “*The reader familiar with private law will recognize that Restitution in the sense used here is in many ways symmetrical to the law of torts. Torts govern liability for losses that one person inflicts on another. Restitution governs liability for gains that one person makes at another’s expense.*” (Farnsworth, 2014, pág. 1)

No obstante lo anterior, si bien es posible señalar fácilmente sus diferencias, una de sus más esenciales similitudes es que ambas figuras se fundamentan en un principio de justicia correctiva.

“El “Tort” (derecho de daños) busca poner a los demandantes exitosos (en la presentación de su pretensión indemnizatoria) en la posición en la que se hubieran encontrado si no hubieran sido injustamente dañados, y, es en este sentido “justicia correctiva”, restaurativa o con una mirada retrospectiva. El enriquecimiento sin causa también es, según puede verse a partir del término “restitución”, “justicia correctiva” en el sentido de que busca revertir un “enriquecimiento sin causa”: se dice que el demandado se ha enriquecido injustamente a expensas del demandante (...) esto difiere del *tort*, sin embargo, porque la causa de la acción, como regla general, no depende de la posibilidad de encontrar un actuar o conducta ilícita por parte del demandado, sino simplemente por el hecho de que el demandado se ha enriquecido en una forma que la ley considera injusta.”<sup>21</sup> (Beatson & Schrage, 2003, pág. 1)

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, los casos que nos ocupan en el presente trabajo, en los cuales existe un enriquecimiento, pero además un daño en virtud de un hecho ilícito, parecen ser más cercanos a la *Restitution* que a los *Torts* o a los *Contracts*, al menos desde la perspectiva de las legislaciones inglesa y estadounidense. Esta cercanía no sólo se explica a partir de lo expuesto en esta sección, sino también porque, como se verá más adelante, la *Restitution*, y particularmente la *Restitution For Wrongs*, puede incorporar elementos propios de la evaluación que se realiza cuando se comete un *Tort*, convirtiéndola en una categoría más amplia. Así, la *Restitution For Wrongs* comprende dentro de sus supuestos algunas especies de *wrong*, caracterizadas como *Tort*, y que además pueden ser tratadas bajo los estándares de la *Restitution*, permitiendo incluso la aplicación de remedios particulares de esta rama del Derecho que pueden ser de gran utilidad para el manejo de este tipo de supuestos.

## V. Categorías de *Restitution* como remedio

Tal y como se menciona más arriba, la *Restitution* no es sólo una rama de la legislación civil del derecho inglés o estadounidense, sino también un remedio contra aquellas conductas que representan una violación al ordenamiento jurídico o una transferencia fallida y que derivan, como consecuencia directa, en un enriquecimiento para quien comete dicha violación o para una de las partes de la transferencia.

No obstante, la mera ejecución de una transferencia fallida o de la comisión de un *wrong* de los cuales se deriva un enriquecimiento ilícito, no es suficiente para permitirle a la víctima acudir a este remedio, puesto que, de acuerdo con lo ya descrito, tanto en la legislación inglesa como en la estadounidense, los jueces se han encargado de categorizar aquellos casos que causan un enriquecimiento ilícito y que pueden ser remediados mediante la aplicación de la *Restitution*.

---

<sup>21</sup> “*Tort (delict) seeks to put successful claimants in the position they would have been in had they not been wrongfully injured, and it is in this sense “corrective justice”, restorative or backward looking. Unjust enrichment is also, as seen by the term “Restitution”, “corrective justice” in the sense that it seeks to reverse an “unjust enrichment”: the defendant is said to be unjustly enriched at the expense of the claimant (...) It differs from tort law, however, because the cause of action does not, as a general rule, depend on a finding that there has been wrongful conduct by the defendant but simply on the fact that the defendant has been enriched in a way the law considers “unjust”.*” (Beatson & Schrage, 2003, pág. 1)

En este sentido, y teniendo en cuenta la distinción propuesta más arriba para el ordenamiento inglés en cuanto la *Restitution For Autonomous Unjust Enrichment* y *Restitution for Wrongs*, a continuación se realiza un breve recuento las *grounds* que actualmente contempla la jurisprudencia inglesa.

En el caso de Inglaterra actualmente se reconocen como categorías o *grounds* para acceder a la *Restitution* las siguientes: *Mistake* (Error), *Practical Compulsion or Duress* (Coerción), *Legal Compulsion* (Coerción por disposición legal), *Exploitation* (Explotación o aprovechamiento indebido de influencias), *Failure of Consideration* (Condición fallida), *Ultra Vires Demands by Public Authorities* (Potestad excedida por parte de autoridad pública), *Necessity* (Estado de necesidad) e *Illegality* (Ilegalidad) las cuales se explican brevemente a continuación a partir de los dispuesto en el texto del año 2003 de *Beatson & Schrage* .

***Mistake (Error)***: Son aquellos casos en los cuales, la parte que transfiere incurre en un error con respecto a algún elemento esencial que permitiera su consentimiento para transferir, por ejemplo, el sujeto que será beneficiario de la transferencia o el objeto de esta. Como en la legislación del *Civil Law*, el error en el que incurre quien transfiere puede ser de hecho o de derecho, y aunque cada tipo de casos tiene sus particularidades, al menos en principio, tal diferenciación no afecta la posibilidad de solicitar *Restitution* cuando exista un *Mistake*. Sumado a lo anterior, en los casos de *Mistake* se diferencia entre los errores surgidos en un contexto contractual y los surgidos en un contexto extracontractual. En el primero de los casos, para que pueda existir una *Restitution* por *Mistake*, el contrato debe ser declarado nulo o resolverse para poder aplicar la *Restitution*<sup>22</sup>. En los casos extracontractuales, los supuestos parecen asociarse más a casos de lo que en el civil law conocemos como “pago de lo no debido”. Los casos de *Mistake* parecen ser los casos paradigmáticos en los que aplica la *Restitution For Autonomous Unjust Enrichment*<sup>23</sup>.

***Practical Compulsion o Duress (Coerción)***: Se presenta en aquellos casos en los cuales la parte que transfiere se encuentra bajo los efectos de la fuerza, coerción o presión ilegítima por parte de otro sujeto que lo obliga a realizar dicha transferencia. Aunque la presión ejercida puede involucrar un *tort*, la existencia de este no es esencial para poder hablar de *Restitution For Autonomous Unjust Enrichment* en los casos de *Practical Compulsion o Duress*, y, por el contrario, en caso de que se configurara dicho *tort*, el mismo podría dar lugar a una acción independiente. Muy similar al vicio del consentimiento asociado a la “fuerza” en la legislación civil colombiana<sup>24</sup>.

***Legal Compulsion (Coerción por disposición legal)***: Se presenta en los casos en que un sujeto paga una obligación legal en cabeza de un tercero, quien a su vez obtiene el beneficio de que su obligación haya sido extinguida. De acuerdo con lo dispuesto por “*Beatson & Schrage*”, existen algunas reglas especiales de aplicación cuando se pretende la *Restitution* bajo este *ground*, puesto que, por regla general en Inglaterra, el pago de una obligación en cabeza de un tercero no elimina su responsabilidad por dicha suma. Lo anterior limitaría los casos de *Restitution* bajo este *ground* a aquellos casos en que el pago se hubiera hecho por petición del deudor original, o en su nombre

---

<sup>22</sup> Lo anteriormente descrito es un buen ejemplo de los casos en los cuales los remedios asociados a *Contract* y a los remedios asociados a *Restitution* parecen trasladarse.

<sup>23</sup> Algunos casos que pueden ilustrar más a fondo este *ground* son: *Kelly V. Solari, Barclays Bank Ltd. V. WJ Simms Son & Cook, Kleinwort Benson Ltd. V. Lincoln C.C, Rover International Ltd., V Cannon Film Sales Ltd.*

<sup>24</sup> Algunos casos que pueden ilustrar más a fondo este *ground* son: *Universe Tankships Inc. Of Monrovia V. International Transport Worker’s Federation, Astley V. Reynolds.*

con posterior ratificación para que quien lo realiza pueda recuperar dicho dinero<sup>25</sup>. (2003, pág. 282) Este caso se asemeja, en el sistema colombiano, a la subrogación legal de un tercero en virtud del consentimiento expreso o tácito del deudor.

**Exploitation (Explotación o aprovechamiento indebido de influencias)**<sup>26</sup>: *Exploitation* no es propiamente un *ground* en sí mismo, sino la forma en que la doctrina inglesa parece agrupar cuatro *grounds* cuyas características son bastante similares, en las que existe aprovechamiento de alguna condición especial de la víctima o de una posición propia que el sujeto que se enriquece “explota” indebidamente. Las cuatro *grounds* agrupadas bajo el nombre de *Exploitation* son *Undue influence* (influencia indebida), *Improvident guarantees induced by the undue influence* (Garantías improcedentes inducidas por la influencia indebida) or *Misrepresentation of a third party* (Representación engañosa de un tercero), *Unconscionable transactions* (Transacciones irrazonables), and *Mental incapacity* (Incapacidad mental). Los elementos comunes de estas *grounds* pueden resumirse en:

- a. La víctima sufre de algún impedimento, debilidad, imposibilidad, dificultad o es fácilmente influenciable.
- b. Quien se enriquece se aprovecha de la debilidad, impedimento, imposibilidad, dificultad o facilidad de influenciar para procurar un beneficio directamente o conociendo de la condición de la víctima y no toma las medidas adecuadas para garantizar que el consentimiento de la víctima para transferir no hubiese sido afectado. (Beatson & Schrage, 2003, pág. 285)

**Failure of Consideration (Condición fallida)**<sup>27</sup>: Esta *ground* se presenta en aquellos casos en los que ambas partes han decidido ejecutar una transacción que se encuentra sujeta a una condición, no obstante, la misma se ejecuta y perfecciona incluso a pesar de que la condición no se hubiera cumplido; generando así un enriquecimiento para una de las partes que no le correspondía en virtud de que la transacción no debía realizarse sin la condición. Este tipo de situaciones se presenta por lo general en contextos contractuales y puede asociarse a la ausencia de consentimiento o al menos a un problema en el mismo, puesto que la transacción o el contrato objeto del consentimiento fue consentida por la parte como una transacción condicionada y no como una transacción pura y simple, por lo que ejecutar la misma como tal contraría lo aceptado por esta.

**Ultravires Demands by Public Authorities**<sup>28</sup> (Potestad excedida por parte de autoridad pública): El *ground* de *Ultravires Demands by Public Authorities* se presenta en aquellos casos en que el Estado realiza el cobro de tributos o impuestos excediendo sus potestades estatales. Lo anterior implica necesariamente que las sumas pagadas por dichos conceptos han sido adquiridas de manera injusta, y, por tanto, la persona que las ha pagado se encuentra facultada para reclamar del estado a través de un remedio restitutivo.

---

<sup>25</sup> Algunos casos que pueden ilustrar más a fondo este *ground* son: *Receiver of Metropolitan Police District V. Croydon Cpn, Simpson V Egginton, Esso Petroleum Ltd. V. Hall Rusell & Co Ltd.*

<sup>26</sup> Algunos casos que pueden ilustrar más a fondo este *ground* son: *Allcard V. Skinner, Barclays Bank V. O'Brien.*

<sup>27</sup> Algunos casos que pueden ilustrar más a fondo este *ground* son: *Fibrosa Spolka Akcyjna V. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*

<sup>28</sup> Algunos casos que pueden ilustrar más a fondo este *ground* son: *Woolcich Equitable Building Society V. Inland Revenue Commissioners.*



**Necessity (Estado de necesidad):** A diferencia de los ordenamientos del *Civil Law*, en Inglaterra, la prestación de servicios u obtención de beneficios en casos de necesidad no genera la posibilidad de *Restitution*<sup>29</sup>. Lo anterior en virtud de que uno de los principios jurisprudenciales que rige la *Restitution* tanto en Inglaterra como en Estados Unidos es aquel que determina que no es posible forzar a una de las partes a una transacción. No obstante lo anterior, la jurisprudencia inglesa ha entendido que existen algunos casos puntuales en los que es posible hablar de *Restitution* ante la prestación de un servicio o la obtención de un beneficio en casos de situación de necesidad, siendo estos los que constituyen el *ground* de *Necessity*. Los casos especiales antes mencionados que actualmente reconoce la legislación inglesa son:

- a. Los casos de rescate marítimo ya sea de bienes o de personas. (*Life or property*)
- b. Exequias fúnebres
- c. Intervención de un tercero en la prestación de servicios o en el otorgamiento de un beneficio en los casos en que entre las partes hay una relación legal preexistente.
- d. La ejecución de servicios necesarios a favor de un incapaz.

**Illegality (Ilegalidad):** *Beatson* y *Schrage* proponen hablar de estos casos como una “regla general” bajo la cual opera la *Restitution*, y no propiamente como un *ground* bajo el cual pueda agruparse una serie de supuestos determinados. La intención de incluir *Illegality* como un supuesto en el que puede proceder la *Restitution* es desincentivar a las partes que han incurrido en transacciones ilegales o que han obtenido beneficios por este medio, permitiéndoles, por ejemplo, solicitar la *Restitution* cuando exista arrepentimiento o desistimiento de la transacción por una de las partes o cuando la *Restitution* busque proteger una parte vulnerable en la transacción ilegal. (*Beatson & Schrange, 2003*)

Teniendo en cuenta la distinción realizada por el ordenamiento inglés entre *Autonomous Unjust Enrichment* y *Enrichment For Wrongdoing* esta categoría parece ser la más problemática de los *grounds* propuestos, puesto que parece tratarse de una regla “residual” cuya aplicación pretende evitar o desincentivar el acaecimiento de transferencias contrarias al ordenamiento jurídico, es decir, ilegales. No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, una transferencia ilegal no es otra cosa que un *wrong*, puesto que se trataría de un acto contrario al ordenamiento jurídico o a las *policies*, por lo que aceptar *Illegality* como un *ground* para la *Restitution* por *Autonomous Unjust Enrichment* termina por desfigurar el límite entre esta categoría y el *Enrichment for Wrongdoing*. Lo anterior permitiría incluso concluir que la diferencia no sólo no es tan clara, sino que su utilidad es cuestionable.

Tal y como puede evidenciarse, los *grounds* propuestos por el ordenamiento inglés para los casos de *Autonomous Unjust Enrichment* parecen asociarse más fácilmente al derecho contractual del ordenamiento colombiano. Esto no sólo porque de entrada ya se identifican dentro de un plano “transaccional” o que pretende surgir a partir de un acuerdo de voluntades, sino también porque en su gran mayoría estos *grounds* pueden equipararse con la ausencia de alguno de los elementos

---

<sup>29</sup> Es importante señalar que en el Derecho civil del *Civil Law* este reconocimiento se realiza a través de la agencia oficiosa, entendida esta como aquellos casos en los cuales un sujeto despliega una actividad provechosa para un tercero sin su consentimiento expreso.

esenciales del contrato que derivarían en nulidades absolutas o relativas y cuyos posibles remedios nunca parecen ser de naturaleza restitutiva<sup>30</sup>.

Sumado a esto, si fuera necesario hacer una comparación con lo consagrado en nuestro ordenamiento, el *Autonomous Unjust Enrichment* pareciera ser, al menos en su estructura y sus consecuencias, lo más similar al enriquecimiento sin causa que hoy consagra el artículo 831 del Código de Comercio Colombiano. Lo anterior teniendo en cuenta que ambos se basan en un desplazamiento patrimonial injustificado en el que no necesariamente debe encontrarse presente un ilícito y el cual permite acudir al remedio de la *actio in rem verso* que se cuantifica a partir de la pérdida del empobrecido.

La anotación anterior sobre la relación del *Autonomous Unjust Enrichment* con supuestos contractuales parece ser válida incluso para el caso inglés puesto que de acuerdo con lo dispuesto en el texto "Texts, Cases and Materials on Unjust Enrichment" (2003) en Inglaterra todo parece indicar que existe una prevalencia por los remedios asociados a *Contracts*, especialmente en los casos de *Autonomous Unjust Enrichment* puesto que para poder recurrir a los remedios propios de la *Restitution* se debe abogar primero por la anulación del contrato. (Beatson & Schrage, pág. 253)

Por otro lado, tal y como ya fue mencionado, tenemos el *Enrichment for Wrongdoing* para el cual la jurisprudencia inglesa no habla propiamente de *grounds*, pero sí de casos en los cuales puede presentarse una acción de *Restitution* cuando la comisión de un *wrong* genere un enriquecimiento injustificado en alguno de los contextos por ella aceptados. La aplicación de los remedios asociados al *Enrichment for Wrongdoing* implica encontrar un equilibrio entre dos principios propios de la *Restitution*: de un lado, el agente no debe enriquecerse como consecuencia de su ilícito, y, de otro lado, la víctima tampoco debería resultar enriquecida como consecuencia del remedio desplegado para subsanar el ilícito cometido por el agente.

"Dos principios en conflicto entran en juego al determinar el remedio apropiado para ilícitos que generan ganancias. Por un lado, quien comete un ilícito (*wrongdoer*) no deberían obtener ganancias de sus ilícitos. Por el otro lado, mientras las víctimas de un ilícito deberían ser compensadas por las pérdidas sufridas, estas no deberían terminar en una posición mejor a la que se encontraban como consecuencia del ilícito del demandado. La ley inglesa ha buscado encontrar un balance al permitir las acciones restitutivas sólo en algunos casos de ilícitos tipificados."<sup>31</sup> (Beatson & Schrage, 2003, pág. 529)

Teniendo en cuenta lo anterior, el ordenamiento jurídico inglés determinó que sólo hay lugar a desplegar acciones de *Restitution* en los casos en los que pueda hablarse de *wrongs* que cuenten con las siguientes características o asociados a los grupos que se exponen a continuación:

---

<sup>30</sup> En este punto es importante aclarar que en Colombia tras la nulidad del contrato siempre hay lugar a las restituciones mutuas y aunque esto pareciera asemejarse a un remedio restitutivo, en nuestro ordenamiento esto es considerado más un efecto propio de la nulidad que un remedio en sí mismo.

<sup>31</sup> "Two conflicting principles are in play when determining the appropriate remedies for gain making wrongs. On the one hand, wrongdoers should not profit from their wrongs, on the other hand while victims of wrongdoing should be compensated for any loss suffered, they should not be better off as a result of the defendant's wrongdoing. English law has sought to find a balance by allowing Restitutionary claims only in certain instances of nominate wrongs." (Beatson & Schrage, 2003, pág. 529)

**Torts:** La *Restitution* como remedio en los casos en que existe enriquecimiento sin causa por la comisión de un *wrong* puede presentarse en aquellos casos en que el *wrong* que genera el enriquecimiento es también un *Tort*. No obstante, no todos los *torts* generan la posibilidad de activar una acción de *Restitution*. Sólo aquellos *torts* denominados como *proprietary torts*<sup>32</sup>, por estar especialmente relacionados con la esfera personal de la víctima pueden llegar a generar *Restitution*. Algunos ejemplos de *torts* que dan lugar a *Restitution* y que en la actualidad son expresamente reconocidos son:

- Presentación y recolección indebida de un cheque. (*Wrongful presentation and collection of the proceeds of a cheque*)
- Intrusión o entrada ilegal en propiedad ajena. (*Trespass to land*)
- Incumplimiento de un pacto restrictivo relacionado con un bien inmueble. (*Breach of a restrictive covenant attaching to land*)
- Conversión de bienes (*Conversion of goods.*)

No todos los *torts* dan lugar entonces a una acción de *Restitution*. Sin embargo, existen casos en los que parece contradictorio no afirmar que hay lugar a *Restitution*, como lo son los casos de *torts* asociados a *Difamation* (Difamación) y *Negligence* (Negligencia) que terminan por ser *torts* que cumplen el requisito de los *proprietary torts*, pues se constituyen como transgresiones a derechos de la esfera personal de la víctima que generarían un daño (que en Colombia podría incluso catalogarse como un daño inmaterial puro) que podría justificar la aplicación de remedios asociados a *Restitution*.

***Infringement of Intellectual Property (Infracción a derechos de propiedad intelectual):*** Los casos de infracción a la propiedad intelectual pueden diferenciarse en 4 supuestos cobijados por la posibilidad de *Restitution*. Las infracciones a los derechos de autor (*copyright*) y patentes se encuentran que se reguladas mediante normas emitidas por el órgano legislativo inglés, también denominados estatutos<sup>33</sup>. Por su parte, la infracción de derechos marcarios y por *passing off*<sup>34</sup> se encuentran regulados a través del régimen general del *Common Law* inglés.

***Breach of Fiduciary Duty and Breach of Confidence (Infracción de un deber fiduciario o de un deber de confianza):*** En aquellos casos en los que el patrimonio del demandante ya sea dinero, bienes muebles o inmuebles o incluso información confidencial es confiada o puesta en manos de un tercero el *Common Law* permite activar la *Restitution* cuando dicho patrimonio es manejado de manera errónea, quebrantando la confianza de quien lo ha entregado o el deber fiduciario de quien lo recibe.

---

<sup>32</sup> Los *proprietary torts* son aquellos *torts* que recaen sobre los derechos reales o subjetivos de la víctima. La identificación de los *proprietary torts* como *torts* que permiten acudir a los remedios asociados a la *Restitution* se realizó a partir de la sentencia *Stoke Trent City Council v W. and J. Wass Ltd.* (Beatson & Schrage, 2003, pág. 525)

<sup>33</sup> Los remedios por infracción del *copyright* se encuentran consagrados en la *Copyright, Design and Patent Act* de 1998 y los remedios por infracción a las patentes se encuentran consagrados en la *Patent Act* de 1977.

<sup>34</sup> El supuesto de hecho de *passing off* parece carecer de traducción literal al español, pero se trata de un conjunto de normas que busca proteger la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sobre una creación cuando un tercero pretende suplantar su identidad o explotar dichos derechos sin ser realmente titular de los mismos.

***Breach of Contract (Incumplimiento contractual):*** La *Restitution* como remedio aplica excepcionalmente en algunos casos de incumplimiento contractual. Por regla general, el demandante no puede perseguir las ganancias de la parte incumplida mediante una acción de *Restitution*. No obstante, en los casos en que además del incumplimiento contractual se presentan, por ejemplo, un *Breach of Fiduciary Duty* (Incumplimiento de un deber fiduciario), un *Breach of Confidence* (Incumplimiento de un deber de confianza), o una interferencia con los derechos de propiedad de la víctima generando conductas como *trespass* (Intrusión en propiedad privada), *wrongful detention of goods* (Decomiso o detención injustificada de bienes) o *breach of a restrictive covenant attaching to land* (Incumplimiento de un pacto restrictivo relacionado con un bien inmueble) sí puede haber lugar a acciones de *Restitution*. Es importante señalar que, para este caso concreto, el factor decisivo para poder desplegar al *Restitution* está dado por la existencia de alguno de los *wrongs* antes mencionados, y no necesariamente por la existencia de una voluntad de transferir o contratar en cabeza de las partes.

Sumado a lo anterior, y tal y como se mencionó en su momento, los casos de *Enrichment For Wrongdoing* tienen además la particularidad de que permiten al demandante cuantificar la medida de la *Restitution* en función de las ganancias del infractor, por oposición a sus pérdidas como víctima.

Por su parte, tal y como se mencionó más arriba, en el caso de Estados Unidos, a pesar de que parece haber algunas categorías en las cuales se agrupan las instancias en las que puede haber lugar a *Restitution*, estas no parecen erigirse, a diferencia de la legislación inglesa, como presupuesto necesario para que exista una acción de *Restitution* válida.

Sumado a lo anterior, el hecho de que no exista una distinción expresa entre el *Autonomous Unjust Enrichment* y el *Enrichment for Wrongdoing* como en el caso inglés, hace que las categorías propuestas para el caso estadounidense sean más amplias. Por esta razón, al exponerlas brevemente será posible evidenciar múltiples similitudes con las categorías inglesas, como el hecho de que ambas reconozcan la necesidad de *Restitution* en los casos en que exista un *wrong*, por ejemplo. Dicho lo anterior, las categorías reconocidas por la jurisprudencia estadounidense y según lo dispuesto en el *Restatement of The Law Third: Restitution and Unjust Enrichment* se presentan a continuación junto con una breve descripción.

***Transfers Subject To Avoidance (Transferencias sujetas a anulación):*** Son aquellos casos en los cuales hay lugar a restituir beneficios recibidos como consecuencia de una transferencia en la que la voluntad de quien transfiere es imperfecta o está viciada. Aunque pueden existir diversos tipos de casos que pueden identificarse dentro de esta categoría, todos comparten un elemento común: la validez o efectividad del consentimiento de quien transfiere.

El *American Law Institute* en los *Restatements of The Law Third: Restitution and Unjust Enrichment* propone dividir esta categoría en 3 subcategorías adicionales que son, *Benefits Conferred by Mistake* (Beneficios conferidos por error), *Defective Consent or Authority* (Consentimiento o autoridad defectuosos), y *Transfers Made Under Legal Compulsion* (Transferencias realizadas bajo compulsión legal) (págs. 45-46). Tal y como se mencionó antes, dentro de esta categoría propuesta para el ordenamiento jurídico estadounidense pueden evidenciarse múltiples similitudes con los *grounds* de *Restitution* en los casos de *Autonomous Unjust Enrichment* como por ejemplo la presencia de *Mistake* o *Legal Compulsion* como causales de *Restitution*, y, en todo caso, es importante señalar

que las mismas se refieren a vicios del consentimiento que impiden hablar de contratos válidos entre las partes.

***Unrequested Intervention (Intervención no solicitada)***: Son los casos en los cuales el demandante ha actuado intencionalmente para conferir al demandado un beneficio que este no ha solicitado. A diferencia de los casos que pueden agruparse bajo los supuestos anteriores, aquí existe voluntad de transferir o conferir el beneficio en cabeza de un sujeto por parte de quien lo confiere o transfiere, no obstante, puede no haber voluntad de recibirlo, y por ende no hay voluntad de pagar por este, en cabeza de quien lo recibe. De acuerdo con lo dispuesto por el *American Law Institute* por regla general la condición para que en este tipo de supuestos pueda hablarse de *Restitution* a favor de quien ha conferido el beneficio es que exista prueba de que el beneficio fue solicitado por el beneficiario (The American Law Institute, 2011, pág. 285) . Lo anterior salvo algunas excepciones puntuales en las que la intervención no solicitada pueda, por ejemplo, ser justificada por alguna razón incluso a pesar de la ausencia de consentimiento entre las partes, o se trate de una cuestión de *policy* el incentivar el tipo de transacciones en cuestión.

En este caso resulta evidente que se trata de la ausencia de mutuo consentimiento como condición necesaria para la existencia de una transferencia válida, y no sobra mencionar, que en caso de que exista mutuo consentimiento, a partir de la prueba de que en efecto el beneficio por el que el demandante se niega a pagar fue solicitado, la acción de *Restitution* a la que habría lugar podría fácilmente ser reemplazada por un acción o remedio contractual.

***Restitution in Contract (Restitución en contratos)***: Esta categoría se propone como una categoría límite entre *Restitution* y *Contract*. Tal y como se mencionó más arriba, es posible hablar de supuestos en los cuales, en contextos contractuales pueden evidenciarse escenarios de *Tort* o de *Restitution*. La *Restitution in Contract* se propone como una serie de casos contractuales en los cuales, por diversas razones, los remedios contractuales que normalmente procederían en este tipo de supuestos en los que existe un contrato de por medio no pueden ser aplicados. Aunque el alcance de los remedios asociados a la *Restitution*<sup>35</sup> disponibles en este tipo de supuestos pueden ser diversos, estos sólo están disponibles de manera subsidiaria cuando los remedios contractuales a disposición de las partes no procedan.

Dentro de esta categoría es posible evidenciar un supuesto de especial interés para el presente trabajo, y es el caso del incumplimiento oportunista u *opportunistic breach*. El incumplimiento oportunista se presenta cuando una parte incumple de manera deliberada sus obligaciones contractuales debido a que por alguna razón este incumplimiento le genera una ganancia o beneficio mayor que el que derivaría de cumplir dichas obligaciones. Si bien como se explicó más arriba estos supuestos de *Restitution in Contract* podrían resolverse a través de remedios contractuales, en este caso particular asociados al incumplimiento contractual, en Estados Unidos se reconoce el *opportunistic breach* como un caso particular por tratarse de una conducta especialmente reprochable y que se realiza de manera dolosa. Por esta razón, se pone a disposición del demandante uno de los remedios asociados a la *Restitution* y que busca despojar al demandado de las ganancias obtenidas a partir de su incumplimiento contractual deliberado.

---

<sup>35</sup> Los remedios asociados a la *Restitution* pueden tomar diversas formas, las cuales serán objeto de un aparte posterior.

Este remedio se denomina *Disgorgement of Profits* o absorción de ganancias y sus características particulares se describen más adelante. Por ahora, basta señalar que esta conducta dolosa y especialmente reprochable en términos del ordenamiento estadounidense permite la existencia de este remedio especial que resulta particularmente útil para solucionar supuestos como el antes descrito.

***Restitution by Wrongdoing* (restitución por conductas ilícitas):** Son los casos en los que se presentan violaciones a los derechos de otro sujeto que terminan por generarle un enriquecimiento a quien los comete. La acción de *Restitution* en los casos de *wrongdoing* se presenta como una acción alternativa a la posibilidad de reclamar los daños generados en virtud del actuar ilegal o contrario al ordenamiento y se ofrece al demandante cuando esta permite una mayor favorabilidad para recuperar la posición en la que se encontraba antes del actuar ilícito del demandante. (The American Law Institute, 2011, pág. 3)

A diferencia del ordenamiento inglés no parece existir una lista taxativa de conductas que permitan acudir a *Restitution* como remedio. No obstante lo anterior, el *American Law Institute* los agrupa en las siguientes categorías entre las cuales es fácil identificar varias similitudes con las propuestas por el ordenamiento inglés en los casos de *Restitution for Unjust Enrichment*:

- *Trespass* (Intrusión en propiedad privada), *Conversion* (Conversion) y otros *wrongs* similares.
- *Missappropriation of Financial Assets* (Apropiación indebida de activos financieros).
- *Interference with Intellectual Property* (Interferencia con derechos de propiedad intelectual o derechos similares).
- *Fiduciary o Confidential Relations* (Relaciones fiduciarias o de confidencialidad).
- *Interference with other protected rights* (Interferencia con otros derechos protegidos de terceros).

***Benefits Conferred by a Third Person* (Beneficios conferidos por un tercero):** Son casos que se configuran cuando existe un enriquecimiento indirecto, es decir, en el que existe un tercer patrimonio involucrado en la transacción que termina en el enriquecimiento de un sujeto y el empobrecimiento correlativo de otro a sus expensas. Por lo general, en estos casos suele presentarse la intervención de un tercero que al otorgar un beneficio al demandado termina por generar un empobrecimiento a expensas del demandante.

Conocer las diferencias existentes en materia de *Restitution* tanto en el ordenamiento inglés como en el ordenamiento estadounidense nos permite llegar a la conclusión de que aquellos casos en los cuales se comete un ilícito que tiene como consecuencia un daño y que a su vez deriva en un enriquecimiento para quien lo comete parecen pertenecer a los supuestos de *Enrichment By Wrongdoing* en el caso inglés y de *Restitution For Wrongs* en el caso estadounidense o, al menos, pueden asociarse con los mismos.

A su vez, la caracterización de estos supuestos dentro de las categorías antes mencionadas en cada uno de estos ordenamientos nos permite aproximarnos a una definición para el término de “ilícito lucrativo” propuesto al comienzo de este trabajo, el cual, tras la revisión conceptual que hemos hecho, podríamos definir como: un actuar contrario al ordenamiento jurídico que transgrede normas que confieren derechos a un particular, de manera culposa o dolosa, y que genera un enriquecimiento para el transgresor.

Ahora, tras haber expuesto los diversos supuestos en los cuales es posible recurrir a la *Restitution* como remedio en los ordenamientos inglés y estadounidense, y de haber propuesto preliminarmente una definición de ilícito lucrativo, en la siguiente sección expondremos las diversas formas que pueden adoptar los remedios asociados a las *Restitution* y cómo estos pueden ser aplicados en los casos de ilícito lucrativo como supuestos en los que existe una conducta especialmente reprochable por parte de quien se enriquece no sólo a expensas de otro sino generándole un daño.

## **VI. Soluciones propuestas a los casos de *Enrichment by Wrongdoing* y *Restitution for Wrongs***

Hasta aquí se ha hecho un esfuerzo por tratar de definir el concepto de *wrong* desde la legislación inglesa y estadounidense, y de catalogarlo como el principal insumo del derecho civil en estos ordenamientos. Posteriormente, se expusieron las diversas ramas del derecho civil inglés y estadounidense mediante las cuales podía atenderse los supuestos en los que un sujeto contraviene las normas o *policies* que componen dichos ordenamientos, es decir, los supuestos en los que un sujeto comete un *wrong* ya sea a asociado a los *Torts, Contracts* o *Restitution*.

Una vez expuesto lo anterior, se trató de señalar las diferencias en el tratamiento que las legislaciones inglesa y estadounidense realizan de los *wrongs* a partir de la *Restitution* como rama de su derecho civil y principal objeto de este trabajo.

El objetivo de la presente sección será presentar ya no sólo las diferencias que existen en materia de *Restitution* en la legislación inglesa o estadounidense, sino presentar los diversos remedios que se ofrecen a partir de la *Restitution* en estos ordenamientos. Todo esto para enfocarnos principalmente en aquellos asociados a la *Restitution for Wrongs* por ser los más cercanos a nuestros casos de ilícito lucrativo, y de manera especial en uno de ellos, el *disgorgement of profits* o la absorción de ganancias.

En Estados Unidos, de acuerdo con lo dispuesto en *Restatements of The Law Third: Restitution and Unjust Enrichment* (The American Law Institute, 2011, pág. 173) los remedios a disposición de quien detenta una reclamación de *Restitution* pueden ser de dos tipos: Los Remedios en Dinero (*Money Remedies*) o los Remedios en Equidad (*Equitable Remedies*).

La principal diferencia entre los Remedios en Dinero y los Remedios en Equidad es el objeto de la obligación que se genera en cabeza de quien es responsable de restituir. Los Remedios en Dinero, como su nombre lo indica, buscan cuantificar en dinero el monto de la *Restitution*, con el fin de revertir el enriquecimiento injustificado y buscando que el monto calculado sea restituido a quien ha sido víctima del enriquecimiento.

De acuerdo con lo dispuesto por los *Restatements*, la aplicación de uno u otro tipo de remedio obedece al parecer, principalmente, a criterios prácticos, como la posibilidad de medir el alcance de la obligación de *Restitution* a partir de algunos criterios que se explican más abajo, la posibilidad de que el demandado cubra con su patrimonio la *Restitution* a la que será condenado, la posibilidad de concurrencia de otros acreedores ante un patrimonio limitado que afectarían la posibilidad del demandante de reclamar un Remedio en Dinero, entre otros. (The American Law Institute, 2011, pág. 174)

A pesar de la posibilidad de discernir entre ambos tipos de remedios, es importante señalar que los mismos no son excluyentes, lo cual implica que en algún caso concreto puedan utilizarse ambos remedios e incluso combinarse para lograr la medida de la *Restitution* deseada.

La posibilidad de aplicar un Remedio en Dinero también está dada por la posibilidad de cuantificar el monto de la obligación generada en virtud de la *Restitution*. Para esto, los *Restatements of The Law Third Restitution and Unjust Enrichment* proponen realizar esta cuantificación en función de dos variables. La primera es la forma en que el demandando se ha enriquecido o el tipo de enriquecimiento generado, es decir, si este se presentó por ejemplo en dinero líquido, en un ahorro, en la obtención de un bien particular, etc. El segundo de ellos es el grado de reproche subjetivo de la conducta mediante la cual se enriqueció el demandado (*fault*). (The American Law Institute, 2011, pág. 175)

Teniendo en cuenta lo anterior, los *Restatements* diferencian cuatro posibles alcances de la obligación de *Restitution* o cuatro posibles casos de *Restitution* basados en los dos criterios antes mencionados y que van desde el alcance más limitado hasta el más gravoso.

En primer lugar se encuentran lo que los *Restatements* denomina “*innocent recipients*” o receptores de buena fe. Estos terceros son aquellos sujetos que, inadvertidamente y sin culpa o dolo, fueron beneficiarios de la conducta del demandante que generó un beneficio por ser parte de la transacción fallida y cuya conducta no puede catalogarse como un *wrong*. En virtud de que el enriquecimiento presentado se realizó de manera prácticamente inadvertida, en estos casos la legislación estadounidense limita a su mínima expresión la obligación de *Restitution*, y consiste únicamente en obligar al tercero de buena fe que se vio enriquecido a restituir el valor del beneficio conferido calculando este a partir de alguna de las formas de cuantificación que se especifican más abajo y escogiendo siempre la menos gravosa para el demandado, o en su defecto el valor que el demandado hubiera dado al bien o servicio recibido por el demandante.

En segundo lugar, es posible encontrar a aquellas personas que los *Restatements* denominan *Tortfeasors without fault* (agentes dañosos sin culpa), los cuales pueden describirse como aquellos sujetos que han incurrido en un *Tort* pero cuya conducta no puede catalogarse como culposa<sup>36</sup> y que se han visto enriquecidos. La medida de la *Restitution* en estos casos se corresponderá con la valoración más baja que el juez pueda realizar, y que por lo general se asocia al costo de una licencia para explotar dicho bien o servicio o al valor del mismo en el mercado. Nótese como, contrario al caso anterior, esta vez el valor de la *Restitution* se cuantifica más a partir de un criterio de mercado y menos a partir de la valoración subjetiva que el demandante hubiera podido dar a su enriquecimiento.

Además, esta categoría se encuentra situada de manera opuesta al tercer supuesto que es quien de manera dolosa o gravemente culposa se ve enriquecido por la comisión de un *Tort* y quien, a

---

<sup>36</sup> En este punto es importante resaltar que en Estados Unidos no opera la división tripartita de la culpa, por lo que esta legislación no distingue grados de culpa. No obstante en un esfuerzo de interpretar lo dispuesto por los *Restatements*, y entendiendo que en nuestro ordenamiento jurídico es difícil hablar de daños carentes de algún título de imputación que generen consecuencias jurídicas, los *tortfeasors without fault* parecerían poder asociarse a aquellos sujetos que causan un daño a partir de la comisión de una culpa levísima, cuyo estándar de conducta es tan alto que la legislación estadounidense mal podría caracterizarlo como una culpa en toda regla.



diferencia del segundo supuesto, estará condenado al pago del valor más alto que pueda determinarse a partir de uno de los métodos de cuantificación utilizados por la jurisprudencia Estadounidense, e incluso podrá verse sometido a la forma de *Restitution* más estricta y rigurosa, la absorción de ganancias o *Disgorgement of Profits*, por tratarse esta de una conducta especialmente reprochable.

Por último, la legislación estadounidense también parece castigar a aquellos sujetos que se hayan enriquecido injustamente, incluso a pesar de no haber hecho parte de la transacción fallida o incurrido o participado en el *wrong* que originalmente dio lugar al enriquecimiento. Este tipo de supuestos se presenta cuando un sujeto, incluso a pesar de no ser partícipe de la transacción fallida o el *wrong* que da lugar al enriquecimiento recibe, retiene o maneja beneficios obtenidos mediante un enriquecimiento injustificado<sup>37</sup>. La ausencia de participación en el supuesto que da lugar al enriquecimiento no implica que este tercero que se ve beneficiado no haya desplegado conducta reprochable alguna, pues en cabeza de este se genera una obligación de *Restitution* cuando se presenta por su parte, por ejemplo, negligencia, mala fe o una conducta reprochable, inducción al error, entre otros. (The American Law Institute, 2011, pág. 234)

En estos casos la medida de la *Restitution* parece darse a partir de un estándar similar al del receptor de buena fe, pero con algunos agravantes. Por ejemplo, en los casos en que se hubiera visto enriquecido en virtud de la obtención de un beneficio no solicitado podría ser obligado a restituir el valor de este (situación que no se presentaría en los casos de receptores de buena fe). Sumado a lo anterior, la cuantificación de la obligación de *Restitution* podría darse por cualquiera de las formas antes explicadas y buscando siempre mitigar la pérdida de la víctima. Por último, en estos casos y según la conducta de los sujetos en cuestión podrían tratarse incluso como se trata a quienes han incurrido culposa o dolosamente en la conducta que da lugar a la *Restitution* permitiendo el máximo alcance posible para la obligación de *Restitution*.

Además del criterio para determinar el alcance de la obligación de *Restitution* de acuerdo con el grado de reproche subjetivo de la conducta del demandado como una forma de identificar si el remedio procedente es un *Money Remedy*, los *Restatements* proponen la posibilidad de determinar si estos proceden o no según la forma que haya presentado el enriquecimiento. Para ello, es importante distinguir si el enriquecimiento se presentó por la obtención de una suma de dinero o por la obtención de un beneficio no cuantificable en dinero o no reembolsable. Una vez determinado el tipo de remedio, y el alcance de la obligación de *Restitution*, lo anterior permite además cuantificar dicha obligación.

Teniendo en cuenta lo anterior entonces, también será necesario revisar la forma que ha adoptado el enriquecimiento o la vía mediante la cual se ha enriquecido el demandado. Esto puesto que en algunos de los casos de enriquecimiento sin causa propuestos por este ordenamiento las reglas de *Restitution* son diferentes, el reproche de las conductas será mayor y por ende, las consecuencias también lo serán. Tal y como sucede en el caso de *Restitution by Wrongdoing*.

Cuando el enriquecimiento que se presenta se da a partir de la obtención de una suma de dinero, la medida de la obligación de *Restitution* debe ser la misma suma obtenida en virtud del

---

<sup>37</sup> Una disposición similar, o al menos una intención de regular una disposición de manera similar a esta, en nuestro ordenamiento puede ser evidenciada en el artículo 2343 del Código Civil Colombiano.

enriquecimiento, o en su defecto, el valor del incremento neto del patrimonio de quien se enriquece, la que sea menor.

Por el contrario, en los casos en que el enriquecimiento se presenta por la recepción de un beneficio que no es posible reembolsar o retornar, la medida de la obligación de *Restitution* puede cuantificarse a partir de alguna de las siguientes medidas:

1. A partir del valor del beneficio obtenido por el demandado.
2. A partir del costo del demandante para otorgar al demandado tal beneficio.
3. El valor del mercado para dicho beneficio o uno de idénticas características.
4. El valor que el demandado hubiera aceptado pagar (en caso de que su consentimiento se considere válido para efectos de determinar el precio) o el demandante hubiera aceptado recibir en caso de que el beneficio hubiera sido conferido en virtud de una transacción válida o en ausencia de una transgresión al ordenamiento jurídico. (The American Law Institute, 2011, págs. 175-178)

Tal y como se mencionó más arriba, la aplicación de una u otra medida para cuantificar la obligación de *Restitution* dependerá de la conducta del demandado, y de la posibilidad de reprochar su conducta de manera subjetiva, o más bien, del alcance de dicho reproche. Así, en los casos de *Restitution for Wrongdoing* las reglas anteriores pueden verse modificadas puesto que la cuantificación ya no se realiza en términos de la pérdida sufrida por el demandante sino de los beneficios obtenidos por el demandado en virtud de que en este tipo de situaciones por lo general parece haber implícita una conducta reprochable.

La aparición de esta conducta especialmente reprochable en algunos casos de enriquecimiento por *wrongdoing*, en los que se ven violentados los derechos de un tercero, faculta a los jueces para cuantificar la medida de la *Restitution* de acuerdo con la ganancia del demandado y no con la pérdida del demandante. Estas ganancias pueden ser representadas de dos formas diferentes. La primera de ellas sería el denominado valor de mercado o *market value* del beneficio obtenido.

Esta forma de cuantificación podría describirse básicamente como la cuantificación que se realiza a partir del valor de mercado que dicho beneficio hubiese tenido<sup>38</sup>. La segunda de las formas de cuantificación basada en la ganancia del demandante es aquella que busca despojar al demandante de que los *Restatements* denominan los “*net profits*” o ganancias netas resultantes del *wrong*. A este tipo de cuantificación o remedio específico se le llama *disgorgement of profits* (absorción de ganancias) o *account for profits*. Estos *net profits* no sólo incluyen el valor de mercado del beneficio obtenido, sino que también, siguiendo reglas de causalidad, pueden incluir los ingresos, frutos o ganancias consecuenciales o derivadas de la comisión del *wrong*.

Debido a que la absorción de ganancias busca disuadir el enriquecimiento injustificado en general, y especialmente el causado en virtud de una conducta reprochable o un ilícito, la aplicación de este tipo de remedios puede llevar incluso, por ejemplo, a responsabilizar a quien se ha enriquecido por las ganancias o las pérdidas derivadas de inversiones realizadas con el dinero obtenido. (The American Law Institute, 2011, pág. 203)

---

<sup>38</sup> Este tipo de cuantificaciones por lo general pueden asociarse a la adquisición de una “licencia” para explotar el derecho de un tercero.

Por su parte, los *Equitable Remedies* se caracterizan por permitir a quien ha sido víctima de un *wrong* que puede repararse mediante *Restitution*, perseguir un bien específico pues este tipo de remedios no busca cuantificar en dinero el monto objeto de la *Restitution*, sino constituir derechos de participación o de propiedad sobre un bien particular en los casos en que la *Restitution* sea posible por este medio. Como se explicó más arriba, este tipo de remedios pueden ser aplicados cuando la posibilidad de que el demandado cubra con su patrimonio la *Restitution* a la que será condenado, la posibilidad de concurrencia de otros acreedores ante un patrimonio limitado que afectarían la posibilidad del demandante de reclamar un *Money Remedy*, entre otros.

Entre los *Equitable Remedies* dispuestos por la legislación estadounidense es posible encontrar principalmente el *Constructive Trust* (constitución de un fideicomiso) y el *Equitable Lien* (participación en equidad). El *Constructive Trust*, es aplicable en aquellos casos en los que el enriquecimiento que se presenta puede identificarse en un bien específico en el patrimonio del enriquecido. Cuando esto sucede, tal y como ya se ha mencionado, para remediar dicho enriquecimiento al demandado se le asigna la obligación de fideicomitente sobre este bien, el cual deberá devolver al demandante junto con sus frutos, en las condiciones que el juez determine. (The American Law Institute, 2011, págs. 296-331)

Por su parte el *Equitable Lien*, se presenta en aquellos casos en los que el beneficio obtenido por el demandado del demandante se utilizó o se vio reflejado en la preservación, conservación o mejora de un bien inmueble en particular. En estos casos en que la relación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento pasa de manera estrecha por un bien inmueble, los jueces pueden decidir conceder *Restitution* al demandante asignándole la posibilidad de cobrarse a partir de dicho bien inmueble, asignándole, no un derecho de propiedad como en el caso del *Constructive Trust*, sino un interés (*security interest*) en el bien inmueble. (The American Law Institute, 2011, págs. 331-352)

Además de los dos remedios principales asociados a los *Equitable Remedies*, la legislación estadounidense parece consagrar las restituciones mutuas en caso de nulidad o rescisión del contrato y el derecho real de persecución como remedios de este tipo. En el caso de la rescisión del contrato la legislación estadounidense permite no sólo las restituciones mutuas a las que hubiera lugar, sino también la entrega de todos los frutos o ganancias desprendidas de dichas prestaciones transferidas en el marco del contrato, lo cual resulta bastante interesante. (The American Law Institute, 2011, págs. 262-296)

Por su parte, el ejercicio del derecho de persecución como Remedio en Equidad asociado a la *Restitution* permite al demandante perseguir la propiedad objeto de su empobrecimiento o los frutos de la misma sin importar la forma que esta tome, de cualquier tercero siempre que este no sea un adquirente de buena fe. (The American Law Institute, 2011, págs. 379-408)

En Inglaterra por su parte, es posible hacer dos distinciones cuando se trata de remedios a disposición del demandante en los casos de *Restitution*. En todos los casos, ya sea de *Autonomous Unjust Enrichment* o de *Enrichment for Wrongdoing* los remedios a disposición del demandante pueden ser de dos tipos: *personal remedies* (remedios personales) o *proprietary remedies* (remedios de propiedad) o como los denominan Beatson y Schrage *remedies in personam* y *remedies in rem* (Beatson & Schrage, 2003, pág. 33). Cada una de estas categorías pone a disposición del demandante una serie de remedios particulares con sus características propias, los cuales pueden ser solicitados bajo diferentes circunstancias por el demandante o en su defecto aplicados por el juez competente.

Los *personal remedies* se caracterizan por ser remedios que crean en el demandado una obligación dineraria, es decir, que la *Restitution* a la cual es condenado tiene como fin el pago de una suma de dinero a favor del demandante, cuya forma de devolución y monto de cuantificación dependen de si nos encontramos en un escenario de *Autonomous Unjust Enrichment* o de *Enrichment for Wrongdoing*. Dentro de este tipo de remedios *in personam* podemos encontrar remedios como los *user damages* (valor de uso), *negotiation damages* (valor de negociación), *account for profits* o *disgorgement of profits* (absorción de ganancia), entre otros.

Si bien cada uno de los remedios antes mencionados tiene su forma y condiciones particulares de aplicación, todos tienen en común que su otorgamiento a través de una sentencia judicial crea en cabeza del demandado una obligación dineraria a favor del demandante. Así, por ejemplo, en los casos en que existe una violación a un derecho de propiedad o de propiedad intelectual en los casos de *Enrichment for Wrongdoing* es posible encontrar, por ejemplo, la concesión de *user damages* a favor de quien fuera el titular de la propiedad infringida, lo cual obliga al demandado a pagar el valor que una persona razonable hubiera pagado por el uso de la propiedad. Estos *user damages* son bastante parecidos a la medida de la *Restitution* que se cuantifica en la legislación estadounidense a partir del *market value*.

Otro ejemplo de los diversos tipos de formas que puede tomar la obligación de *Restitution* en la legislación inglesa son los denominados *Wrotham Park Damages*<sup>39</sup> hoy denominados *Negotiating damages* en virtud de la reciente sentencia emitida en el caso *Morris Gardner Vs One Step Ltd*, los cuales se imponen en los casos en que el demandante ha incurrido en un *incumplimiento contractual* que a su vez le ha generado un beneficio.

Otro de los remedios asociados a la *Restitution* a los que puede acceder el demandante es, como en Estados Unidos, al *Disgorgement of Profits* o *Account for Profits* en el cual, particularmente en los casos de *Enrichment for Wrongdoing*, este puede perseguir las ganancias obtenidas por el demandante mediante la comisión de un *wrong*. La posibilidad de acudir a este tipo de remedios, al igual que en Estados Unidos, se fundamenta en la especial reprochabilidad de la conducta de quien se enriquece a partir de la comisión de un *wrong* y la necesidad de dicho ordenamiento de desincentivar en la medida de lo posible este tipo de conductas.

Por su parte los menos comunes *proprietary remedies*, que resultan ser bastante similares a los *Equitable Remedies* de la legislación estadounidense, se caracterizan por conceder al demandante una participación o un derecho de propiedad sobre los bienes que subsisten en cabeza del demandando tras el enriquecimiento.

Este tipo de remedios pueden ser ejecutados, por ejemplo, a través de la constitución de un *Constructive trust* (constitución de fideicomiso) a través del cual la sentencia asigna al demandado

---

<sup>39</sup> Este nombre proviene de las partes del caso *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd* conocido en 1974 por la Cámara de Loes Inglesa en el cual *Parkside Homes Ltd* compró una porción de tierra ubicada en la hacienda *Wrotham Park* en Middlesex, la cual contenía una restricción para construir un número determinado de viviendas. Ignorando dicha restricción *Parkside Homes Ltd* decidió construir un número de casas superior al permitido, enriqueciéndose a partir del incumplimiento de la restricción en cabeza suya, por lo que la Cámara de Loes lo condenó al pago de los denominados *Wrotham Park Damages* que se cuantifican a partir del valor que para el demandante hubiera tenido eliminar la restricción violada.

una obligación de guarda y custodia de los bienes del demandante, constituyéndolo en fideicomitente sobre los bienes sustraídos al demandante.

Si bien ya se expuso que tanto en los casos de *Autonomous Unjust Enrichment* como en los casos de *Enrichment For Wrongdoing* los remedios pueden ser siempre *in personam* o *in rem*, la segunda distinción relevante es la de si la acción de *Restitution* se fundamenta en un *Autonomous Unjust Enrichment* o en un *Enrichment For Wrongdoing*. Esta distinción es relevante puesto que, tal y como ya se mencionó más arriba, la principal diferencia entre los remedios a disposición del demandante en uno y otro supuesto es que en los casos en que la *Restitution* se fundamenta en *Autonomous Unjust Enrichment* los remedios se cuantifican de acuerdo con la pérdida del demandante, mientras que si esta se fundamenta en *Enrichment for Wrongdoing* los remedios son cuantificados de acuerdo con la ganancia del demandado. Esto implica que no todos los remedios están disponibles en todos los casos, sino que corresponde a los jueces determinar cuál es el remedio procedente.

Los remedios disponibles para el demandante en cada caso estarán sujetos a las particularidades del *Autonomous Unjust Enrichment* y del *Enrichment for Wronddoing*. En este orden de ideas, es importante resaltar que además de la forma en que se cuantifica la medida de la *Restitution* en uno y otro caso, la forma que tome el remedio dependerá del *ground* o del tipo de *tort* que haya dado lugar a la *Restitution*.

Además de lo anterior, como una última anotación, es importante precisar que en los casos de *Autonomous Unjust Enrichment*, por tratarse de casos más relacionados con *Contract*, priman los remedios asociados a esta rama del derecho por encima de aquellos asociados a la *Restitution*. Así, los remedios asociados a *Restitution* sólo estarán disponibles para el demandante cuando los remedios de *Contract* no lo estén en virtud de la nulidad del contrato o sean insuficientes para atender el caso particular.

## Capítulo 2: El Ilícito Lucrativo en Colombia

### I. ¿Existen el Ilícito Lucrativo y la absorción de ganancias en nuestras fuentes de derecho civil más tradicionales?

Tras haber dedicado la primera parte de la investigación a identificar la figura del “ilícito lucrativo” y sus características en las legislaciones inglesa y estadounidense, de haber relacionado estos supuestos con el enriquecimiento sin causa, y haber descrito sus consecuencias o remedios aplicables, la siguiente pregunta que naturalmente correspondería abordar sería ¿cuál es el tratamiento que se le ha dado a esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano? ¿ha sido desarrollada o tratada, o sus elementos esenciales pueden ser identificados o están presentes? O por el contrario ¿ni el ilícito lucrativo ni la absorción de ganancias están presentes en del ordenamiento jurídico colombiano?

Para poder dar respuesta a estas inquietudes, hemos realizado una revisión exhaustiva de las fuentes más tradicionales del derecho civil colombiano: el Código Civil y el Código de Comercio; con el fin de identificar la existencia o no de disposiciones asociadas al ilícito lucrativo, a sus elementos esenciales o la absorción de ganancias como su consecuencia jurídica. La revisión de estas disposiciones además se complementó con la revisión de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia asociada a los hallazgos realizados en los Códigos Civil y de Comercio y con fuentes de doctrina nacional.

Esta revisión exhaustiva no sólo nos permitió identificar múltiples disposiciones que podrían estar asociadas al “ilícito lucrativo” o a sus consecuencias, las cuales serán expuestas más adelante, sino que también nos permitió iniciar una reflexión interesante con respecto a las posibles causas de la dificultad que encontramos para desligar algunos supuestos de hecho en los que interviene el derecho civil de la perspectiva de la víctima, de la identificación de un daño y eventualmente de la aplicación de remedios “indemnizatorios” para resarcir ese daño.

En este orden de ideas, pudimos identificar que, en nuestros códigos, particularmente en el Código Civil, es posible encontrar una tendencia a la redacción basada en elementos propios de la Responsabilidad Civil, es decir, utilizando términos de esta figura, para tratar supuestos en los cuales existe una transgresión al ordenamiento jurídico civil. Esta situación ya había sido identificada y brevemente introducida por el Profesor Arturo Solarte Rodríguez en su artículo “Reparación Integral del Daño y Restitución de los Beneficios Obtenidos por el Civilmente Responsable” (2015, pág. 28).

Esta redacción de normas “en clave de Responsabilidad Civil” implica una estrecha, y tal vez involuntaria, o al menos no plenamente consciente, relación entre una conducta ilícita, la comisión de un daño y la aplicación de la Responsabilidad Civil como su consecuencia jurídica por excelencia. Todo lo cual termina por dificultar la concepción de otras consecuencias diferentes al daño indemnizable ante una transgresión del ordenamiento jurídico civil, y por ende a la indemnización de este partir de la Responsabilidad Civil, como si fuera esta la única posibilidad a disposición.

Uno de los artículos que puede explicar, o al menos ejemplificar, la existencia del sesgo o la tendencia que hemos expuesto es el artículo 1494 del Código Civil que define las fuentes de las obligaciones:

**ARTICULO 1494. FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.** *Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en 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; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.*

Este artículo, por demás esencial para la estructuración de nuestro ordenamiento jurídico civil, parece exponer una relación necesaria entre conducta ilícita y daño. Esta relación necesaria se identifica al referirse al nacimiento de una obligación “a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona como en los delitos”, aparte que parece pasar por alto, o que al menos no explicita, la posibilidad de que de una conducta ilícita que pudiera dar lugar a una obligación pueda desprenderse una consecuencia diferente al daño. Este aparte además es el único que determina el nacimiento de una obligación a partir de la consecuencia de una conducta (inferir daño a otro) y no de la voluntad de una o ambas partes para desplegar una conducta como sucede en el caso de los contratos y en las demás fuentes descritas en el artículo.

El mencionado artículo también hace alusión a los cuasicontratos, regulados por el artículo 2302 del mismo Código. Este artículo, que permite complementar la revisión del artículo 1494, también parece exponer la existencia de una relación necesaria entre la comisión de una conducta ilícita y de un daño, pues en los casos en que la conducta es “ilícita” o “culpable” el daño parece presumirse y más bien se cuestiona el elemento subjetivo de dicha conducta -la intención o no de causar dicho

daño- siendo esto lo que permite además identificar si se trata de un delito o de un cuasidelito o culpa.

**ARTICULO 2302. DEFINICION DE CUASICONTRATO.** *Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.*

*Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.*

*Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.*

*Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa.*

Esta tendencia o sesgo también puede ser evidenciada a lo largo de la redacción de nuestros Códigos -particularmente del Código Civil- en la cual de manera frecuente se utilizan términos relacionados con la Responsabilidad Civil para referirse a supuestos de hecho en los cuales se presenta una transgresión al ordenamiento jurídico, es decir, conductas ilícitas. Así, es posible encontrar en diversos artículos términos como “**responsable de, indemnizar, daño,**<sup>40</sup>” entre otros, en disposiciones que no necesariamente se encuentran relacionadas con la Responsabilidad Civil o que pretenden regular supuestos de conductas ilícitas que podrían, fácilmente, dar lugar a consecuencias jurídicas diferentes al daño indemnizable o a la Responsabilidad Civil.

Ahora bien, más allá de la reflexión que se acaba de presentar, la investigación adelantada también nos permitió encontrar algunas disposiciones que podrían asociarse al ilícito lucrativo y a la absorción de ganancias en nuestro ordenamiento. Estas normas parecen ser normas aisladas, como luces en la oscuridad de nuestro sistema, que nos dan una idea o al menos nos permiten pensar que esta figura y sus consecuencias sí pudieron haber sido contempladas por nuestro legislador o que este sí era consciente de estas al momento de redactar nuestros Códigos.

Algunas de las normas identificadas resultan también como buenos ejemplos del sesgo que se ha venido mencionando, puesto que en las mismas es posible identificar supuestos diferentes a la Responsabilidad Civil descritos en términos de esta última. Esta situación será señalada en las normas expuestas en los casos en que aplique.

El primer artículo que fue posible identificar en relación con los elementos del ilícito lucrativo es el artículo 2343 del Código Civil que se refiere a aquellas personas obligadas a “indemnizar” el cual se transcribe a continuación.

**ARTICULO 2343. <PERSONAS OBLIGADAS A INDEMNIZAR>**. *Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.*

*El que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, solo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado.*

A pesar de que el artículo parece hacer referencia a la obligación de resarcir un daño por parte de un sujeto, puesto que señala quién está obligado a indemnizar, el artículo describe en su inciso

---

<sup>40</sup> Algunos buenos ejemplos de este sesgo pueden encontrarse en varios de los artículos que identificamos como posibles artículos relacionados con el ilícito lucrativo o con la absorción de ganancias en el ordenamiento jurídico colombiano tales como los que se tratan más adelante.

segundo un supuesto de hecho que difícilmente puede identificarse como de Responsabilidad Civil. En este punto es importante resaltar dos elementos que parecen poder asociarse al ilícito lucrativo y a la absorción de ganancias, en ese orden.

El primero es que el supuesto descrito no sólo parece obedecer más a un supuesto de hecho asociado a un enriquecimiento sin causa que a un supuesto de Responsabilidad Civil. También parece hacer referencia a un enriquecimiento sin causa producto de la transgresión por parte de un tercero de un derecho concedido a un particular, que le ha generado un daño a quién ha visto su derecho transgredido y que ha derivado en enriquecimiento tanto para el tercero transgresor como para el sujeto “obligado a indemnizar”; elementos casi en su totalidad asociados al supuesto de ilícito lucrativo antes descrito.

En segundo lugar, el artículo dispone lo que parece ser un límite para la obligación “indemnizatoria”<sup>41</sup> en cabeza de quien se ha enriquecido en virtud del dolo ajeno. Este límite es la ganancia obtenida. Es decir que, el sujeto que se ha enriquecido injustamente a partir de la transgresión por parte de un tercero de un derecho particular, y que en el proceso le ha causado un daño a dicho particular, no está obligado a nada distinto a restituir la ganancia obtenida. Nótese como la redacción del artículo no pretende hacer énfasis en el valor del daño sufrido por la víctima para determinar la cuantificación de la obligación en cabeza de quien se ha enriquecido, sino que, por el contrario, dicha cuantía está dada por el valor del enriquecimiento, incluso a pesar de que no ha sido este quien ha transgredido el derecho del particular empobrecido.

La norma citada se constituye además como un buen ejemplo del sesgo mencionado más arriba debido a que a pesar de usar términos propios de la Responsabilidad Civil, como “indemnizar” y “daño”, describe un supuesto de hecho que no se corresponde con uno de Responsabilidad civil, ya que, si a quien recibe provecho del dolo ajeno no le es imputable el “daño”, mal haríamos en afirmar que estaría obligado a “indemnizarlo”.

La revisión en la relatoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia arrojó varios resultados de sentencias relacionadas con este artículo. No obstante, ninguna de ellas relacionada con el aparte de interés o que se refirieran a cuantificación de la “obligación indemnizatoria” en función de las ganancias obtenidas por quien se hubiera beneficiado del dolo de un tercero.

En este mismo sentido es posible identificar también el artículo 1515 del Código Civil que continúa desarrollando las consecuencias de quien se ha beneficiado del dolo ajeno y que permite identificar que la idea del legislador en cuanto a la posibilidad de absorber las ganancias de quien se ha aprovechado del dolo ajeno no se plasmó aisladamente en el artículo 2343.

Si bien en este caso no se habla propiamente de la “obligación de indemnizar” en cabeza de quien recibe provecho del dolo ajeno, el artículo reitera la posibilidad de que en su contra se entable una

---

<sup>41</sup> La utilización del término “indemnizar” u obligación “indemnizatoria” entre comillas se realiza con el fin de señalar que la consecuencia jurídica a la que debería haber lugar por el supuesto descrito no necesariamente debería ser una obligación de carácter indemnizatoria, a pesar de que así sea concebido en la redacción del artículo. Por el contrario, en el supuesto descrito es posible concebir, más bien, un remedio de carácter restitutivo supeditado a la forma de cuantificación o al límite dispuesto por la norma.



“acción de perjuicios”, limitándolo una vez más al provecho reportado, redacción que, en todo caso, permite aplicar las mismas reflexiones adelantadas para el artículo 2343.

**ARTICULO 1515. <DOLO>**. *El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.*

*En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo.*

Al igual que el artículo anterior, la revisión en la relatoría de la Sala de Casación Civil de Corte Suprema de Justicia arrojó como resultado dos sentencias relacionadas con este artículo. No obstante, ninguna de ellas resultó relevante para el tema en cuestión.

Otro artículo cuya redacción encontramos interesante fue el artículo 1905 relacionado con el saneamiento por evicción.

**ARTICULO 1905. DESCUENTOS EN LA RESTITUCION DEL PRECIO.** *Si el menor valor de la cosa proviniere de deterioros de que el comprador haya sacado provecho, se hará el debido descuento en la restitución de precio.*

La redacción de este artículo parece dar a entender que, en los casos de saneamiento por evicción, puede haber lugar a daños que han resultado en provecho para quien los comete, representados en el deterioro del bien cuyo saneamiento se pretende. El descuento sobre la restitución del precio al que se refiere el artículo podría interpretarse como la absorción de la ganancia a favor del vendedor en virtud de los deterioros (daños) lucrativos del comprador.

Sobre este artículo no fue posible encontrar resultados en la relatoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, encontramos también en el Código Civil el artículo 2243 relacionado con la capacidad de contratar en el contrato de depósito.

**ARTICULO 2243. <CAPACIDAD CONTRATAR DEPOSITO>**. *Este contrato no puede tener pleno efecto sino entre personas capaces de contratar.*

*Si no lo fuere el depositante, el depositario contraerá, sin embargo, todas las obligaciones de tal.*

*Y si no lo fuere el depositario, el depositante tendrá sólo acción para reclamar la cosa depositada, mientras está en poder del depositario, y a falta de esta circunstancia, tendrá sólo acción personal contra el depositario hasta concurrencia de aquello en que por el depósito se hubiere hecho más rico, quedándole a salvo el derecho que tuviere contra terceros poseedores, y sin perjuicio de las penas que las leyes impongan al depositario en caso de dolo.*

Al prever las consecuencias de la falta de capacidad del depositario, el artículo menciona la posibilidad del depositante de desplegar una “acción personal” contra el depositario manifestando expresamente que dicha acción permite perseguir al depositario “hasta concurrencia de aquello en

que por el depósito se hubiere hecho más rico”. Esta redacción parece asimilar la falta de capacidad a un dolo, o como mínimo a un ilícito, y parece además demostrar alguna consciencia del legislador referente a la posibilidad del depositario de beneficiarse de esta.

Además, también vale la pena señalar que el artículo menciona una “acción personal” sin clasificarla necesariamente como una acción indemnizatoria o de Responsabilidad Civil, lo cual permitiría también contemplar entonces la posibilidad de que se diera lugar, por ejemplo, a una acción personal de carácter restitutivo en contra del depositario en virtud del supuesto descrito.

Vale la pena además anotar que este caso, parece ser un caso en el que se presenta el ilícito lucrativo y la absorción de ganancias en un ámbito contractual, lo cual permitiría concluir, junto con lo dispuesto en el artículo 1515 (dolo como vicio del consentimiento), que este tipo de supuestos de hecho fueron contemplados por nuestro legislador para ser de aplicación tanto en supuestos contractuales como extracontractuales.

A pesar de que sobre este artículo fue posible encontrar una sentencia<sup>42</sup> relacionada en la relatoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la misma trataba únicamente lo relacionado con la ausencia de capacidad para contratar del depositante como no óbice para que el depositario contrajera las obligaciones propias del contrato de depósito.

Además de los hallazgos realizados en el Código Civil, también fue posible evidenciar algunos artículos relacionados con el ilícito lucrativo y la absorción de ganancias en el Código de Comercio.

**ARTÍCULO 1609. <EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDA O DAÑOS - CASOS>.** *El transportador estará exonerado de responsabilidad por pérdidas o daños que provengan:*

*1) De culpas náuticas del capitán, del práctico o del personal destinado por el transportador a la navegación. Esta excepción no será procedente cuando el daño provenga de una **culpa lucrativa**; pero en este caso sólo responderá el transportador hasta concurrencia del beneficio recibido;*

*2) De incendio, a menos que se pruebe culpa del transportador;*

*3) De peligros, daños o accidentes de mar o de otras aguas navegables;*

*4) De fuerza mayor, como hechos de guerra o de enemigos públicos, detención o embargo por gobierno o autoridades, motines o perturbaciones civiles, salvamento o tentativa de salvamento de vidas o bienes en el mar;*

*5) De restricción de cuarentena, huelgas, "lock-outs", paros o trabas impuestas, total o parcialmente al trabajo, por cualquier causa que sea;*

*6) De disminución de volumen o peso, y de cualquier otra pérdida o daño, resultantes de la naturaleza especial de la cosa, o de vicio propio de esta, o de cualquier vicio oculto de la nave que escape a una razonable diligencia, y*

---

<sup>42</sup> La sentencia indicada es la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 2 de septiembre de 1985, cuyo magistrado ponente fue Humberto Murcia Ballén.

7) *De embalaje insuficiente o deficiencia o imperfecciones de las marcas.*

*PARÁGRAFO. Las excepciones anteriores no serán procedentes cuando se pruebe culpa anterior del transportador o de su agente marítimo, o que el hecho perjudicial es imputable al transportador o a su representante marítimo*

Este artículo resulta interesante para evidenciar la posible existencia de los supuestos asociados tanto al ilícito lucrativo como a la absorción de ganancias. Aunque su redacción está relacionada con los supuestos de responsabilidad civil por culpas del capitán, la misma hace referencia en su numeral primero a una excepción de dicha responsabilidad, la cual no resulta aplicable en los casos en los que se presente una “culpa lucrativa”.

Si bien el término “culpa lucrativa” no parece estar definido en ninguno de nuestros códigos o por la doctrina o la jurisprudencia, la interpretación literal del término permitiría pensar que nos encontramos frente a un supuesto de hecho en el que la transgresión de una norma jurídica (ilícito o culpa) deriva en un beneficio para quien la ha transgredido, elementos ambos que es posible asociar al ilícito lucrativo. En este punto vale la pena señalar que este artículo parece ser la única oportunidad en la que el legislador utiliza de manera expresa el término “culpa lucrativa” en el texto del Código Civil o el Código de Comercio.

El artículo posteriormente continúa describiendo las consecuencias jurídicas que surgen ante un evento de responsabilidad del capitán, cuando este hubiera cometido una “culpa lucrativa”. De esta forma, el artículo menciona que en caso de existir una “culpa lucrativa” por parte del capitán este deberá responder “hasta por concurrencia del beneficio recibido”. Lo dispuesto en este último aparte del literal a) del artículo 1609 nos permite evidenciar que al parecer existía al menos un grado de consciencia del legislador en lo referente a consecuencias jurídicas desprendidas a partir de la ganancia del infractor por oposición al daño sufrido por la víctima al momento de redactar este artículo. Lo cual puede a su vez señalarse como una evidencia más de lo que pudiera ser la existencia de la absorción de ganancias en nuestro ordenamiento.

A pesar de lo interesante de este artículo, no fue posible identificar ninguna sentencia relacionada con el mismo en la relatoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que lo desarrollara o que definiera el término “culpa lucrativa”.

Además de lo identificado en el artículo 1609, la revisión realizada también nos permitió identificar el artículo 1339 del mismo código, el cual propone abiertamente la absorción de ganancias como una consecuencia jurídica viable y disponible en el caso particular del factor, cuando se presente una transgresión a los derechos del preponente.

***ARTÍCULO 1339. PROHIBICIONES A LOS FACTORES.*** *Los factores no podrán, sin autorización del preponente, negociar por su cuenta o tomar interés en su nombre o el de otra persona, en negociaciones del mismo género de las que se desarrollan en el establecimiento administrado.*

*En caso de infracción de esta prohibición, el preponente tendrá derecho a las utilidades o provecho que obtenga el factor, sin obligación de soportar la pérdida que pueda sufrir.*

El aparte subrayado presenta de manera expresa como consecuencia a la transgresión de una norma (prohibición de los factores de actuar sin autorización del preponente) la posibilidad de quien se ha visto afectado de perseguir las utilidades o el provecho obtenido en virtud de dicha trasgresión. Esta disposición parece permitirnos evidenciar de manera más clara la voluntad del legislador de consagrar la absorción de ganancias como remedio en nuestro ordenamiento, ya que este es el único artículo que menciona expresamente esta posibilidad y usa términos directamente asociados a este remedio al afirmar que el preponente “tendrá derecho a las utilidades o provecho que obtenga el factor”.

Al igual que el artículo anterior, para el artículo 1339 tampoco fue posible encontrar sentencias relevantes en la relatoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Las normas hasta aquí expuestas parecen permitirnos evidenciar una intención del legislador de consagrar los supuestos de hecho del ilícito lucrativo y su consecuencia, la absorción de ganancias. No obstante, tal y como se mencionó más arriba, la existencia de estas disposiciones no parece ser más que una luz en la oscuridad, que nos permite identificar un sentir, una intención del legislador pero que difícilmente se constituyen como un sistema que nos permita sustentar una institución. Sumado a esto, las normas citadas tampoco parecen exponer una premisa clara en relación con la posibilidad o imposibilidad de aplicar el ilícito lucrativo y la absorción de ganancias en escenarios contractuales como extracontractuales.

Así mismo, estas normas tampoco parecen ser elementos suficientes para permitirle a la jurisprudencia continuar desarrollando por sí misma el ilícito lucrativo o la absorción de ganancias como supuestos independientes.

Lo anterior no solo justifica entonces la necesidad de poner en evidencia la existencia de este tipo de normas para permitir su divulgación, sino también la necesidad de realizar una propuesta legislativa clara y completa que permita la aplicación de figuras como el ilícito lucrativo y la absorción de ganancias que, tal y como se ha podido evidenciar hasta aquí, ya hacían parte de la intención del legislador al consagrarlas de alguna manera en nuestras fuentes más tradicionales de derecho civil como son el Código Civil y el Código de Comercio. Dicha propuesta será el objeto de la última sección de este trabajo.

## **II. El ilícito lucrativo y la absorción de ganancias en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico.**

A pesar de que el alcance inicial de la revisión propuesta estaba delimitado a la revisión de las fuentes más tradicionales de derecho civil, es decir, nuestro Código Civil y de Comercio, existen algunas normas de derecho civil expedidas más recientemente que también nos permiten fortalecer el argumento de que los supuestos del ilícito lucrativo y de la absorción de ganancias han sido consideradas por nuestro legislador.

En primer lugar, podemos señalar el artículo 25 de la ley 1340 de 2009 relacionada con la protección de la competencia.

***“ARTÍCULO 25. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS. El numeral 15 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:***

*Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

- 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 2. La dimensión del mercado afectado.*
- 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.*
- 4. El grado de participación del implicado.*
- 5. La conducta procesal de los investigados.*
- 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.*
- 7. El Patrimonio del infractor.*

*PARÁGRAFO. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.”*

Este artículo resulta interesante para el caso por dos motivos. El primero de ellos es que, si bien su redacción se relaciona con la posibilidad de imponer multas al infractor persona jurídica de las normas asociadas a la leal competencia, este artículo manifiesta de manera expresa la posibilidad de regular una consecuencia jurídica en función de “la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.” al facultar la imposición de multas cuyo monto se basa en dicha ganancia.

Sumado a esto, además, no sólo menciona como criterio de graduación para la imposición de la multa la suma o el valor del beneficio obtenido en su numeral tercero, sino que también menciona como criterios de graduación “el grado de participación del implicado” y “la conducta procesal de los investigados”, conductas que en ambos casos podrían asociarse al elemento de “especial reprochabilidad” de la conducta desplegada. Esto último resulta interesante puesto que el elemento de especial reprochabilidad de la conducta desplegada se ha mencionado en el capítulo anterior como un elemento adicional de los supuestos de ilícito lucrativo que permiten, en los ordenamientos inglés y estadounidense, graduar el alcance de la obligación de restituir en cabeza de quien ha cometido un ilícito.

Por último, y como comentario adicional a lo señalado con relación al citado artículo 25 de la ley 1340 de 2009, vale la pena mencionar que la redacción de este artículo pareciera permitirnos pensar que es posible que la absorción de ganancias no siempre se presente a favor de quien ha visto transgredido su derecho, puesto que, tal y como puede evidenciarse en este artículo la misma parece ser posible para delimitar obligaciones que no necesariamente son de carácter restitutivo o indemnizatorio (más bien parecieran ser de tipo punitivo) y cuyo sujeto activo termina siendo el Estado por ser quien recibe el dinero de la multa impuesta.

Por otro lado, nos encontramos con el artículo 243 de la Decisión 486 de 2000<sup>43</sup> de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) introducida en nuestro ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad. Este artículo se refiere a los criterios definidos por la Comunidad Andina de Naciones para determinar el monto de la indemnización de perjuicios en los casos de infracción marcaría<sup>44</sup>.

***“Artículo 243.- Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes:***

*a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción;*

*b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o,*

*c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.”*

Tal y como puede evidenciarse, el artículo contempla dentro de dichos criterios, entre otros, “el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción”. Lo anterior permite afirmar, una vez más, que el legislador ha contemplado remedios cuantificados en función de la ganancia de quien transgrede un derecho a un particular y a favor de este. El hecho de que este criterio se haya consagrado en una norma relacionada con la transgresión de derechos de propiedad intelectual resulta también curioso, puesto que, como ya se mencionó más arriba, en la legislación inglesa y estadounidense la transgresión a derechos de propiedad intelectual es una de las categorías en las que se ha reconocido expresamente la absorción de ganancias como remedio a favor del titular del derecho transgredido.

Otra cosa que resulta interesante señalar es que los criterios dados por el artículo 243 para cuantificar el monto de esta “indemnización” parecen ser bastante similares a los criterios utilizados por estas legislaciones para cuantificar el monto de sus obligaciones de restitución. Esto puede evidenciarse por ejemplo en los casos de *user damages* (valor de uso) que pueden asociarse al

---

<sup>43</sup> Si bien la Decisión 486 de 2000 no puede considerarse como una obra de “nuestro legislador” la suscripción y adhesión a este tipo de tratados internacionales se constituye como una evidencia adicional del interés que se tiene de incluir este tipo de normas en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>44</sup> Sobre este tema ha escrito el profesor Luis Felipe Botero Aristizábal en su artículo (La Indemnización de Perjuicios en las Acciones de Infracción a los Derechos de Propiedad Intelectual: Una Revisión Crítica del Caso Colombiano Frente a los Retos de la Globalización, 2007)

criterio dispuesto en el literal c) además de la cuantificación a partir del beneficio obtenido dispuesto en el literal b).

Ahora bien, a pesar de que el artículo está redactado en términos de “indemnización de daños” resulta contradictorio hablar del “monto de los beneficios obtenidos por el infractor” para graduar una “indemnización”, debido a que si la misma fuera a obedecer al monto de los beneficios obtenidos esta dejaría de estar dada en función de la pérdida y pasaría a estar dada en función de la ganancia, alejándose del principio de reparación integral del daño.

Uno de los denominadores comunes que parece presentarse en los artículos revisados es que todas estas normas, tal vez a excepción del artículo relacionado con la culpa náutica, describen supuestos que parecen alejarse de la Responsabilidad Civil. Por el contrario, los supuestos, los elementos descritos, las consecuencias propuestas para estos supuestos, y la redacción en general, parecen acercarse más a supuestos relacionados con el enriquecimiento sin causa. Ello permite evidenciar que el ilícito lucrativo y la absorción de ganancias en el ordenamiento jurídico colombiano parecen ser temas más propios del Enriquecimiento sin Causa que de alguna otra institución.

### **III. El Ilícito lucrativo y la absorción de ganancias en la doctrina nacional e internacional del *civil law*.**

Además de la revisión de las fuentes normativas mencionadas más arriba, también se realizó un barrido en la doctrina y la jurisprudencia con el fin de identificar si existían interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales relacionadas con el ilícito lucrativo, la absorción de ganancias o con la aplicación del enriquecimiento sin causa bajo el modelo propuesto.

Salvo por algunos capítulos bastante cortos, escritos por los autores clásicos<sup>45</sup> que componen nuestra doctrina nacional y el artículo escrito por la Dra. Yolima Prada Márquez en el libro de Marcela Castro de Cifuentes “Derecho de las Obligaciones” (2011), en el tema del Enriquecimiento sin Causa en general no fue posible encontrar un amplio número de textos.

Por su parte, en cuanto el ilícito lucrativo, su tratamiento parecer ser prácticamente nulo en la doctrina nacional, salvo, tal vez, por el artículo titulado “Reparación Integral del Daño y Restitución de los Beneficios Obtenidos por el Civilmente Responsable” escrito por Arturo Solarte Rodríguez y publicado en el tomo 8 de la Colección Conmemorativa Revista Responsabilidad Civil y del Estado 20 Años de la Revista del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y Del Estado el cual trata expresamente la posible existencia de “ilícitos lucrativos” en nuestro ordenamiento<sup>46</sup>.

En dicho texto, el autor se refiere a la figura del ilícito lucrativo como una posible consecuencia ya sea de la Responsabilidad Civil o del Enriquecimiento Sin Causa, y expone brevemente la posibilidad de la absorción de ganancias como consecuencia de estos. A pesar de que en principio el asunto del ilícito lucrativo parece ser para el autor un tema más asociado a la Responsabilidad Civil que a otra

---

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo: (Hinestrosa, 2015, pág. 67) y (Ospina, 1984, págs. 43-44)

<sup>46</sup> Este artículo plantea, además, por ejemplo, la importancia de los remedios restitutivos que existen en el ordenamiento jurídico colombiano, y presenta como ejemplo los artículos 2343, el artículo 1515 y los artículos 963 y el 1747.

cosa, este termina concluyendo que, tal vez, lo más acertado sea asociarlo al Enriquecimiento sin Causa<sup>47</sup>. (Solarte Rodríguez, 2015, pág. 45)

Una de las reflexiones propuestas por el profesor Solarte Rodríguez, que parece abogar en principio por el ilícito lucrativo como un tema de Responsabilidad Civil, es la importancia de la función de prevención que se le atribuye a la Responsabilidad Civil y cómo la misma se ve atropellada en los casos en que quien incurre en una conducta ilícita que genera un beneficio es obligado a indemnizar, pero no obligado a restituir las ganancias obtenidas. (2015, pág. 25)

*“(…) dada la importancia que tiene la prevención en todos los campos del derecho, es evidente que no se cumple dicho propósito, sea que se lo considere como fin principal o como objetivo secundario o reflejo de las reglas de la responsabilidad civil, si las personas causan daños obteniendo provechos o beneficios, a sabiendas de que la única consecuencia que van a sufrir es que se les obliga a indemnizar integralmente el daño causado, pero que pueden conservar el lucro obtenido, en muchos casos de cuantía muy superior al monto de las reparaciones que deben pagar.”* (Solarte Rodríguez, 2015, pág. 28)

A pesar de que el autor circunscribe esta reflexión sobre el incumplimiento de la función preventiva de las normas única y exclusivamente a las normas de responsabilidad civil, se considera que esta reflexión es valiosa y aplicable a cualquier norma de nuestro ordenamiento jurídico que pudiera justificar la existencia del ilícito lucrativo y la absorción de ganancias. Lo anterior si se tiene en cuenta que podría decirse, en términos generales, que todas las normas de nuestro ordenamiento incluyen un elemento disuasorio con el fin de prevenir o evitar conductas indeseadas por este.

Aunque en la doctrina nacional el tema parece ser poco estudiado, o por lo menos objeto de prácticamente ningún texto, en la doctrina de otros países de tradición Romano Germánica fue posible identificar algunos textos relacionados con el tema. Es el caso por ejemplo de Chile, donde la doctrina, en cabeza del profesor Enrique Barros Bourie, propone la existencia y viabilidad de remedios de carácter restitutivo como la absorción de ganancias asociados al ilícito lucrativo en su ordenamiento.

Por una parte, el profesor Barros Bourie analiza los supuestos de Restitución en el Código Civil chileno, separándolos en dos posibles categorías, bastante similares, por demás, a las categorías propuestas por el Common law: la restitución por relaciones obligatorias que erróneamente se asume que existen y la restitución por intromisión en derecho ajeno (Barros Bourie, García Rubio, & Morales Moreno, 2009, págs. 23-24).

Sumado a este análisis el profesor Barros Bourie también propone la posibilidad de desplegar la absorción de ganancias como una consecuencia de estos supuestos de Restitución, particularmente del supuesto de intromisión en derecho ajeno, y analiza la compatibilidad de este tipo de remedios

---

<sup>47</sup> El autor además propone algunas posibles justificaciones para el ilícito lucrativo y la absorción de ganancias que podrían ser aplicadas en el ordenamiento jurídico colombiano como, por ejemplo, (i) mediante el reconocimiento de daños punitivos, (ii) a partir del reconocimiento expreso de la función preventiva de la responsabilidad civil de manera tal que se permita superar las indemnizaciones basadas en el principio de reparación integral (iii) permitir la aplicación de las disposiciones asociadas al Enriquecimiento sin Causa como complementarias de la Responsabilidad Civil (iv) la gestión negocios impropia u agencia oficiosa, o (iv) a través de normas de derecho penal o administrativo que impliquen la absorción de ganancias como sanción.



en supuestos en los que también de Responsabilidad Civil. El citado artículo revisa también brevemente el papel del dolo en este tipo de situaciones, atribuyéndole un rol fundamental dentro del análisis para determinar la procedibilidad de la absorción de ganancias, y justificando esta conclusión en artículos del Código Civil Chileno como el 2316 (equivalente a nuestro artículo 2343 del Código Civil).

Además de lo anterior, una de las reflexiones más valiosas que propone el profesor Barros Bourie, y que resulta además como una justificación adicional del presente trabajo, es su reivindicación de la Responsabilidad Extracontractual como un tema contemplado exclusivamente desde la perspectiva de la víctima, la cual, en algunos casos, puede implicar pasar por alto temas como el enriquecimiento del deudor/causante del daño.

*“La responsabilidad extracontractual tiene una lógica bien definida: alguien toma o afecta con su acción un interés ajeno y tiene que indemnizar el daño resultante o repararlo en su naturaleza. El enriquecimiento del deudor es irrelevante, porque el objeto de la acción está definido desde la posición de la víctima, quien pretende ser restaurada patrimonialmente al estado anterior al daño”.* (Barros Bourie, García Rubio, & Morales Moreno, 2009, pág. 60)

Si esto fuera poco, además también se propone, incluso, la posibilidad de entender los remedios de carácter indemnizatorio y restitutivo como remedios complementarios.

### **CAPÍTULO 3: Aplicación del Ilícito Lucrativo y la Absorción de Ganancias en Colombia**

Las secciones anteriores fueron dedicadas a exponer el funcionamiento del ilícito lucrativo en otros países que lo reconocen y a buscar los elementos de esta figura en nuestro ordenamiento. Esta búsqueda nos permitió concluir en el capítulo anterior que, en la actualidad, a pesar de que su esencia parece hacer parte de nuestro ordenamiento jurídico, la figura del ilícito lucrativo no se encuentra claramente regulada en el mismo. La ausencia de consagración legal de esta figura (a pesar de que parece haber una clara intención del legislador de consagrarla) impide su aplicación y limita los remedios a disposición de quien ha sufrido un daño que ha enriquecido al agente responsable. ¿Qué se necesita para permitir la cabal aplicación de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano y cuáles serían los términos para su aplicación?

La última sección de este trabajo estará dedicada a dar respuestas a las preguntas planteadas al inicio del mismo en relación con la naturaleza del ilícito lucrativo y su posibilidad de aplicación en el sistema jurídico colombiano.

#### **I. ¿Es la institución del Ilícito Lucrativo un asunto de Responsabilidad Civil?**

En primer lugar, debemos comenzar por revisar la posibilidad de identificar la naturaleza del ilícito lucrativo como institución jurídica. Sobre este punto se han venido anticipando algunas conclusiones en los capítulos anteriores.

Tal y como fue mencionado en el capítulo I, en los ordenamientos jurídicos del Common Law en los que se reconocen los supuestos de *Enrichment for Wrongdoing* parece ser bastante claro que estos supuestos se identifican como parte de la familia o rama del derecho de la *Restitution*. No obstante, lo anterior no es aleatorio.

Es importante tener en cuenta que la *Restitution* se define como aquella rama del derecho en los ordenamientos del *Common Law* que agrupa las normas jurídicas tendientes a “despojar a alguien de aquello que obtuvo de manera injusta, o, en todo caso, impedir que lo retenga.”, objetivo con el cual es posible identificar los supuestos normativos asociados al *Enrichment for Wrongdoing*.

Sumado a esto, los supuestos normativos asociados al *Enrichment for Wrongdoing* en los ordenamientos anglosajones buscan revertir las situaciones antes mencionadas a partir de la aplicación del remedio de la absorción de ganancias. De acuerdo con lo dicho con anterioridad sobre este remedio, este permite despojar al infractor de aquello que ha obtenido injustamente, pero no tiene como fin devolver a la víctima al lugar exacto en que se encontraba antes de la comisión del *wrong* (hecho ilícito) que dio lugar a su enriquecimiento. La posibilidad de aplicar este tipo de remedios que tienen por fin materializar el objetivo de esta rama del Derecho pone de presente la estrecha relación entre el *Enrichment for Wrongdoing* y la *Restitution*.

Por último, vale la pena resaltar que la naturaleza del remedio de la absorción de ganancias impide además clasificar los casos de *Enrichment for Wrongdoing* como supuestos normativos asociados a los *Torts* puesto que el fin de sus remedios no es indemnizatorio, como aquellos asociados a esta rama.

Ahora bien, en el caso colombiano la relación entre el ilícito lucrativo y el Enriquecimiento sin Causa no parece ser tan nítida como en los ordenamientos inglés y estadounidense. No obstante, la investigación hasta aquí realizada nos permite llegar a la misma conclusión: el ilícito lucrativo es un supuesto normativo asociado al Enriquecimiento sin Causa y no a la Responsabilidad Civil.

A pesar de que en Colombia no se reconoce expresamente el ilícito lucrativo de la misma manera en que se reconoce el *Enrichment for Wrongdoing* en los ordenamientos anglosajones, y de que su consagración en nuestro ordenamiento parece ser apenas un indicio identificado a partir del hallazgo de algunas normas puntuales, existen algunas razones que nos permitirían arribar a la conclusión antes mencionada. Lo anterior, incluso, a pesar del sesgo en la redacción de las normas que hemos podido identificar a partir de su revisión.

En primer lugar, y no obstante utilizar términos propios de la Responsabilidad Civil en vista del sesgo antes mencionado, las normas identificadas como posibles casos de ilícito lucrativo describen supuestos de transgresiones a derechos concedidos a particulares en los cuales se presentan además desplazamientos patrimoniales injustificados, es decir, Enriquecimientos sin Causa, por oposición a supuestos asociados a alguna otra figura del Derecho Civil. Un buen ejemplo de esto puede ser el citado artículo 2343 del Código Civil en el cual se menciona la obligación de “indemnizar” hasta por el “provecho” reportado en virtud del dolo cometido por un tercero.

En segundo lugar, y, una vez más, a pesar de la utilización desafortunada de términos asociados a la Responsabilidad Civil, encontramos que las consecuencias consagradas en los supuestos normativos identificados consagran de manera directa o indirecta la absorción de ganancias como remedio aplicable por oposición a otro tipo de consecuencias como la acción indemnizatoria por Responsabilidad Civil o alguna otra consecuencia relacionada. Lo anterior puede evidenciarse, por ejemplo, en el artículo 1339 del Código de Comercio, en el cual se presenta la absorción de ganancias como consecuencia a la transgresión de una norma jurídica que concede al preponente un derecho de exclusividad sobre las negociaciones del género cuya administración le haya sido encomendada.

Al igual que en el caso de los ordenamientos jurídicos del *Common Law* que se revisaron, las consecuencias propuestas en el ordenamiento jurídico colombiano para este tipo de supuestos de hecho difícilmente pueden asociarse con remedios de carácter indemnizatorio o de alguna otra naturaleza diferente a la restitutiva. La imposibilidad de identificar un fin distinto al restitutivo en este tipo de remedios sirve como argumento adicional para aseverar que el ilícito lucrativo es una figura afín a la institución del Enriquecimiento sin Causa.

## II. Aplicación del Ilícito Lucrativo en Colombia

Una vez identificada la figura jurídica con la cual podría relacionarse el ilícito lucrativo en Colombia, se hace necesario revisar brevemente las características de la misma para determinar la posibilidad de aplicación del ilícito lucrativo como una de sus modalidades.

En Colombia, el Enriquecimiento sin Causa fue fruto del desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Suprema de Justicia, quien, a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 1935, cuyo magistrado ponente fue el magistrado Eleuterio Sierra aceptó la existencia y aplicación en Colombia del principio general del Derecho que reza que “Nadie puede enriquecerse injustamente a causa de otro”<sup>48</sup>.

Esta misma sentencia consagró además los requisitos esenciales del Enriquecimiento sin Causa que hoy componen la figura, prácticamente tal y como la conocemos y que se encuentra consagrada en nuestro artículo 831 del Código de Comercio. De manera casual, en los requisitos propuestos por dicha sentencia también es posible evidenciar una estrecha relación entre el enriquecimiento de un sujeto y un daño sufrido por otro, pues además de la necesidad de un desplazamiento patrimonial en los albores de esta figura también se habla de la generación de un daño a partir de dicho desplazamiento.

Los requisitos inicialmente consagrados para la aplicación de esta figura eran: la entrada de un provecho comprobado en el patrimonio del demandado, que al beneficio en cuestión no hubiese tenido ningún derecho el demandado y que obedeciera a un empobrecimiento correlativo del demandante, y, por último, que de no existir reembolso de lo gastado o del valor de los servicios prestados, el demandante sufriera un daño.

Lo anterior resulta interesante porque podría implicar que el sesgo que hasta aquí se ha venido mencionando<sup>49</sup> se encuentra presente tanto en nuestras normas como en nuestra jurisprudencia, y que el mismo es incluso evidenciable en la creación de otras instituciones que, en principio, no parecieran tener relación alguna con la Responsabilidad Civil. Por otra parte, también podría implicar que, en su momento, el desplazamiento patrimonial injustificado no se constituía como

---

<sup>48</sup> La información mencionada fue tomada del artículo “Enriquecimiento Sin Causa” de la profesora Yolima Prada Márquez, publicado en el libro de 2011 de editorial Temis “Derecho de las Obligaciones” cuya autora es Marcela Castro de Cifuentes.

<sup>49</sup> Cuando nos referimos al sesgo antes mencionado nos referimos a la tendencia que parece existir en nuestro ordenamiento jurídico de redactar normas que contienen supuestos de transgresiones al ordenamiento jurídico civil o ilícitos civiles usando lenguaje propio de la Responsabilidad Civil, generando así una estrecha relación entre la comisión de un ilícito, la causación de un daño y la aplicación de responsabilidad civil como la consecuencia por excelencia para remediar dicho ilícito.

argumento suficiente para acudir, por sí solo, al Enriquecimiento Sin Causa. Esta última posición, en todo caso, actualmente, y a la luz de la esencia de esta figura, ameritaría ser revisada.

A partir de la declaración de existencia de este principio, el Enriquecimiento sin Causa fue objeto de múltiples desarrollos, todos por la vía jurisprudencial, que derivaron en la figura jurídica que hoy conocemos.

Además de los requisitos antes expuestos, la Corte Suprema de Justicia en una sentencia posterior<sup>50</sup>, agregó a los elementos antes mencionados el requisito de la subsidiariedad, el cual implicaba la imposibilidad de acudir al Enriquecimiento sin Causa en aquellos casos en los que hubiera lugar a alguna otra acción que pudiera desplegarse previamente, lo que terminó por relegar la acción por Enriquecimiento sin Causa a un segundo plano e impidió la aplicación práctica del mismo.

Este último requisito es tal vez el primer obstáculo que debe superarse para permitir la aplicación del ilícito lucrativo y la absorción de ganancias como una modalidad del Enriquecimiento Sin Causa, puesto que, si la aplicación de este último se encuentra proscrita salvo que se trate de un tema de última ratio, pues de la misma manera estarían proscritas sus modalidades o figuras derivadas.

Con anterioridad otros autores<sup>51</sup>, entre los que se encuentra el autor del presente texto, ya han defendido la necesidad de eliminar la subsidiariedad como requisito para la aplicación del Enriquecimiento sin Causa, con el fin de permitirle a quien ha sido víctima de un ilícito, sea cual sea la consecuencia que este haya generado, acudir a una gama más amplia de remedios a su disposición y discreción. La eliminación de este requisito resulta necesaria si se tiene en cuenta la evolución que a hoy se ha venido presentando en relación con los supuestos de hecho que podrían tener como consecuencia el Enriquecimiento sin Causa, incluyendo aquellos en los cuales podría evidenciarse un ilícito lucrativo y desplegarse la absorción de ganancias.

Además, la eliminación de la subsidiariedad no parece conllevar un procedimiento especialmente complicado, ya que esta podría ser eliminado a partir de la emisión de una norma expresa en dicho sentido o a partir del viraje de la jurisprudencia que ha defendido la necesidad de este requisito con el fin de sentar un precedente jurisprudencial en relación con la eliminación del mismo.

El segundo obstáculo a superar para poder consagrar el ilícito lucrativo y aplicar la absorción de ganancias en Colombia es la ausencia de una norma concreta que permita identificar los elementos del ilícito lucrativo como supuesto de hecho que daría lugar a la aplicación de la absorción de ganancias como su remedio correspondiente.

Al igual que la eliminación del requisito de subsidiariedad, este obstáculo puede ser superado de dos maneras, la primera de ellas es que a partir de la vía original que permitió la consagración del Enriquecimiento sin Causa en Colombia, es decir, la jurisprudencia, se consagrara la existencia del ilícito lucrativo y de la absorción de ganancias.

Lo anterior podría realizarse a partir de la revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia de algún caso en el que se vieran involucradas algunas de las normas señaladas en el presente trabajo con el fin de identificar dicha figura y afirmar su existencia. Incluso, el sólo reconocimiento por esta vía, de

---

<sup>50</sup> Sentencia del 19 de noviembre de 1936. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Francisco Mujica

<sup>51</sup> Véase a modo de ejemplo: (Prada Márquez, 2011, pág. 848)

la existencia del sesgo mencionado en una sección anterior de este texto permitiría una gran evolución en materia normativa para los temas asociados a la comisión de ilícitos civiles y a la consagración de supuestos normativos más coherentes y consecuencias más efectivas y eficientes para prevenirlos.

Una segunda opción para superar la dificultad de la ausencia de norma expresa que permita la aplicación del ilícito lucrativo y la absorción de ganancias es a partir de la vía legislativa. Para lograr lo anterior por esta vía sería necesaria la expedición de una ley que modificara nuestro Código Civil agregando el supuesto de hecho del ilícito lucrativo, definiera sus elementos y características, determinara su aplicación y consagrara la absorción de ganancias como su consecuencia.

Esta iniciativa legislativa tendría como fin poner de presente de manera expresa el ilícito lucrativo como figura jurídica, describiría los elementos que lo componen. Así mismo, incluiría los elementos de la absorción de ganancias y sus criterios de aplicación. Lo anterior para disipar cualquier duda con respecto a la existencia de este tipo de supuestos y de sus consecuencias.

Por considerarlo la vía más práctica, a continuación, se presenta una breve propuesta legislativa de acuerdo con lo antes mencionado. Se podría intuir, a pesar del sesgo que hemos venido mencionando, que estos artículos podrían estar ubicados en el Título XXXIV del Código Civil que se refiere a la responsabilidad por los delitos y las culpas<sup>52</sup>, modificando el título para incluir por lo menos dos artículos, uno que definiera el ilícito lucrativo y otro que propusiera la absorción de ganancias como su remedio.

**Artículo "XXX". Del ilícito lucrativo** – *Se entenderá por ilícito lucrativo aquella conducta desplegada por un sujeto, ya sea de en el ámbito contractual o extracontractual, que sea contraria al ordenamiento jurídico, por transgredir normas que confieren derechos a un particular, ya sea de manera culposa o dolosa, y que genera un enriquecimiento para el transgresor. El ilícito lucrativo tendrá como consecuencia la absorción de las ganancias obtenidas por el infractor a partir del ilícito cometido, a favor de la víctima.*

**Artículo "XXX". De la absorción de ganancias** – *Entiéndase por absorción de ganancias el remedio de carácter restitutivo que permite despojar a quien ha cometido un hecho ilícito de las ganancias que de este hecho haya obtenido.*

*El alcance de la obligación de restituir a través de la absorción de ganancias en cabeza del infractor será determinado en función de la norma infringida, de la ganancia obtenida por el infractor, del factor subjetivo de la conducta ilícita desplegada y de la reprochabilidad de su conducta.*

Si bien la propuesta sería incluir las dos normas antes mencionadas en el título XXXIV relacionado con los delitos y las culpas extracontractuales, en principio, nada parecería obstar para que el ilícito lucrativo y la absorción de ganancias fueran aplicadas en supuestos contractuales. No obstante lo anterior, tal y como se ha venido mencionando, y en relación con las figuras de *Autonomous Unjust Enrichment* en Inglaterra, en principio los supuestos contractuales de enriquecimiento parecerían

---

<sup>52</sup> Esto teniendo en cuenta que el capítulo parece tratar las consecuencias de la comisión de ilícitos, a pesar de que sólo trate supuestos de Responsabilidad Civil.

estar bien amparados bajo la figura del Enriquecimiento Sin Causa de nuestro artículo 831 del Código de Comercio.

Adicionalmente, la aplicación del ilícito lucrativo en un contexto contractual implicaría la necesidad de revisar la prevalencia de los remedios de carácter contractual a favor del acreedor, los cuales, en la opinión de quien escribe podrían prevalecer sobre los demás remedios, salvo que logre probarse que los mismos resultan insuficientes para atender el caso particular.

La inclusión de estas dos normas pareciera ser, al menos en principio, un primer paso para permitir la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico del ilícito lucrativo y de la absorción de ganancias de manera expresa. Las mismas serían el insumo además para permitir el desarrollo jurisprudencial de estas instituciones, lo cual llevaría además por fuerza, a revisar y desarrollar a partir de la labor interpretativa de nuestros jueces, las demás normas citadas en el presente texto, contribuyendo a la armonización normativa, a la ampliación de los remedios a favor del acreedor para tener más y mejores remedios, y, por último, a honrar el que pareciera ser el deseo de nuestro legislador.

## CONCLUSIONES

1. En los ordenamientos jurídicos del *Common Law*, como el inglés y el estadounidense, el derecho civil puede dividirse en tres ramas o familias particulares: *Tort*, *Contract*, y *Restitution*. Estas tres ramas tienen además por insumo principal el denominado *wrong* (ilícito) el cual consiste en una conducta activa u omisiva contraria al ordenamiento jurídico por transgredir normas de carácter general, *policies* o normas de carácter particular o que confieren derechos a particulares
2. El ilícito lucrativo en Inglaterra y Estados Unidos parece estar asociado a la familia de la *Restitution*. En Inglaterra esta familia se divide en *Autonomous Unjust Enrichment* y *Enrichment For Wrongdoing*, relacionándose el ilícito lucrativo más con la segunda que con la primera. En el caso estadounidense, a pesar de no contar con la misma división, también es posible evidenciar el ilícito lucrativo como parte de la *Restitution* a través de la denominada *Restitution for wrongs*.
3. En nuestras normas de derecho civil parece existir una tendencia a redactar las disposiciones relacionadas con transgresiones al ordenamiento jurídico civil valiéndose de términos propios de la Responsabilidad Civil, lo cual puede contribuir a crear, aunque sea de manera involuntaria, una estrecha relación entre la comisión de ilícitos civiles, la causación de un daño como consecuencia de dicho ilícito, y de la necesidad de aplicar la Responsabilidad Civil como su consecuencia. Dicho sesgo parece no ser reconocido aún por la jurisprudencia, que, en todo caso, ha interpretado las disposiciones expuestas en el presente trabajo como propias de la Responsabilidad Civil a pesar de los supuestos que consagran.
4. El concepto de ilícito lucrativo parece estar presente de manera sutil en nuestras normas civiles más tradicionales, como el Código Civil y el Código de Comercio; sin embargo, la existencia de las normas expuestas en el presente trabajo no parece ser suficiente para dar lugar a la aplicación incondicional del ilícito lucrativo y de la absorción de ganancias.
5. De acuerdo con las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano revisadas en el presente trabajo y las consecuencias que parecen consagrar las mismas en Colombia, al igual que en otros ordenamientos como el inglés o el estadounidense, el ilícito lucrativo y la

absorción de ganancias parecen ser instituciones relacionadas con el Enriquecimiento sin Causa más que con otras figuras como la Responsabilidad Civil.

6. Para permitir la aplicación cabal del ilícito lucrativo y la absorción de ganancias en nuestro ordenamiento de la manera en que pareciera quererlo nuestro legislador es necesario superar dos obstáculos: (i) la eliminación del requisito de subsidiariedad para la aplicación del Enriquecimiento sin Causa y (ii) la consagración de normas más claras que contengan la posibilidad expresa de recurrir a estas figuras y que permitan dar el primer paso hacia su aplicación y desarrollo jurisprudencial.
7. En Colombia, en principio, parecería viable aplicar la figura del ilícito lucrativo y la absorción de ganancias para supuestos tanto contractuales como extracontractuales a partir de las normas propuestas en el presente trabajo.

## Bibliografía

- Barros Bourie, E., García Rubio, M. P., & Morales Moreno, A. M. (2009). *Derecho de Daños*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Beatson, J., & Schrage, E. (2003). *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Beatson, J., & Tolhurst, G. (1998). Debt, Damages and Restitution. *The Cambridge Law Journal*. Vol.57, No.2, 253-257.
- Birks, P. (2005). *Unjust Enrichment*. Oxford University Press.
- Black's Law Dictionary*. (2009). Minesota: Thompson Reuters.
- Botero Aristizábal, L. F. (2007). La Indemnización de Perjuicios en las Acciones de Infracción a los Derechos de Propiedad Intelectual: Una Revisión Crítica del Caso Colombiano Frente a los Retos de la Globalización. *Revista La Propiedad Inmaterial*.
- Bray, S. (2017, Noviembre 22). Disgorgement And The Restitutionary Remedies. *The Washington Post*.
- Cambridge University Press. (2019, Marzo 3). *Cambridge Dictionary*. Retrieved from Cambridge Dictionary: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/wrong>
- Cambridge University Press. (2019, Septiembre 21). *Cambridge Dictionary*. Retrieved from Cambridge Dictionary: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/policy>
- Dobbs, D. D., Hayden, P. T., & Bublick, E. M. (2000). *Hornbook On Torts*. Minnesota: West Academic Publishing.
- English Law Commission. (2019, Marzo 25). *Law Comision*. Retrieved from Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2015/04/LC247.pdf>

- Farnsworth, W. (2014). *Restitution Civil Liability For Unjust Enrichment*. Chicago: The University Of Chicago Press.
- Green, M. D. (2015). Basic Questions of Tort Law From The Perspective Of The USA. In H. Koziol, *Basic Questions Of Tort Law From A Comparative Perspective* (p. 450). Jan Sramek Verlag.
- Hand, L. (1897). Restitution or Unjust Enrichment. *Harvard Law Review Vol. 11, No.4*, 249-257.
- Hinestrosa, F. (2015). *Tratado De Las Obligaciones*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Levmore, S. (1985). Explaining Restitution. *Virginia Law Review Vol. 71 No.1*, 65-124.
- Mckendrick, E. (2011). *Contract Law*. West Yorkshire: Palgrave Macmillan Law Masters.
- Ospina, G. (1984). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Prada Márquez, Y. (2011). Enriquecimiento Sin Causa. In M. Castro de Cifuentes, *Derecho de las Obligaciones* (pp. 831-868). Bogotá: Temis.
- Rotherham, C. (2007). The Conceptual Structure of Restitution for Wrongs. *The Cambridge Law Journal Vol. 66, No. 1* , 172-199.
- Smith, S. A. (2005). *Atiyah´s Introduction to the Law of Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- Solarte Rodríguez, A. (2015). Reparación Integral del Daño y Restitución de los Beneficios Obtenidos por el Civilmente Responsable. *Responsabilidad Civil y del Estado Tomo VIII*, 15-48.
- The American Law Institute. (1981). *Restatement of the Law Second: Contracts*. Saint Paul: The American Law Institute Publishers.
- The American Law Institute. (2011). *Restatement of The Law Third Restitution and Unjust Enrichment Vol. II*. Minesota: American Law Institute Publishers.
- The American Law Institute. (2011). *Restatement of The Law Third Restitution and Unjust Enrichment. Vol I*. Minesota: American Law Institute Publishers.
- The American Law Institute. (2019, 21 Septiembre ). *The American Law Institute*. Retrieved from The American Law Institute: <https://www.ali.org/>
- Wagner, G. (2006). Comparative Tort Law. In M. R. Zimmermann, *Oxford Handbook Of Comparative Tort Law* (pp. 1004-1041). Oxfordshire: Oxford University Press.

## Jurisprudencia

*Allcard Vs Skinner* (1887) 36 Ch Div 145.

*Astley Vs Reynolds*. (1867) LR 2 CP 651

*Attorney General Vs Blake*. [2000] 3 WLR 625 [2000] 4 All ER 385, [2000] EMLR 945 305.

*Barclays Bank Ltd. Vs WJ Simms Son & Cook Ltd*. [1979] 3 All ER 522 (QB) [1980] 1 QB 677



*Barclays Bank s O'Brien*. [1994] 1 AC 180

*Esso Petroleum Ltd. Vs Hall Rusell & Co Ltd*. [1989] AC 643

*Fibrosa Spolka Akcyjna Vs Fairbairn Lawson Combe Barbour*. [1943] AC 32 61

*Kelly Vs Solari*. (1841) 9 M & W 54 255, 261, 490

*Kleinwort Benson Ltd. Vs Lincoln C.C.* [1999] 2 AC 349

*Morris Gardner Vs One Step Ltd*. 2018 [2014] EWHC 2213 (QB)

*Receiver of Metropolitan Police District Vs. Croydon Cpn*. [1957] 2 QB 154

*Rover International Ltd. Vs Cannon Film Sales Ltd*. [1989] 1 WLR 912

*Simpson Vs Eggington*. (1855) 10 Exch 845

*Universe Tankships Inc. Of Monrovia Vs. International Transport Worker's Federation*. [1983] 1 AC 366

*Woolcich Equitable Building Society Vs Inland Revenue Commissioner*. [1993] AC 70; [1992] 3 WLR 366; [1992] 3 All ER 737

*Wrotham Park State Co Ltd Vs Parkside Homes Ltd*. [1974] 1 WLR 798

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de septiembre de 1935. M.P. Eleuterio Sierra.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de noviembre de 1936. M.P. Francisco Mujica.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de septiembre de 1985. M.P. Humberto Murcia Ballén.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de octubre de 1955.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 1955.

Corte de Casación Francesa. *Paterau Miran Vs Boudier*. 1892.