

OXFORD

UNIVERSITY PRESS

Antonio Caso 142, San Rafael,
Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06470, México, D.F.
Tel.: 5592 4277, Fax: 5705 3738, e-mail: oxford@oupmex.com.mx

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford.
Promueve el objetivo de la Universidad relativo a la excelencia en la investigación, erudición
y educación mediante publicaciones en todo el mundo en

Oxford México

Auckland Bangkok Buenos Aires Calcuta Chennai
Ciudad del Cabo Dar-es-Salaam Delhi Estambul Hong Kong
Karachi Kuala Lumpur Madrid Melbourne Mumbai Nairóbi Nueva York
São Paulo Shanghai Singapur Taipei Tokio Toronto

Oxford es una marca registrada de Oxford University Press en el Reino Unido y otros países.
Publicado en México por Oxford University Press México, S.A. de C.V.

Área de Derecho y Ciencias Sociales

Estudios Jurídicos

Dirección académica: Leonel Perceñico Castro
Sponsor editor: Flor María Díaz Soto

Edición: Esther Alizeri Fernández

Ilustración: Lilia Guadalupe Aguilar Iñarte

Producción: Jorge A. Martínez Jiménez

Portada: Petia Alejandra López Romo

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMPARADO

Todos los derechos reservados © 2002, respecto a la primera edición por
Oxford University Press México, S.A. de C.V.

Ninguna parte de esta publicación puede reproducirse, almacenarse en un sistema
de recuperación o transmitirse, en ninguna forma ni por ningún medio,
sin la autorización previa y por escrito de

Oxford University Press México, S.A. de C.V.

Las consultas relativas a la reproducción deben enviarse al Departamento de Permisos
y Derechos de Oxford University Press México, S.A. de C.V.,

al domicilio que se señala en la parte superior de esta página.

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria
Editorial Mexicana, registro número 723

ISBN 970-613-712-2

Traducido de la tercera edición en inglés de

Introduction to Comparative Law

Copyright © 1998 Oxford University Press and J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
ISBN 0-19-826860-2

Impreso en México Printed in Mexico
1 2 3 4 5 6 7 8 9 0 0 6 0 5 0 4 0 3 0 2

En la composición de esta obra realizada en

Servicios Editoriales 6Ns, S.A. de C.V.

1a. Cerrada de Av. Cinco N°m. 9, Col. Granjas San Antonio

C.P. 09070, Iztapalapa, D.F.

se usaron tipos Times (17/19, 15/17, 11/13 y 10/12 pts.)

Se terminó de imprimir

en el mes de agosto de 2002 en

Reprofil, S.A. de C.V.

Calle Chicomila N°m. 115

09880 Col. Cerro de la Estrella

México, D.F.

El tiraje fue de 2 000 ejemplares.

Introducción al derecho comparado

Konrad Zweigert
(1911-1996)

Hein Kötz

MCI (MICH), FBA, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE HAMBURGO,
DIRECTOR DEL INSTITUTO MAX PLANCK DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

Traducción
ARTURO APARICIO VÁZQUEZ

Revisión técnica
ALEJANDRO TORRES ESTRADA

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Colección
Estudios
Jurídicos

D. Enriquecimiento injustificado

38. Enriquecimiento injustificado en general

En todos los sistemas avanzados del derecho privado, la mayoría de los derechos, sean ya sea de un *contrato* o de un *agravio* o *perjuicio*. Aun el profano en asuntos legales puede entender el tipo de situaciones que comprenden estas áreas del derecho. La situación es diferente cuando señalamos que también hay un importante lugar para demandas que no se basan ni en un contrato ni en un agravio, sino en el "enriquecimiento injustificado" (*enrichissement injustifié, ungerechtfertigte Bereicherung*). Para estas expresiones no significan nada y, por lo demás, no se le puede culpar por ello. Verdad, si el jurista se preguntara por qué la expresión *enriquecimiento injustificado* parece de colorido, quizá descubriría que detrás de ésta se encuentra una multitud de situaciones disparatadas cuyo común denominador es una cosa negativa, es decir, no allí ni contrato ni perjuicio. Se trata de un concepto que ganaría la aprobación de muchos abogados anglosajones, quienes aceptarían sin vacilar que la persona que ha recibido un pago por error debe devolverlo; asimismo, que la persona que utiliza inadvertidamente materiales protegidos por derechos de autor debe transferir al propietario de éstos cualquier ganancias que le redituen, aun cuando no se haya celebrado ningún contrato mediante un agravio real. Empero, si se revelara a dichos letrados que ambos casos descansan en un principio unitario —el del "enriquecimiento injusto"—, seguramente objetarían, considerando el comentario, como mera especulación. Los abogados alemanes, ejemplo, están más dispuestos a conceder que las demandas por "enriquecimiento injustificado" poseen una base unitaria. Quizá esto pueda atribuirse a un invento de los famosos juristas de la antigua Roma, la *condictio*, cuya importancia para el derecho moderno se aprecia sólo cuando se conocen las diferencias que presenta el desarrollo *common law* en esta área.

La *condictio* romana era un *actio in personam* creado para cumplir con una obligación de contenido específico. Era "abstracto" en el sentido de que la fórmula no hacía referencia a la base de la obligación del acusado. Por consiguiente, se podía recurrir a la *condictio* siempre que tuviera que entregarse al demandante una suma de dinero u objeto específico, con independencia de la base de la obligación: el acreedor podía utilizar para recuperar una suma de dinero, ya fuera que la hubiera prestado o prometido durante un documento o por estipulación. Los juristas romanos fueron más lejos aún, y

no tardaron en percatarse de que lo "abstracción" de la *condictio* permitía que ésta se utilizara en situaciones en las que el acusado intentaba eludir injustificadamente una obligación para con el demandante, cuando su deber era devolver el objeto del conflicto. El caso más común era cuando el demandante había entregado una suma de dinero o un objeto al acusado para algún propósito específico, el cual no se había conseguido a causa de una imposibilidad inicial o subsecuente. Si una persona entregaba dinero para saldar una deuda, constituir una dote o ejecutar un testamento cuando en realidad no había dado, el matrimonio no podía realizarse o el testamento carecía de validez, no se permitía al beneficiario conservar un objeto que, en realidad, no le pertenecía (*sine causa*). En todos estos casos, la acción que ordenaban los juristas romanos para anular los efectos de la operación era la *condictio*.

En la época clásica, dicha acción no se fundamentaba en imprecisas consideraciones de justicia o, para decirlo con Dawson (véase la bibliografía de este capítulo), en "el recurso consciente... al principio de enriquecimiento injusto y los conceptos morales con los que se le asociaba". Ciertamente, el *Corpus Iuris* vincula a menudo la *condictio* con la *jus naturae*, el *bonum et aequum* o el *ius gentium*, especialmente en el célebre fragmento de Pomponio en D. 50, 17, 206: "*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum*" (por naturaleza, es injusto que una persona se enriquezca indebidamente a expensas de otro), aun cuando el concepto dominante en la actualidad señala que las anteriores son generalizaciones posclásicas extraídas por los profesores con fines pedagógicos. Los juristas romanos del periodo clásico actuaban menos sobre la base de dichas fórmulas generales que con fundamento en una consideración práctica de cada caso, por lo cual extendieron la *condictio* a una cantidad cada vez mayor de situaciones bien definidas cuyo elemento común no era tanto que "el demandante tuviera un argumento especial para formular su exigencia, cuanto que el acusado careciera de razones suficientes para no ceder a aquélla" (Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 1955, p. 119). Cabe observar que aun cuando la *condictio* se empleara en diferentes áreas, siempre se le aplicó como una sola acción con una fórmula unitaria; la categorización de la *condictio* en varios tipos es tan característica de la era posclásica como su filiación con el principio de *aequitas* (acerca de este tema, véase Kaser, *Das römische Privatrecht* I, 1955, §139, II, 1959, §270; Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990, pp. 838 y siguientes).

Los diferentes tipos de *condictio* que se desarrollaron durante el reinado de Justiniano (*condictio causa data causa non secuta, ob turpem vel iniustam causam, indebiti, y sine causa*; véanse los títulos de D. 12, 4-7) sobreviven en forma más o menos clara en los códigos de la Europa continental, conformando el corazón de las demandas por enriquecimiento. Sólo en un sentido se ha desviado el desarrollo moderno de la fuente romana original: bajo la influencia de los iusnaturalistas, quienes hallaron unos pocos asideros en las fuentes romanas, se creó una demanda general de gastos útiles que pertenece "a la persona a cuyas expensas se ha hecho una cosa útil para otro" reclamar dicha cosa ya sea en especie o por su valor (véase ALR 13 I §§262 y ss., §1041 del ABGB).

La anterior es una generalización de la *actio de in rem verso* romano. Era ésta una de las demandas, denominadas *actiones adjecticiae qualitates* por los glosadores que, en ciertas circunstancias, se podía enlazar directamente contra un superior por la persona que hubiere realizado una operación con el esclavo, *filius in potestate* o empleado de dicho superior; en tal sentido, se le utilizaba hasta cierto punto como sustituto de la institución de la representación directa, la cual, por lo demás, era desconocida en Roma. Si el inferior usaba cualquier ganancia de la operación, con el tercero en beneficio de su amo, el tercero podía demandar directamente al amo por medio de una *actio de in rem verso* (véase Kaser, *Das römische Privatrecht* I, 1955, §§62, 141; Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990, pp. 878 y siguientes).

En numerosos textos del *Gemeines Recht* y de las leyes prusianas y austriacas, esta exigencia general de reembolso de los pagos útiles se utilizaba en estrecha proximidad con la *condictio*, mientras que en Francia los abogados adoptaron la *actio de in rem verso* del *Gemeines Recht* como base para una demanda general por enriquecimiento injustificado, respecto del cual el propio *Código Civil* carecía de una provisión (para detalles, véase Kupisch, en la bibliografía de este capítulo). En contraste, el BGB alemán no adoptó la *actio de in rem verso*, y en los países donde se le admite en principio, como Austria y Francia, su área de aplicación se ha visto severamente reducida por las decisiones judiciales.

II

Al igual que el *Código de Obligaciones* suizo, el BGB alemán dedica un capítulo especial a los derechos emanados del "enriquecimiento injustificado", comenzando con una extensa cláusula general.

El párr. 1 del §812 del BGB establece lo siguiente: "La persona que sin justificación legal (*ohne rechtlichen Grund*) obtiene algo de otra persona a expensas de ésta, ya sea por transferencia o por otro medio, está obligada a restituir dicho objeto. También se contrae esta obligación cuando, de manera subsiguiente, la justificación legal deja de existir o cuando la transferencia no surte el efecto vislumbrado en la operación".

Según el art. 62 del OR, "La persona que se enriquece de manera injustificada a expensas de otro debe restituir el enriquecimiento. Esta obligación se aplica en particular cuando la persona ha recibido un beneficio sin una razón válida, o por una razón que nunca advino o que, subsiguientemente, cesó de existir".

Respecto de las ganancias no convenidas, el §812 del BGB distingue entre "beneficios por transferencia" y "otros". El primer grupo, llamado *Leistungskonditionen*, comprende los casos en que la demanda se interpone con el fin de recuperar un beneficio conferido por el demandante al acusado de manera consciente e intencional, pero que ahora desea recuperar debido a que la transferencia "carece de justificación legal". El ejemplo

más importante de dicha transferencia (*Leistung*) es el pago de dinero o la transferencia de otras cosas, aunque la *Leistung* también puede adoptar la forma del traspaso de un derecho, la cesión de una propiedad, la entrega de un recibo, un documento de adeudo o un instrumento negociable o, incluso, la prestación de servicios de uno u otro tipo por los que, en otras circunstancias, pagaría la persona que los recibe. También hay una *Leistung* cuando se libera a la persona de una obligación que hubiere contraído con un tercero. En todos estos casos, lo importante es determinar si el beneficio transferido "carece de fundamento legal", es decir, si el beneficiario puede señalar un acuerdo o una relación válida con el cedente que le brinde el derecho a conservar lo que ha recibido. Así, hay una "justificación" para la entrega de 1,000 marcos alemanes cuando aquella es realizada por el comprador al vendedor en pago del precio o por el banco al cliente como anticipo de crédito o por el futuro suegro al yerno. Pero cuando el contrato de compraventa, al ser ilegal, no tenía validez *ab initio*, o cuando el préstamo era inducido mediante un procedimiento fraudulento y el banco lo rescinde, o cuando la boda planeada nunca tenía lugar, no queda ningún fundamento legal, en caso de que alguna vez lo hubiera, para justificar la retención del dinero por parte del beneficiario.

Se puede consultar en el párr. 1 del §812 del BGB, en el párr. 2 del art. 62 del OR y en los §§1431 y ss. del ABGB la distinción entre los diversos tipos de *condictio* que se usaban en tiempos de Justiniano, aun cuando esto carezca de importancia práctica debido a que todos los anteriores son ejemplos de transferencias realizadas *sine causa*. Empero, vale la pena observar que las provisiones relacionadas con la restitución de un "enriquecimiento injustificado" no prestan atención a la razón de la invalidez original o subsecuente de la obligación. Por ejemplo, resulta irrelevante que la obligación subyacente sea ilegal o immoral (véase el cap. 28), inválido por razón de "imposibilidad inicial" (véase la sección II del cap. 36) u objeto de rescisión *ab initio* por error, coacción o dolo (véase el cap. 31); todas estas cuestiones se relacionan con la validez del contrato y, por ende, se abordan en la sección correspondiente del *Código*. Sólo se invoca la ley del enriquecimiento injustificado cuando la invalidez de la operación subyacente ha sido determinada por referencia a otras provisiones. Tampoco es asunto de la ley de enriquecimiento injusto el determinar la forma en que se deben desmanar los contratos que fueron válidos al principio, pero que se rescindieron más tarde por razón de incumplimiento (véase el cap. 36) o por un cambio de circunstancias fundamental (véase el cap. 37); ahí, es la ley de contratos la que ejerce el control no sólo de la cuestión de la rescindibilidad del contrato, sino también de la forma en que han de restituirse los beneficios conferidos de acuerdo con el contrato (véase los §§323 y ss., 346 y ss. del BGB, el art. 109 del OR, el §921 del ABGB), si bien en este sentido las leyes alemanas emplean algunas provisiones de la ley de enriquecimiento injustificado (§§323, párr. 3, 327, sent. 2, 557a, 628, párr. 1, sent. 3 del BGB).

El §814 del BGB establece que la persona no puede reclamar un beneficio que ha conferido sabiendo que no estaba obligada a conferirlo. Las leyes suizas y austriacas plantean esto de manera más positiva al prescribir que la persona que realiza una transferencia sin obligación de hacerla sólo puede exigir su restitución si cometió un "error" respecto de

su obligación (art. 63 del OR, §1431 del ABGB). Desde luego, en este contexto, dicho error es muy diferente del error requerido para justificar la rescisión de un contrato; incluso un yerro garrafal causado por negligencia, un error imaterial o un error legal es causa suficiente para fundamentar una demanda de restitución (véase BGE 64 II 127; 70 II 271; BG St. Gallen SJZ 63, 1967, 110; OGH 20 de junio de 1922, ZBl. 1922, n. 259).

Tal diferencia en la formulación de estas provisiones del *Código* significa una diferencia en el *onus probandi*: en Alemania, es el *acusado* quien debe probar que, a la transferencia, el demandante sabía que no estaba obligado a realizarla (RGZ 133, 277), mientras que en Suiza y Austria toca al *demandante* demostrar que la transferencia se realizó bajo la suposición errónea de que aquella representaba una obligación (véase BGE 24 II 182; OGH 20 de junio de 1894, GIU 32, n. 15158).

También se excluyen las demandas de restitución cuando la transferencia satisface una obligación moral, caduca o sujeta a otras medidas defensivas: en estos casos no se puede *demandar* al deudor para que ejecute su obligación cuando se cumple con ésta de manera *voluntaria* (§§813, 814 del BGB, art. 63 del OR, §1432 del ABGB).

Para resolver una clase especial de casos que sólo se presentan en Alemania, se necesita una demanda restitutoria; se trata de casos en los que, gracias al "principio de abstracción" (véase la p. 472), la persona adquiere una propiedad o algún otro derecho como resultado de una transferencia o un traspaso basado en un contrato inválido. Supóngase que una persona vende una pintura y la entrega al comprador, y más tarde se descubre que el contrato era inválido por falta de acuerdo o que se rescindió por causa de error. En este caso el comprador se habrá convertido en propietario, ya que las leyes alemanas hacen una clara distinción entre el contrato de compraventa y el traspaso real. En este punto interviene el §812 del BGB, el cual permite al vendedor reclamar la restitución del beneficio conferido, es decir, la propiedad de la pintura. En el derecho suizo, en contraste, la cesión de bienes inmuebles (párr. 2 del art. 974 del ZGB) o de objetos (BGE 55 II 302) es válida sólo cuando la operación subyacente es igualmente válida, de forma tal que el vendedor conserva la propiedad de la obra pictórica y, por consiguiente, se le concede una exigencia basada en la *propiedad* que, a diferencia de la demanda fundada en el *enriquecimiento*, procura la retransferencia de la pintura aun cuando el comprador se declare en quiebra. Desde luego, es posible que aquel haya revendido la obra a un tercero; de ser así, dicha parte habrá adquirido la propiedad, con la condición de que haya actuado de buena fe (arts. 714, 933 del ZGB), mientras que el vendedor original sólo contará con una exigencia de enriquecimiento con la cual demandar al comprador por lo que éste recibió del tercero.

En Alemania, las demandas de restitución de beneficios conferidos por un acto *sine causa* del propio demandante proceden sólo cuando se formulan contra la parte a la que el demandante confirió el beneficio, no contra las partes beneficiadas indirectamente por el traspaso. Así, cuando una persona utiliza fondos prestados para remodelar la casa

de su cónyuge y el contrato de préstamo es inválido, el prestamista no puede reclamar la restitución a la esposa, aun cuando el prestatario sea insolvente. Se aplica la misma regla cuando un subcontratista de obras de construcción, en ejecución de un contrato con el constructor, coloca ladrillos y argamasa en la casa de un tercero: sólo puede demandar al contratista principal si el contrato es válido y, si no lo es, por enriquecimiento injustificado; no puede demandar al tercero por cualquier incremento en el valor del inmueble atribuible a su trabajo y sus materiales. Ahí, los tribunales alemanes aluden a la necesidad de una "transferencia directa" (*Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung*), el quebranto del demandante y el beneficio del acusado deben seguirse de una y la misma operación. El propósito de esta restricción es obvio. La capacidad del cedente debe reducirse a demandar al cesionario con quien celebró el contrato, sin adquirir un crédito adicional simplemente porque el objeto transferido pasó a engrosar los activos de un tercero. Asimismo, es perfectamente equitativo que la demanda del cedente, ya sea contractual o resolutiva, deba dirigirse sólo al contratista: al confiar en la solvencia del contratista, éste debe asumir el quebranto cuando dicha confianza es defraudada y el cesionario se ve en dificultades financieras que impiden la liquidación del precio contractual o, en caso de que el contrato fracase, el valor del enriquecimiento.

En otras palabras, las leyes alemanas actuales se niegan a reconocer la *actio de in rem verso* tal como se acepta en el *Gemeines Recht* y en los estatutos prusianos (véase RGZ 1, 143, 1, 159; ROHG 3, 377; la actitud negativa del legislador alemán puede observarse en el Motiv II, p. 872). El derecho suizo adopta la misma postura. En BGE 42 II 467 se impuso una prohibición a un extranjero, por lo que sus hijos se encargaron de la administración de la granja. Éstos compraron al acusado dos vacas en su propia representación y las incorporaron a su manada. El vendedor exigió al padre la liquidación del precio, pero el Bundesgericht rechazó la demanda; el acusado se había convertido en propietario de las vacas no a expensas del demandante, sino de los hijos de éste, a los cuales pertenecían los animales después de que los hubieron comprado al demandante en su propio nombre. En contraste, el §1041 del ABGB austriaco admite la *actio de in rem verso* en términos bastante amplios: el propietario cuya propiedad "haya sido utilizada para el beneficio de otro... sin el uso de ninguna representación" tiene derecho a demandar a dicha persona la restitución o el reembolso. Pese a esto, los tribunales austriacos siempre han señalado que la *actio de in rem verso* del §1041 del ABGB no es más que "un remedio suplementario al que sólo deberá recurrirse cuando no haya un contrato o una relación análoga entre el quejoso y el tercero que pueda emplearse para dirimir el caso" (OGH 16 de enero de 1952, SZ 25, n. 13). Así, un contratista de construcción que es empleado por un inquilino a fin de mejorar las condiciones de la vivienda arrendada no tiene ninguna exigencia contra el propietario del inmueble por el pago de la cantidad mediante la cual sus trabajos incrementan el valor de la vivienda (OGH 7 de enero de 1930, SZ 12, n. 7; con los mismos efectos, OGH 1 de junio de 1955, JBl. 1956, 17, con una exhaustiva reseña de los casos y un comentario crítico de Gschintzer).

De lo anterior se sigue que el comerciante que mejora o repara un objeto que no pertenece a su contratista no puede, en caso de que éste se torne insolvente, recurrir al §812

del BGB para reclamar el valor de la mejora al propietario de la cosa. Sin embargo, esta regla se somete a excepciones cuando la cosa reparada aún obra en posesión del comerciante; ahí, todos los sistemas coinciden en que el comerciante puede conservar el objeto, aun contra la voluntad del propietario, hasta que se le haya pagado su trabajo.

El método que se aplica para proteger al encargado de las reparaciones no es el mismo en los diferentes sistemas: en Alemania se le concede una demanda por mejoras, de acuerdo con los §§994 y ss. del BGB (véase BGHZ 34, 122); en Suiza se le proporciona un embargo, según el art. 895 del ZBG y, en Austria, se le permite retener el objeto de acuerdo con el §471 del ABGB (véase OGH 1 de abril de 1959, ZVR 1960, n. 45).

Hasta ahora hemos considerado la *Leistungskondition*, o demanda de restitución de un beneficio conferido por un acto del propio demandante, en la que el elemento esencial siempre es la transferencia, la ejecución o el pago, es decir, un beneficio conferido de manera intencional por el quejoso y que no puede retenerse o conservarse debido a que la obligación subyacente era inválida *ab initio* o porque se rescindió posteriormente. Abordaremos ahora los enriquecimientos que se originan "en otras fuentes", entre los cuales el más importante se da cuando una persona utiliza u obtiene algún beneficio de la propiedad o los derechos pertenecientes a otro sin la debida autorización. El acusado que cometió una *falla* al interferir en los derechos de otros tendrá que responder a una demanda por perjuicios, pero aun cuando dicha interferencia haya sido del todo inintencionada, está obligado, de acuerdo con el §812 del BGB, a restituir al propietario del derecho el valor del uso que haya dado a ese derecho. En estos casos, los abogados alemanes aluden a la *Eingriffskondition* (o *conditio* basada en la interferencia).

Por ejemplo, si una persona permite que su ganado padezca en la propiedad de un teniente, o consume de manera inintencionada un combustible que pertenece a otro, o utiliza las vías férreas de un desconocido (RGZ 97, 310), debe restituir el valor del uso que se apropió, con independencia de que cometiera una falta al hacerlo. Es ésta la mejor forma de solucionar un problema que dio lugar a intensos debates en Alemania, es decir, cuando una persona usa el estacionamiento de otra sin que medie una relación contractual: la persona que estaciona su auto en un estacionamiento al lado de la autopista, advirtiendo que no pagará cuota alguna debido a que no considera que se le deba cobrar tal servicio, deberá, en caso de que su afirmación resulte errónea, pagar el valor que implica el uso del estacionamiento. La razón de lo anterior no es que el uso de un lugar de estacionamiento por el que se acostumbra cobrar una cuota represente un "contrato de facto" (*faktisches Vertragsverhältnis*), aun cuando se haya considerado así en BGHZ 21, 319, 333 y ss., sino porque ha interferido de manera injustificada en el derecho de otro a cobrar por el uso del estacionamiento.

La persona que utiliza sin autorización el derecho de otro debe reembolsar a este último el valor de dicho uso, aun cuando pueda demostrar que el otro no podía ni quería haber ejercido ese derecho. La finalidad de la demanda restitutoria no es compensar una

disminución en los activos del demandante —para ello se cuenta con el recurso de los daños y perjuicios sufridos—, sino transferir a la parte con el mejor derecho un *actio in rem* de los activos del acusado. El propietario es la persona que goza del mejor derecho, ya que es a él a quien el sistema legal otorga el poder de usar su propiedad como mejor le parezca, o de permitir a otros que la usen a cambio de una cuota, si así lo decide. Otro ejemplo de la “condictio basada en interferencia” (*Fingerrisfondition*) es cuando una persona vende la propiedad de otro en circunstancias tales, que el comprador se convierte en propietario. El propietario anterior puede exigir al vendedor que le restituya lo que recibió del tercero comprador, incluida cualquier ganancia que haya realizado por la venta (BGHZ 29, 157).

Véase el párr. 1 del §816 del BGB. También es ésta la posición adoptada por las leyes austríacas y suizas (Kozio/Weiser, *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, 5a. ed., 1979, i, 330 y OGH 10 de nov. de 1954, SZ 27, n. 286; Von Thun/Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 3a. ed., 1979, i, 495). Si el tercero adquiere la cosa de manera *gratuita*, el párr. 1, sent. 2 del §816 del BGB ordena excepcionalmente que la demanda por enriquecimiento se dirija contra dicho tercero: no sabemos con certeza si esto también se aplica en la leyes suizas (véase V. Bitren, *Schweizerisches Obligationenrecht*, 1964, p. 310). Se ha sostenido cierta polémica respecto de cómo resolver el caso en el que el tercero no adquiere la propiedad de la cosa, como cuando ésta se compone de objetos robados (§935 del BGB, arts. 934 del ZGB). Si el tercero es desconocido o, por alguna razón, no se le puede demandar en términos prácticos por una exigencia basada en una propiedad, ¿se le debe permitir al propietario que obligue al vendedor a devolver lo que recibió del tercero? Tal es lo que se permite en Alemania, a condición de que el propietario ratifique la transferencia del título al tercero de acuerdo con el §185 del BGB, y que renuncie en lo sucesivo a la propiedad. Aparentemente, el Bundesgericht suizo dirime estos asuntos de otra forma (véase BGE 71 II 90).

Asimismo, esta *condictio* entraña gran importancia cuando se infringen los derechos referentes de la propiedad. La persona que infringe una patente, los derechos de diseño o la marca comercial de otra persona debe pagar una licencia de uso justa y normal, de acuerdo con el §812 del BGB, pero no se le exige restituir las ganancias que haya obtenido por dicho uso (BGHZ 82, 299; BGHZ 99, 244). El §812 del BGB también se aplica a las infracciones de la *imagen* y el *nombre* de otra persona: quienquiera que, sin consentimiento, utilice en su publicidad la fotografía de un actor famoso o el nombre de una compañía conocida, deberá restituir la suma que dicho actor o compañía cobra normalmente por el uso de sus derechos con fines lucrativos (BGHZ 20, 345; BGHZ 81, 75; BGH NJW 1992, 2084).

Con mucha frecuencia, el infractor percibe ganancias que superan en gran medida el monto de una cuota normal por uso de licencia. ¿Puede la parte agraviada reclamar esas ganancias? El consenso general, aunque no unánime, señala que dicha exigencia rebasa los límites del §812 del BGB; sin embargo, cuando el infractor de un derecho comercial protegido comete una *faulst*, los tribunales le obligan a devolver su ganancia (véase BGHZ 60, 168 y 206), en

gratuna responsabilidad que, para muchos, dimana en ocasiones del §667(2) del BGB, pero que la mayoría de las veces se atribuye a un precepto judicial confirmado por la *jurisprudence* constante.

III

El *Código Civil* de Francia, a diferencia de los de Alemania y Suiza, carece de una pro-visión general relacionada con la restitución del enriquecimiento injustificado. Tal es la razón por la que Pothier, cuyos escritos predominan en la ley de obligaciones del *Código Civil*, se concentró en la *condictio indebiti* en detrimento de otras formas de responsabilidad en los casos de enriquecimiento injusto, al cual nunca dedicó un análisis exhaustivo. Además, Pothier concedió un amplio espacio a la institución del *negotiorum gestio*, que puede aplicarse, de ser necesario, en los casos en que hay que invalidar una transferencia debido a que no puede satisfacerse el propósito para el que se creó. Así, de los muchos preceptos relacionados con el enriquecimiento injustificado que se distribuyen a lo largo del *Código Civil*, los más importantes son los que se ocupan del pago de una cosa no debida (*paiement de l'indu*) y el *negotiorum gestio* (*gestion d'affaires*). Estas dos instituciones se presentan en una misma sección del *Código Civil* titulada “*Des Quasi-contrats*” (arts. 1371 y siguientes).

Al principio, los tribunales intentaron resolver los casos de enriquecimiento sobre la base del *Código*, pero como sus provisiones, especialmente las relacionadas con la *gestion d'affaires*, resultaban inadecuadas para dicho propósito, Aubry y Rau propusieron en sus influentes textos la introducción de una demanda por enriquecimiento *general*, hasta que en 1892 en el célebre caso Boudier, la Corte de Casación decidió incorporar dicha demanda. Antes de abordar este hito de la jurisprudencia francesa estudiaremos brevemente el caso del enriquecimiento injustificado que se regula de manera explícita en los arts. 1376 y ss. del *Código Civil*, es decir, la *répétition de l'indu* o restitución de pagos derivados de una supuesta deuda. El *Codice Civile* italiano también contiene reglas especiales relacionadas con el pago de una cosa no adeudada (*pagamento dell'indebito*, arts. 2033 y ss. del *Codice Civile*), aun cuando cuente con provisiones generales para regular el enriquecimiento injustificado.

En el capítulo dedicado al cumplimiento de las obligaciones, el *Código Civil* francés señala ya que “*tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition*” (art. 1235: “el pago presupone una deuda: es posible reclamar lo que se ha pagado sin que medie una deuda”). Esta demanda de restitución se expone más detalladamente en los arts. 1376 y ss. del *Código Civil* como una de las exigencias basadas en el cuasicontrato.

El primer requisito es que el beneficiario se haya enriquecido por un “pago”. Esto incluye el pago de dinero, la transferencia de cosas y operaciones análogas, como el abono a una cuenta propia, pero no la prestación de *servicios* ni la provisión del uso de

una cosa, las cuales tendrían que abordarse mediante una demanda de enriquecimientos *general*.

A continuación, la transferencia debió hacerse en relación con una deuda que no existía a la sazón. Esto comprende el caso en el que el adeudo pertenece a un *tercero* ya el cedente la líquida bajo la suposición de que pertenece a él mismo: el cedente puede exigir la restitución al acreedor, a menos que este último, creyendo que el adeudo ha sido pagado, haya destruido el documento de deuda (párr. 2 del art. 1377 del *Código Civil*) o emitido valores (véase Civ. 27 de nov. de 1912, DP 1913.1.96; véase también el art. 2036 del *Código Chileno*). Sin embargo, si se líquida una deuda vencida no se puede demandar la restitución de lo que se ha pagado aun cuando se desconociera el vencimiento del adeudo (Req. 17 de enero de 1938, DP 1940.1.57, anotado por Chevallier; Soc. 11 de abril de 1991, Bull. V, n. 192; art. 2940 del *Código Chileno*). Tampoco se puede exigir la restitución de lo que se ha transferido voluntariamente como resultado de una obligación moral (art. 1235(2) del *Código Civil* francés; art. 2034 del *Código Chileno*).

¿Basta con que no se adendara la ejecución, o es que el demandante cometió un error al suponer que existía dicho adeudo? Se trata de un asunto muy debatido, estrechamente relacionado con la cuestión de la relevancia que encierra la negligencia por parte del demandante al cometer cualquier error de este tipo. Al banco que paga un cheque olvidando que el emisor lo había cancelado se le negó una demanda por enriquecimiento contra aquél (Com. 16 de julio de 1985, D. 1986.373, anotado por Mestre en *Rev. trim. dr. civ.* 85, 1986, p. 109), mientras que a los aseguradores sociales se les ha permitido a menudo que reclamen pagos excesivos atribuibles a su propia negligencia por no aplicar las reglas relevantes (por ejemplo, Soc. 8 de nov. de 1977, Bull. V, n. 603). Sin embargo, cuando el beneficiario se ve en dificultades por tener que pagar de repente y en una sola exhibición las varias sumas que recibió durante un periodo determinado, puede responder a la exigencia de reembolso entablado una demanda por daños y perjuicios, de acuerdo con el art. 1382 del *Código Civil*.

Véase Soc. 3 de nov. de 1972, JCP 1974.II.17692, anotado por Chéstin; Soc. 21 de marzo de 1972, JCP 1973.II.17343 bis; Civ. 18 de julio de 1979, D. 1980.172, anotado por Vasseur; todos estos aspectos se estudian detalladamente en Defrenois-Souleau, "La répétition de l'indu", en *Rev. trim. dr. civ.* 88, 1989, p. 243. El derecho italiano tiene una extrínseca regla: si una persona debe un dinero que, en realidad, representa una deuda de *alguien más* y lo paga, únicamente puede exigir la restitución si demuestra no sólo que cometió este error, *sino también* que dicho error era cosa excusable (art. 2036 del *Código Chileno*), mientras que si *nadie* debía el dinero que esa persona creía adendar, no necesita demostrar que cometió un error (Cass. 3 de enero de 1950, n. 8, Foro it. Mass. 1950, 4).

Más adelante se comprobará que los preceptos relacionados con la *répétition de l'indu* en el derecho francés comprenden casi todos los casos que en el derecho alemán son denominados mediante la *Leistungskondiktion*, aun cuando haya numerosas situaciones que no se pueden resolver de manera adecuada según la doctrina francesa actual. Dichas situa-

ciones incluyen las demandas de reembolso por servicios prestados sin fundamento legal, la restitución de propiedades transferidas con un propósito fallido, los casos de "interferencia" y, sobre todo, los casos que se adaptan a la *actio de in rem verso*, en los cuales la cosa reclamada llegó a manos del acusado a través de la intermediación de un tercero que recibió la cosa directamente del demandante. Aquí, se cobra mano de la demanda *general* por enriquecimiento según la definió la Corte de Casación en el caso Boudier (Req. 15 de junio de 1892, DP 1892.1.596, S. 1893.1.281, anotado por Labbé).

Los hechos del caso fueron los siguientes. El demandante Boudier había suministrado fertilizante al usufructuario de una granja. El fertilizante fue utilizado por dicho usuario, pero al poco tiempo caducó el contrato de arrendamiento. El propietario y el usufructuario acordaron que la producción no cosechada (y fertilizada) debería transferirse al primero mediante una valnación, la cual habría de encomendarse a expertos y suscribirse a las rentas pendientes. Cuando el demandante se enteró de este acuerdo, no demandó al usuario insolvente; más bien, entabló una demanda directa contra el propietario por el valor del fertilizante. La Corte de Casación aceptó esta última exigencia. No hay nada en este caso que, por sí mismo, merezca destacarse, ya que en numerosos casos se había obtenido el mismo resultado recurriendo a la institución de la *gestion d'affaires anormale*. Lo que sobresale en el caso que nos ocupa es la *lógica* del fallo, ya que reconoce una demanda general por enriquecimiento bajo la denominación de *actio de in rem verso* que se fundamenta directamente en consideraciones de equidad y no en consideraciones dimanadas de un *Código*: "... acerca de la tercera base de apelación, en el sentido de que se han aplicado incorrectamente los principios de la *actio de in rem verso*: puesto que no hay condiciones fijas para el ejercicio de esta acción, que se deriva del principio de equidad según el cual nadie debe enriquecerse a expensas de otro y que no es abordado por ningún texto de nuestras leyes; puesto que basta que la demanda se admita con base en el alegato y la oferta del demandante de probar que el acusado obtuvo un beneficio a sus expensas o por iniciativa propia..."

No tardó en percibirse que los términos del fallo en el caso Boudier eran demasiado generales, y que la demanda por enriquecimiento requiere algo más que el acusado haya recibido algún beneficio a expensas del quejoso. Aubry y Rau habían insistido en un requerimiento adicional: que el incremento en el caudal del acusado ocurra *sans cause légitime* y que, por añadidura, el demandante no disponga de ninguna otra acción legal, ya sea contractual o agraviosa, para la recuperación del quebranto. En los años subsiguientes, la Corte de Casación aceptó estos requerimientos, aunque con ciertas modificaciones. Fue entonces cuando se percibió que la expresión *actio de in rem verso* se aplicaba sólo a una parte del área comprendida por la demanda general de enriquecimiento injustificado, de forma tal que, en la actualidad, los autores la incorporan al concepto de *enrichissement sans cause*, que fue tomado por Saleilles del derecho alemán.

De acuerdo con los principios que desarrollaron los tribunales para las demandas generales por enriquecimiento, el primer requerimiento que se impone hoy es que el demandante haya sufrido una *memoria* (*appauvrissement*) y que, en consecuencia, el acusado haya obtenido un incremento o enriquecimiento (*enrichissement*). En este sentido, las

leyes francesas no hacen distintos respecto de si la memoria/enriquecimiento ocurre como resultado de una "transferencia" por parte del demandante o "por otro medio". La mayoría de los casos de *Leistungskonditionen* se someterían a las reglas del *Código Civil* franceses relacionadas con la *répétition de l'indu*, pero cuando no sea así, como en el caso de los servicios prestados, la acción de *in rem verso* tomará su lugar; la persona que trabaja en el negocio de su prometido con vistas a una unión matrimonial que, al final, no se celebra, puede exigir *une rémunération normale* por sus servicios, a menos que fuera intención de las partes que los servicios se prestaran de manera gratuita (Dijon 7 de feb. de 1928, *Gaz. Pal.* 1928.1.501). También se comprenden los casos de "interferencia": por ejemplo, si una persona que desconoce su parentesco con un finado es informada por un genealogista de sus derechos de herencia y ejerce esos derechos sin pagar al especialista los honorarios de sus servicios, el genealogista puede reclamar el valor de la información por medio de la acción de *in rem verso* (Poitiers 2 de dic. de 1907, *DP* 1908.2.332; Riom 20 de junio de 1950, *Gaz. Pal.* 1950.2.221). De igual forma, cuando una planta de agua potable utiliza la tubería del denunciante para distribuir agua a sus consumidores, debe pagar el uso de dichos conductos; en la forma lapidaria que le caracteriza, la Corte de Casación basa directamente esta exigencia en el "*principe d'équité que nul ne peut sans juste cause s'enrichir aux dépens d'autrui*" (Req. 11 de dic. de 1928, *DH* 1929, 18). Si un editor de música ejerce el derecho de autor de una ópera después del periodo permitido por el contrato con el compositor, deberá devolver las ganancias adicionales que haya percibido (Civ. 6 de julio de 1927, *S.* 1928. 1. 19). Sin embargo, los tribunales parecen renuentes a extender esta idea a los casos en los que se infringen los derechos de patentes: el Tribunal de Apelaciones de París rechazó una demanda por enriquecimiento entablada por el concesionario de la patente argumentando que la denuncia era subsidiaria de la demanda por infracción de los derechos de patente (*contrefaçon*), la cual era regulada por un estatuto especial y se encontraba en la causa antes de que llegara la fecha de vencimiento (8 de marzo de 1922, *Gaz. Trib.* 1922.2.344).

Asimismo, la Corte de Casación se negó a conceder al propietario de bienes robados una demanda por enriquecimiento contra la persona que revendió dichos bienes con ganancia después de comprarlos de buena fe al ladrón (Civ. 11 de feb. de 1931, *DP* 1931.1.129, anotado por Savatier, *S.* 1931.1.273, anotado por Gégout, *Com.* 25 de nov. de 1969, *Bull. civ.* IV, n. 351). En otro caso, empero, un fideuciario en quiebra había cobrado una exigencia que tenía contra el acusado antes de la quiebra, y se permitió al acusado reclamar la cantidad cobrada por tratarse de un enriquecimiento injustificado (Civ. 18 de enero de 1937, *DH* 1937. 145). Parece, pues, que para las leyes francesas, cuando una persona cobra una exigencia que pertenece a otro, se debe restituir el enriquecimiento (compárese con el párr. 2, §816 del BGB), mientras que la persona que vende un objeto perteneciente a otro no deberá realizar dicha restitución (compárese con el párr. 1, §816 del BGB y RGZ 106, 44).

Otro elemento esencial de la demanda por enriquecimiento es que éste sea *sans cause légitime*. Al igual que en el derecho alemán, esta regla se aplica cuando no hay un con-

trato subyacente válido. El juez francés no se pregunta si la *transferencia del demandante* siguió a la celebración de un contrato válido, sino si el *beneficio del acusado se recibió* después de la formación de dicho contrato. Tal distinción pierde relevancia cuando la demanda por enriquecimiento se finca en la transferencia directa del beneficio del demandante al acusado, como se hace en Alemania en virtud del principio de operación directa; sin embargo, como ilustra el caso Boudier, las leyes francesas también admiten la exigencia por enriquecimiento cuando el beneficio del acusado es simplemente indirecto, es decir, cuando lo recibe después de pasar por los activos de un tercero. En estos casos de la *actio de in rem verso*, los franceses señalan que la demanda por enriquecimiento del demandante se rechaza cuando el acusado recibió el beneficio de que se trata como consecuencia ya sea de un *contrato* o de una *obligación estatutaria* entre el propio acusado y el tercero. Si no hay ni lo uno ni lo otro entre el demandado y el tercero, no habrá una *cause légitime* para justificar el beneficio del acusado, por lo que éste tendrá que restituir el valor del beneficio aun cuando el demandante haya celebrado un contrato válido con el tercero que le permita entablar una demanda.

La Corte de Casación ha confirmado estos principios en numerosos fallos, pero nunca más categóricamente que en Req. 22 de feb. de 1939 y Civ. 28 de feb. de 1939, *DP* 1940. 1. 5, anotado por Ripert. El quejoso fue contratado por el ocupante de unos locales comerciales para que realizara algunas reparaciones en éstos. El arrendatario se tornó insolvente, por lo que el demandante inició una demanda por el valor de su trabajo contra el propietario de los locales comerciales. En ambos casos, la Corte de Casación decidió que la demanda debía rechazarse si el acuerdo de inquilinato exigía al arrendatario restituir los locales en *buen estado* al término del contrato de arrendamiento: era verdad que los trabajos del demandante habían incrementado el valor del inmueble del arrendador, pero este beneficio había encontrado *sa juste cause* en el contrato con el inquilino. Tal es lo que establece la ley; véase, por ejemplo, Civ. 28 de mayo de 1986, *Bull. civ.* III, n. 83. Se obtiene un resultado diferente en los casos en que el acusado *no puede* demostrar la existencia de un contrato con el tercero que le permitía conservar el beneficio. En Req. 11 de sep. de 1940, *S.* 1941.1.121, anotado por Esmein, el acusado había vendido terrenos a un comprador que posteriormente contrató al demandante para realizar ciertos trabajos de construcción. Cuando éstos se hubieron terminado, el comprador se declaró insolvente, por lo que el acusado rescindió el contrato de compraventa e intentó tomar posesión nuevamente de la propiedad. Ante esto, el demandante, en vez de entablar una demanda contra el comprador insolvente con base en el contrato de construcción, inició una *actio de in rem verso* directa contra el acusado, la cual obtuvo la aprobación de la Corte de Casación. Ahí, el beneficio del acusado no se justificaba por ninguna *cause légitime*, ya que carecía de un derecho contractual contra el comprador para exigir la restitución de una propiedad mejorada por las obras de construcción. Véase también Req. 20 de dic. de 1910, *DP* 1911.1.377.

Como estos principios se consolidaron apenas en el curso del siglo XX, los autores franceses se preguntan si son compatibles con la decisión de la Corte de Casación en el caso Boudier. Por lo general, se considera que se cumple dicha compatibilidad. Desde luego,

el propietario y el inquilino de dicho caso habían acordado que el valor de la cosecha debería usarse para liquidar las rentas pendientes, lo cual permite pensar que el propietario, al ser demandado en una *actio de in rem verso* por el proveedor del fertilizante, tenía una *causa légitime* para conservar el beneficio de la cosecha, esto es, el acuerdo de tomar ésta con el conocimiento del arrendatario. Sin embargo, en su comentario en torno al caso en S. 1893.1.281, Labbé observó que, al valorar la cosecha, los expertos habían deducido el precio del fertilizante con la idea de que el propietario realizaría un pago especial al inquilino. De haber sido así, el enriquecimiento generado por la fertilización de la cosecha no se hubiera podido justificar invocando ninguna *causa légitime*, es decir, ningún contrato válido con el arrendador. Con base en estos hechos, el demandante habría ganado aun en el contexto actual.

Además del requerimiento de la *causa légitime*, los tribunales franceses han derivado muchas otras condiciones que limitan el área de aplicación de la demanda general por enriquecimiento. Los expertos sitúan estas restricciones, o al menos algunas de ellas, en la esfera de la *subsidiarité de l'action de in rem verso*, lo que significa que la demanda por enriquecimiento deberá abandonarse en caso de que exista cualquier otra base legal sobre la cual el demandante pueda sustentar su exigencia.

Véanse detalles en Drakidis, en la bibliografía de este capítulo. El *Codice Civile* italiano explicita lo anterior en el art. 2042, el cual ordena que la demanda por enriquecimiento no procede cuando el demandante cuenta con alguna otra forma de exigir una compensación por el quebranto sufrido. En cuanto a las leyes francesas, se podría pensar que este principio de subsidiariedad se impondría a las exigencias por enriquecimiento en los casos más representativos de la *actio de in rem verso*, ya que cuando el beneficio ha pasado al acusado a través de los activos de un tercero, lo normal es que el demandante tenga un contrato con dicho tercero con base en el cual pueda formular su demanda. La Corte de Casación no ha aceptado esta implicación, pues señala de manera explícita que la existencia de dicha demanda contractual contra un tercero no afecta el "*caractère subsidiaire de l'action de in rem verso*", al menos cuando no se puede realizar la exigencia contractual debido a la insolvencia del tercero, lo que sucede la mayoría de las veces (Req. 11 de sept. de 1940, S. 1941.1.121). Los tribunales italianos han adoptado la misma posición (véase Cass. 26 de marzo de 1953, n. 782, Foro it. 1953 I, c. 1467).

El principio de subsidiariedad encierra cierta importancia práctica en los casos en los que el demandante tiene una exigencia contra el acusado sobre la base de un contrato u otro instrumento legal que resulte ya inaplicable debido a prescripción, antigüedad u otra razón: en tales casos, el demandante puede recurrir a la acción *de in rem verso*, aunque sus esfuerzos serán infructuosos. Así, cuando un demandante que entabla una demanda con base en un contrato de préstamo descubre que no puede presentar la prueba documental requerida por el art. 1341 del *Código Civil* francés, no se le permite solicitar la restitución sobre los mismos hechos y la base del enriquecimiento injustificado. (caso Clayette, Civ. 12 de mayo de 1914, S. 1918.1.41). Lo mismo se aplica cuando, debido a un error de

cálculo, un constructor presenta una cotización demasiado baja para la construcción de una casa; no puede recurrir a la *actio de in rem verso* para reclamar el faltante, pues ello contravendría las provisiones del art. 1793 del *Código Civil* mencionado, las cuales asignan el riesgo de dicho gasto excedente al constructor (Civ. 2 de marzo de 1915, DP 1920.1.102). Cuando el Estado ordenó la disolución de la orden de los jesuitas, se concedió a los donantes un periodo para entablar las demandas de restitución contra el liquidador; al donante de terrenos que hubiere dejado transcurrir dicho periodo no se le permitió plantear una demanda por enriquecimiento injustificado (Civ. 22 de feb. de 1922, S. 1923.1.153; compárese RGZ 124, 204). Para citar otro ejemplo, mencionado en líneas anteriores, el concesionario de una patente no puede iniciar una acción *de in rem verso* contra el infractor de su patente cuando ha prescrito la exigencia estatutaria especial para dicha infracción (Paris 8 de marzo de 1922, Gaz. Trib. 1922. 2. 344).

IV

No hace muchos años se decía que el abogado de la Europa continental que abordara el tema del enriquecimiento en el *common law* "se adelantaba en otro mundo" (edición anterior, p. 603). Desde entonces, las cosas han cambiado de manera significativa. Los abogados ingleses han dejado de aludir a la responsabilidad en los cuasicontratos y, desde 1966, con la primera publicación de la importante obra de Goff/Jones, los tribunales y los autores de textos legales aceptan que hay un principio general de responsabilidad para el "enriquecimiento injusto", y que la "ley de restitución" basada en dicho principio es una sección autónoma de las leyes, independiente de los contratos y los agravios. Lo que se necesita ahora es concretar este principio y crear reglas aplicables en beneficio de abogados, profesores y estudiantes.

Otra vez se impondrían obstáculos a este desarrollo, debido principalmente a que el derecho inglés se desarrolló dentro de sus propias y tradicionales formas de acción, varias de las cuales se utilizaban ocasionalmente en las situaciones que implicaban lo que ahora clasificaríamos dentro de la ley de enriquecimiento. Al igual que en Roma, las primeras formas de acción con fines reparatorios que se implantaron en el derecho inglés tenían la función concurrente de hacer valer los contratos. Así como la *condictio* tenía por fin procurar la transferencia de una cosa determinada, ya fuera que la obligación de traspaso proviniese de un préstamo, una estipulación o la recepción de un *indebitum*, en la Inglaterra de los siglos XIV y XV la acción de apremio servía para recuperar sumas monetarias liquidadas que se adelantaron ya fuere como dinero prestado, como penalidad monetaria o como cumplimiento de una ejecutoria, así como cuando la suma de dinero de que se tratara hubiera sido pagada por el demandante al acusado en cumplimiento de un contrato y que después se reclamaba por "ausencia de consideración" tras la invalidación del contrato. La acción para cuenta y razón también representaba un método para resolver problemas relacionados con el enriquecimiento injusto; tratábase, en lo básico,

de un medio para ajustar cuentas entre las partes, aunque también podían usarlo los demandantes que habían transferido alguna cosa por error al acusado o como resultado de un contrato anulado por falta de consideración. Desafortunadamente, las acciones de apremio y de cuenta y razón implicaban un procedimiento en extremo engorroso y caro en el que el acusado podía, incluso, obtener un veredicto favorable al jurar, junto con testigos comprados para tal efecto, que no había responsabilidad de su parte. Lo anterior impulsó a los tribunales ingleses de los siglos XVI y XVII a emplear el más flexible curso del *assumpsit* en los casos que antes se dirimían en el ámbito del apremio y de la cuenta y razón. Originalmente el *assumpsit*, emanado de la ley de agravios, se aplicó sólo cuando una de las partes se hubiere comprometido de manera expresa (*assumpsit*) y por contrato a realizar una cosa en particular, si el acusado cumplía mal o incumplía su obligación, el demandante podía iniciar la acción de *assumpsit* y demandar por daños y perjuicios. Gradualmente se dio cabida a este recurso en los casos en que el acusado poseía una suma de dinero específica que podía haberse reclamado mediante una acción de apremio. Bastaba que, después de contrato el adeudo, el deudor se comprometiera de manera explícita a liquidarlo; la exigencia del acreedor adquiría entonces la categoría de *indebitatus assumpsit*. A raíz del decisivo veredicto de 1602, en el caso *Slade*, se admitió que cualquier deuda, con independencia de su origen legal, pudiera reclamarse mediante un proceso de *assumpsit*, aun cuando nunca se hubiere formulado una promesa de pago, sino que ésta pudiera inferirse, como mera ficción, con base en las circunstancias del caso. De este modo se zanjó el terreno para fundamentar las demandas por enriquecimiento injusto en forma de *indebitatus assumpsit*, aunque siguieran basándose en la ficción de que el deudor se había "comprometido" a liquidar una deuda que se hubiere originado sobre cualquier otra base legal. De acuerdo con el característico hábito del jurista inglés de razonar por tipologías, no tardaron en desarrollarse varios tipos de casos dentro de la esfera del *indebitatus assumpsit*. La acción del *dinero habido y cobrado* se aplicaba a la recuperación de los fondos que el demandante había pagado al acusado por error, bajo coacción o en cumplimiento de un contrato inválido. La acción de *quantum meruit* o *quantum valebat* se empleaba cuando el acusado había aceptado bienes o servicios del quejoso sin que se hubiera acordado un precio específico. Por último, la acción de *dinero pagado* (desembolsado y entregado para ser utilizado por otro) procedía cuando el demandante había pagado dinero a un tercero en beneficio del acusado. "Hacia 1750 se había obligado a los acusados de ciertos casos a restituir todas las ganancias con base en casi todas las razones que reconocemos en el derecho moderno" (Dawson, véase la bibliografía de este capítulo, p. 11).

Hasta entonces, en Inglaterra no se había intentado construir una base unitaria para los diversos tipos de casos. Lord Mansfield fue el primero en emprender dicha tarea: a raíz del célebre caso *Moses contra Macferlan*, 1760, 2 Burr. 1005, 97 Eng. Rep. 676, el demandante había endosado un instrumento negociable a cambio de la promesa escrita del acusado en el sentido de no iniciar recursos legales contra el primero. El acusado deej

gó, dió demandar con base en el instrumento y obtuvo una decisión favorable de un juzgado que se declaró incompetente para tomar en consideración el acuerdo colateral. El demandante apeló al fallo del tribunal en su contra e inició una acción restitutoria en otra instancia, el Tribunal del King's Bench. Lord Mansfield aceptó la demanda por dinero habido y cobrado, explicando que el fundamento de la exigencia era como sigue: "Cuando el acusado está obligado, por los vínculos de la justicia natural, a restituir fondos, la ley reconoce una deuda, brindando a esta acción, con base en la equidad del caso del demandante, las características de un contrato (*quasi ex contractu*, para decirlo con las palabras del derecho romano)... la esencia de este tipo de acción es que el acusado, de acuerdo con las circunstancias del caso, está obligado por los lazos de la justicia natural y la equidad a restituir el dinero".

Entonces, esta decisión de Lord Mansfield permitió disolver la asociación histórica entre las demandas por enriquecimiento existentes y la ley de contratos. Sin embargo, este desarrollo tomó un sesgo muy diferente, al punto de que cabría considerarlo como contrario a lo esperado. Hasta entonces, el supuesto de la promesa contractual ficticia de la restitución se visualizaba como un mecanismo procesal que permitía el uso del *assumpsit* para ejecutar las demandas por enriquecimiento; sin embargo, desde la mitad del siglo XIX, los tribunales comenzaron a considerar la promesa ficticia, denominada *contrato implícito*, como la base misma de la demanda de enriquecimiento. El derivar estas exigencias de la "justicia natural y la equidad", como había propuesto Lord Mansfield, no sólo parecía rebasar los límites de la jurisprudencia de la justicia en el sentido técnico; también contradecía las enseñanzas del positivismo y la preocupación por los precedentes que prevalecía en el ámbito judicial inglés en los primeros años del siglo XX.

Por consiguiente, la teoría de Lord Mansfield fue objeto de numerosas y acerbos críticas. Se le describía como una "vaga jurisprudencia que, en ocasiones, se presenta con el afeite de la justicia entre iguales" (Lord Sumner, en el caso *Baylis contra Bishop of London*, 1913, 1, cap. 127, 140), y como una "bienintencionada torpeza del intelecto" (Scrutton LJ en el caso *Holt contra Markham*, 1923, 1 KB 504, 513). Hanbury observó que Lord Mansfield, en el caso *Moses contra Macferlan*, había cruzado el estrecho puente "que lleva del terreno sólido del contrato implícito a las arenas movedizas de la equidad natural" (en 40 *LQ Rev.* 31, 35, 1924). Esta tendencia alcanzó su apogeo en el fallo que emitió la Cámara de los Lores en el caso *Sinclair contra Brougham*, 1914, AC 398. Una sociedad constructora había actuado como banco *ultra vires*, es decir, fuera de los objetos estipulados en las reglas de dicha sociedad. Cuando la constructora inició los procedimientos de liquidación, los depositantes reclamaron la cantidad que aún quedaba en sus créditos, por lo que, al ser inválidos los contratos *ultra vires* en las leyes inglesas de entonces, recurrieron a la acción de dinero habido y cobrado para realizar su propósito. La Cámara de los Lores dictaminó que no podía admitirse la acción mencionada, ya que la demanda se basaba en una promesa de restitución implícita desde el punto de vista legal, por lo que dicha promesa, en el caso presente, si se hubiera formulado de manera explícita, también habría sido *ultra vires* e inválida: "La ley no puede imputar *de jure* las promesas de restitución, ya sean de dinero habido y cobrado o de otro tipo, las cuales, cuando se formulan de facto, se invalidarían de manera inexorable" (1914, AC

398, 452). En el caso *Cowern contra Nield*, 1912, 2 KB 419 se había tomado una decisión similar. Ahí, un menor que prometió entregar bienes específicos recibió el precio de compra por adelantado. El comprador rechazó una parte de los bienes que resultaron insatisfactorios y el menor no entregó la parte restante, por lo que el comprador entabló una demanda por la restitución del precio pagado. Mientras las cosas se encauzaban por incumplimiento, la demanda fue rechazada, ya que el contrato era inválido por razón de la edad del menor, aunque la demanda por dinero habido y cobrado resultó igualmente infructuosa, ya que, de acuerdo con el tribunal, esta exigencia también tenía un carácter *ex contractu* y, por consiguiente, no procedía a causa de la edad del menor. Se emitió el mismo veredicto en el caso *R. Leslie Ltd. contra Shell*, 1914, 3 KB 607. Estas decisiones son objeto de críticas por los autores ingleses de hoy, pues se aplica allí la teoría de que las demandas por enriquecimiento se basan en el cuasicontrato con un rigor que demuestra que aun Inglaterra tiene sus propias formas de *Begriffsjurisprudenz*. La verdadera cuestión — es decir, cómo conciliar el interés del acreedor en recuperar fondos retenidos injustificadamente y los intereses que subyacen a las doctrinas del *ultra vires* y la minoría de edad — no fue planteada por los tribunales en ninguno de estos casos (acerca de este tema, véase el excelente estudio de Goff/Jones en la bibliografía de este capítulo, pp. 10 y ss., 524 y ss., 538 y siguientes).

En la Inglaterra actual, casi nadie emplea la expresión cuasicontrato para aludir a una demanda por enriquecimiento injusto. “A nuestro modo de ver, el concepto de contrato implícito es, en este contexto, un anacronismo sin sentido, irrelevante y engañoso” (Goff/Jones, véase la bibliografía de este capítulo, p. 10). Esta idea es compartida por Birks, quien concluye su descripción de la ascensión y caída del cuasicontrato en los siguientes términos:

En la actualidad, lo más importante que podría señalarse acerca de la relación entre restitución y cuasicontrato es que debería eliminarse por completo el término cuasicontrato, pues no cumple con ninguna función. Las obligaciones cuasicontractuales no son otras que las obligaciones del *common law* emanadas del enriquecimiento injusto. Tienen un contenido restitutorio, y el enriquecimiento injusto representa el evento causal. El persistir en llamarlas *cuasicontractuales* es perseverar en un uso que no añade ninguna información y que, al contrario, amenaza perpetuamente con revivir su oscura historia. (Birks, en la bibliografía de este capítulo, p. 39.)

Hoy, los tribunales y los autores perciben con una claridad cada vez mayor que la amplia gama de exigencias restitutorias que proporcionan los precedentes ingleses se basan en el principio de que el beneficio adquirido por el acusado a expensas del demandante debe ser restituido, en la medida en que la retención por parte del acusado de dicho beneficio se considere “enriquecimiento injusto”. Según Goff y Jones, “el principio del enriquecimiento injusto presupone tres cosas. Primero, el acusado debe haberse enriquecido por la recepción de un beneficio. Segundo, ese beneficio debe haberse obtenido a expensas del demandante. Tercero, resultaría injusto permitir que el acusado conserve dicho beneficio” (p. 16).

La ley de restitución de Estados Unidos de América comenzó a desarrollarse en el punto alcanzado por Lord Mansfield en Inglaterra, si bien no se emuló allá el intento de hacer que la obligación restitutoria dependiera de un “contrato implícito”. Ya en 1893 Kéner publicó una obra en torno a la ley de los cuasicontratos, seguida en 1913 por una obra con el mismo título, de Woodward. Este último autor negaba categóricamente que “las exigencias cuasicontractuales se fundaran en un ‘contrato implícito en la ley’”; definió dichas demandas como “obligaciones legales emanadas, sin referencia al asentimiento del obligado, de la recepción de un beneficio cuya retención es injusta y que imponen al beneficiario a restituirlo” (p. 4).

En 1937 se logró un avance significativo con la Reformulación de la Ley de Restitución a la que nos referiremos en lo sucesivo con el nombre de Reformulación), redactada por los profesores estadounidenses Seavey y Scott. Se reunían allí todos los preceptos desarrollados por los tribunales para la restitución del enriquecimiento injustificado, incluyendo, por primera vez, las demandas restitutorias creadas en los Tribunales de Justicia (acerca de esto, véanse Seavey/Scott, en 54 *LQ Rev.* 29, 1938; Winfield, en 54 *LQ Rev.* 529, 1938, y Martinek, en la bibliografía de este capítulo, pp. 294 y ss.), así como la proposición general de que “a la persona que se haya enriquecido injustamente a expensas de otro se le obliga a restituir el objeto del enriquecimiento” (§1).

Al considerar los tipos de casos más importantes que dan lugar a las demandas restitutorias en el derecho angloamericano, descubrimos que la distinción entre *Leistungskondition* y *Eingriffskondition* que se emplea en la familia jurídica alemana también resulta útil para la presentación del *common law*. Así, Goff/Jones organizan los materiales de acuerdo con que el acusado haya adquirido el beneficio “de o por un acto del demandante” — lo que se aproxima a la *Leistungskondition* — o que lo haya obtenido por medio de una conducta dolosa, lo cual semeja la *Eingriffskondition*.

Goff/Jones conciben un tercer grupo para los casos en los que la demanda se relaciona con la restitución de un beneficio que el acusado adquirió de un tercero (“cuando el acusado ha adquirido de un tercero un beneficio del cual debe responsabilizarse ante el demandante”). Esta sección comprende las reglas que permiten a la persona que ha liquidado una cantidad adeudada por un tercero ejercer todos los derechos adjudicados al acreedor contra el tercero antes de la liquidación (“doctrina de la subrogación”, véase también el §162 de la Reformulación). Así, el fiador que paga el adeudo puede utilizar recursos contra el deudor echando mano de las exigencias adjudicadas al acreedor antes de la liquidación, ejerciendo cualesquier garantías que pudiera tener aquí. Lo mismo cabe afirmar acerca del asegurador que liquida al asegurado, ya que puede utilizar las demandas de éste contra la parte responsable del evento asegurado. En la Europa continental hay reglas estandarizadas especiales para la mayoría de estos casos: las exigencias del beneficiario contra el tercero se adjudican a la persona que realiza el pago mediante una *cessio legis* (véanse los §§774, 1143, 1225 del BGB, §67 de la Ley Alemana de Contratos de Seguro (VVG), arts. 1251 y 2029 del Código Civil francés, 36 de la Ley Francesa de Contratos de Seguro, 13 de julio de 1930). Se olvida fácilmente que, en realidad, esta transferencia sólo sirve para garantizar el recurso del

demandante al liquidar la deuda de otro, y que dicho recurso se basa en los principios del enriquecimiento injusto, ya que la idea de la "prohibición de enriquecimiento" no suele manifestarse si no es en relación con el aseguramiento y el §67 de la VVG alemana. En el *common law*, en contraste, la justificación invariable de la doctrina de la subrogación es que, *strictly speaking*, el tercero se enriquecería de manera injustificable, de ahí que los preceptos desarrollados para tal propósito se tengan por manifestaciones del principio de enriquecimiento, no sólo en la Reformulación, sino también en Goff/Jones (acerca de este tema, véase también Von Caemmerer, en *Festschrift Rabel*, pp. 360 y siguientes).

a) Abordemos ahora los casos en los que el demandante exige la restitución de los beneficios adquiridos por el acusado "*de o por un acto del demandante*". En el *common law*, estos casos se clasifican de acuerdo con las circunstancias que toman injustificable para el acusado retener el beneficio que ha recibido. Uno de estos grupos se compone de los casos en los que el pago se realizó bajo la suposición errónea de que había una deuda ("pago por error", §§6-69 de la Reformulación). Otro grupo importante lo constituyen las transferencias realizadas bajo "compulsión" o "coacción": la persona puede reclamar lo que transfirió bajo "coacción" u otras circunstancias que indiquen la presencia de una "influencia indebida" por parte del beneficiario, por lo general aprovechando una relación familiar estrecha. Al igual que Goff/Jones, la Reformulación detecta un caso de "ejecución bajo compulsión" cuando uno entre varios deudores comunes liquida al acreedor bajo la compulsión de éste; su pago libera a los otros deudores de sus obligaciones, por lo que puede recurrir a la "doctrina de la contribución" para que aquéllos liquiden sus respectivos adeudos. Estas demandas de contribución son una creación judicial de *common law* y se fundamentan directamente en los "principios de justicia", no en el *contracto* que, por lo regular, existe entre los deudores comunes. Como cabría esperar, el desarrollo en esta área del derecho inglés fue gradual: la contribución se reconoció primero en los casos de garantías compartidas, para luego extenderse a otras formas de responsabilidad conjunta. Aun hoy, Goff/Jones distinguen cuidadosamente entre las demandas de contribución entre socios, garantías, aseguradoras, fiduciarios de una misma propiedad, etc., por lo que las reglas de contribución aplicables a una de estas relaciones podrían resultar intrínsecas en otras. No obstante, Goff y Jones lograron extraer principios generales en esta área (Goff/Jones, véase la bibliografía de este capítulo, pp. 299 y ss.; véanse también los §§1-85 de la Reformulación), con lo cual repitieron el proceso de generalización gradual de las reglas que se verificó en Alemania en los siglos XVIII y XIX y condujeron a las igualmente abstractas provisiones en torno a las deudas comunes del BGB (§§421 y siguientes).

Otro grupo importante lo componen los casos en los que el deudor confiere un beneficio emanado de un *contracto* inválido o nulo por razones como error, incapacidad, circunstancias alteradas, incumplimiento o ilegalidad o immoralidad. No todos estos casos son considerados por el *common law* como ejemplos de un tipo común, a saber, la demanda por restauración de beneficios conferidos de acuerdo con un contrato defectuoso. No

hay preceptos generales que se apliquen a casos como el anterior. Lo que importa aquí es el *tipo de defecto* que invalida el contrato, aun cuando se trate de nulificar los efectos del contrato inválido. Cuando el demandante exige al acusado la restitución de una cosa transferida según un contrato inválido, los jueces ingleses y estadounidenses estudian los precedentes de incapacidad, ilegalidad o de otro tipo que hayan invalidado los contratos, con el resultado de que las reglas del *common law* relacionadas con la restitución de bienes transferidos de acuerdo con un contrato defectuoso difieren ampliamente, dependiendo de la causa de la invalidez. Como podrá observar el comparatista, esta forma de proceder tiene sus ventajas y sus desventajas. Por una parte, el *common law* puede regular los efectos de los contratos inválidos de acuerdo con los intereses relevantes, los cuales difieren dependiendo del tipo de defecto. Por otra parte, esta flexibilidad se adquiere al precio de una considerable diversidad casística que la torna desconcertante para el observador continental, pues resulta casi imposible formular reglas de aplicación general.

Tal desconcierto se origina en un hecho mencionado anteriormente (sección II del cap. 38), es decir, que en los sistemas germánicos y, en menor grado, en los sistemas de la familia jurídica romana, la ley de enriquecimiento no se ocupa de la cuestión de que el contrato subyacente sea válido o no (acerca de esto, véase también Von Caemmerer, *Festschrift Rabel*, pp. 343 y ss., y Dawson, en la bibliografía de este capítulo, pp. 113 y ss.), lo cual compete a la ley de contratos. La ley de enriquecimiento interviene cuando se ha determinado la validez del contrato; sólo entonces se investiga si se ha transferido algún beneficio conforme a un contrato declarado nulo, concluyendo que, de haber sido así, el acusado lo adquirió "sin fundamento legal", por lo que debe restituirlo. Desde luego, ni siquiera la ley de enriquecimiento de la Europa continental puede mantenerse indiferente a la cuestión de *por qué* se declaró inválido el contrato. Así, en los sistemas germánicos hay provisiones especiales en la ley de enriquecimiento que sólo se aplican en los casos en que el contrato subyacente es inválido por razón de *ilegalidad* o *immoralidad* (véanse los §§817, 819, párr. 2 del BGB, 1174 del ABGB, art. 66 del OR y, más detalladamente, la sección III del cap. 39). La razón de la invalidez del contrato también puede afectar el grado de la responsabilidad del acusado en el enriquecimiento injusto: según los §§818, párr. 3 y 819 del BGB, el acusado que no posea ya la cosa que recibió se libera de toda obligación, a menos que *supiera*, en el momento de recibirla, que no debía tenerla. En la práctica, esto significa que el beneficiario no puede eludir su responsabilidad argumentando que el enriquecimiento deja de existir al determinarse que el contrato se formó bajo *dolo* o *coacción*; a la inversa, un *menor de edad* puede utilizar lo anterior como defensa aun cuando conociera la invalidez del contrato a la recepción del beneficio, ya que los tribunales, a fin de protegerlo, no utilizan dicho conocimiento en contra del menor (acerca de este tema, véase la sección IV del cap. 39).

b) En el *common law* se concede gran importancia práctica a los casos en los que el acusado adquiere un beneficio no como resultado de un acto del demandante, sino "por una conducta contraria a la ley", es decir, como se diría en Alemania, al hacer un uso no autorizado de una cosa o un derecho perteneciente a otro. Partiendo de que esta interferencia

con el derecho de otro representa un agravio, el *common law* permite a la víctima pasar por alto la exigencia por daños y perjuicios e iniciar una demanda por la restitución de los beneficios económicos conseguidos con base en dicho agravio; antaño se llamaba a esto *renuncia de daños por agravio*. Por ejemplo, si una persona vende o realiza trabajos en un bien inmueble que no le pertenece, se le fincará culpabilidad, aun cuando haya actuado de buena fe, por el agravio de conversión o de traslación de bienes muebles (véase la sección III del cap. 40); hay un "allanamiento de terreno" cuando una persona lleva sus animales a pastar en las tierras de otra persona o inicia obras de construcción, extrae minerales o hace circular líquidos o gases, o cualquier forma que signifique una perturbación en las posesiones de otro. En todos estos casos, la víctima puede abstenerse de entablar una demanda por daños y perjuicios y exigir a la otra parte que restituya el valor de los bienes muebles que haya usado o las utilidades de las ventas que haya realizado o el valor del uso que haya dado a aquéllas.

Hasta ahora no se ha proporcionado una respuesta definitiva al problema de la persona que se ahorra gastos utilizando la propiedad de alguien más sin causar a éste ningún perjuicio. Aunque a veces se obliga a dicha persona a pagar, no hay una regla general aplicable. En el caso Phillips contra Homfray, 1883, 24, cap. 439, una persona cavó caminos y pasajes debajo de los terrenos del demandante para transportar minerales de su mina. Al poco tiempo murió, y según el antiguo precepto de *actio personarum moritur cum persona* que imperaba por entonces, esto cancelaba cualquier exigencia por daños y perjuicios basada en el agravio de allanamiento de terrenos, de ahí que el demandante demandara a los herederos por el valor del beneficio que había obtenido la hacienda del finado por el uso de los caminos y pasajes que se encontraban en los terrenos del demandante. Esta demanda fue rechazada, pues aunque el finado se había ahorrado algunos gastos, no se había apropiado de nada que estuviera en los terrenos del demandante.

"Se ahorró gastos, pero no tomó ninguna propiedad o valor adicional que perteneciera a otra persona" (*ibid.*, p. 462). Véase también el caso Stoke-on-Trent CC contra V. & J. Wess Ltd., 1988, 3 All ER 394: el acusado tenía un mercado en una ciudad donde sabía que el demandante ejercía derechos de comercialización exclusivos, pero aquél no pudo demostrar que ello le hubiera causado alguna pérdida. Se rechazó la petición del demandante para cobrar una cuota de licencia razonable, en una decisión criticada por Goff/Jones (véase la bibliografía de este capítulo), pp. 717 y ss. En Estados Unidos de América las opiniones difieren. Respecto del uso no autorizado de *bienes muebles*, la Reformulación ordena en el §128(1): "La persona que haya usado agraviosamente un bien mueble de otro tiene la obligación de restituir al propietario el valor del uso, aun cuando aquél no haya usado el bien ni se haya visto afectado por el uso de la otra parte". Se obtuvo un resultado similar en el caso Olwell contra Nye & Nissen Co., 26 Wash. 2d 282, 173 P. 2d 652, 1946, en el que el acusado utilizó sin autorización una máquina que no usaba el demandante y que se encontraba en un almacén (compárese Strand Electric and Engineering Co. contra Bristford Entertainments, 1952, QB 246). La Reformulación no es precisamente inequívoca en lo que se refiere al uso sin autorización de *terrenos* (véase el §129). Son varias las decisiones que se han desviado

del caso Phillips contra Homfray, pues permiten al actor demandar aun cuando el valor de la propiedad no haya disminuido a causa del uso y de que, al hacer uso de los terrenos, el acusado no haya incurrido en otra cosa que no fuera un ahorro de costos para sí mismo. Véase Raven Red Ash Coal Co. contra Bail 185 Va. 534, 39 SE 2d 221, 1946; Edwards contra Lee's Administrator 265 Ky. 418, 96 SW 2d 1028, 1936; De Camp contra Bullard 159 NY 450, 54 NE 26, 1899, analizado en detalle por Palmer (en la bibliografía de este capítulo), §§2.5 y 10.

Se aplican las mismas reglas cuando, en vez de interferir la propiedad de otro, el acusado infringe derechos intangibles que pertenecen al demandante, como patentes, derechos de autor, marcas y secretos comerciales, etc. En estos casos, los tribunales permiten al demandante exigir la restitución de las ganancias generadas por la infracción.

Véase Peter Pan Manufacturing Co. contra Consels Silhouette Ltd., 1964, 1 WLR 96; Marese contra Moore-McCormack Lines 158 F. 2d 631, 2a. Cir. 1946; Eckert contra Braun 155 F. 2d 517, 7a. Cir. 1946; Reynolds contra Whittin Mach. Works 167 F. 2d 78, 4a. Cir. 1948. Con frecuencia, los tribunales estadounidenses se han visto precisados a determinar si una persona cuyos derechos de personalidad han sido infringidos puede reclamar las utilidades que haya obtenido el acusado con tal proceder. En este sentido, conviene hacer algunas distinciones. La demanda procede por usar el nombre o la imagen del quejoso con fines comerciales, pero no por publicar información falsa y dolosa en torno suyo o por distorsionar su imagen. Véase el caso Hart contra E. P. Dutton & Co., 197 Misc. 274, 93 N. Y. S. 2d 871, 1949; más detalles en Palmer (véase la bibliografía de este capítulo), §2.9, con referencias bibliográficas adicionales. Lo anterior permite plantearnos si el ejercicio del derecho implica la facultad no sólo de demandar por daños y perjuicios al infractor, sino también de exigir cualesquier ganancias que hubiera obtenido. En Alemania, los jueces se preguntan si al conceder un derecho al demandante, la ley también le proporciona un derecho exclusivo para beneficiarse de dicho ejercicio, como si se tratara de un monopolio sobre su valor (véase, por ejemplo, Esser/Weyers, *Schuldrecht* I, 6a. ed., 1984, pp. 399 y ss.). En Inglaterra, Birtks plantea este problema a la inversa preguntándose si la obligación incumplida por parte del acusado se le impuso en parte para impedir que se beneficiara de ella: "Así pues, nuestra pregunta ha de dirigirse a los hechos particulares: ¿era la prevención del enriquecimiento que había adquirido el acusado el fin principal que subyacía al agravio cometido?" (Birtks, véase la bibliografía de este capítulo, p. 329). Véase también Goff/Jones (en la bibliografía), pp. 720 y siguientes.

c) Los preceptos de la ley de restitución estadounidense presentados hasta ahora son producto de las decisiones de los tribunales del *common law*, si bien los Tribunales de Justicia también desarrollaron remedios útiles en esta área, los cuales se incorporan tanto a la Reformulación como al texto de Goff/Jones. Además de la "doctrina de la subrogación", la cual mencionamos anteriormente, los remedios más importantes son el "fideicomiso implícito" y el "gravamen equitativo".

Hay un fideicomiso cuando la persona a la que se adjudica un derecho está obligada a ejercerlo en representación de beneficiarios especificados, de acuerdo con las reglas

desarrolladas por los Tribunales de Justicia. Normalmente el fideicomiso se origina en una operación entre las partes y se le denomina *fideicomiso expreso*; sin embargo, tenemos un *fideicomiso implícito* cuando la propia ley considera a una persona como fiduciaria de un objeto particular en beneficio de otra persona. En ambas formas de fideicomiso, el derecho de los beneficiarios a la propiedad en fideicomiso es *quasi in rem*; es decir, desarrollado también por los Tribunales de Justicia, permite a los beneficiarios, entre otras cosas, reclamar el objeto o sus utilidades en caso de que el fiduciario se declare en quiebra.

Aunque este derecho real sólo existe cuando puede identificarse y distinguirse el objeto de que se trate entre las propiedades del fiduciario, el *common law* ha producido una serie de ficciones en interés de los beneficiarios que permite la supervivencia de una exigencia real auténtica cuando el dinero del fideicomiso se mezcla en la cuenta bancaria del fiduciario, con los fondos de éste, o que sea utilizado por dicho fiduciario junto con fondos propios para la adquisición de terrenos. En tal caso, se impone un gravamen equitativo por el monto del derecho de los beneficiarios al banco o a los terrenos, siendo privilegiado dicho gravamen en caso de que el fiduciario se declare en quiebra ("doctrina del rastreo"; para detalles, véase Goff/Jones, en la bibliografía de este capítulo, pp. 83 y ss.; *In re Tilley's Will Trusts*, 1967, cap. 1179; Reformulación, §§202 y ss.; Kötz, *Trust und Treuhand*, 1963, pp. 30 y ss., 77). Si el fiduciario viola el fideicomiso al traspasar la propiedad de éste a un tercero, se podrá considerar a dicho tercero como fiduciario implícito y, en consecuencia, se le podrá obligar a devolver lo transferido, a menos que haya adquirido la propiedad como "comprador *bona fide* por valor", es decir, por consideración y sin conocimiento de que el movimiento violaba las condiciones del fideicomiso (véase Kötz, *Trust und Treuhand*, 1963, con referencias bibliográficas adicionales).

Por tanto, resulta relevante, en especial cuando el acusado es insolvente, determinar si la demanda restitutoria del actor puede basarse en un fideicomiso implícito, es decir, que el acusado fuera un fiduciario implícito para el demandante de la propiedad en disputa. En las leyes inglesas y estadounidenses, esta capitalísima cuestión se resuelve por otros medios. En Inglaterra, el fideicomiso implícito sólo puede formarse cuando hay una "relación fiduciaria", es decir, una relación de confianza y familiaridad especiales; sólo entonces puede hacerse la analogía con un fideicomiso expreso generado por un acto legal que justificaría la aplicación de las reglas correspondientes al fiduciario a fin de exigirle que restituya la propiedad que, en justicia, pertenece al otro. Así, por ejemplo, un abogado puede ser el fiduciario implícito de su cliente (*Re Hallett's Estate*, 1880, 13, cap. D. 696), un albacea de su pariente (*Re Diplock*, 1948, cap. 465), el director de una compañía de la compañía misma (*Sinclair contra Brougham*, 1914, AC 398) y, en ciertas circunstancias, un agente de su principal (*Butdick contra Garrick*, 1870, LR 5 Ch. App. 233). En verdad, en un caso en el que el actor, un banco de Nueva York, había realizado, por instrucciones y a través de un intermediario, la transferencia de 2 millones de dólares al banco del acusado en Londres, para, por error, repetir la operación pocas horas después, se

consideró al acusado fiduciario implícito de los fondos que se transfirieron por error; el resultado fue que el demandante, como beneficiario de ese fideicomiso, podía reclamar los fondos como si, en justicia, le pertenecieran, si es que aún podía identificarse y, por ende, gozar de prioridad frente a los acreedores generales del acusado (*Chase Manhattan Bank contra Israel-British Bank*, 1981, cap. 105).

^{67a} En Estados Unidos de América, *no* se requiere que haya una relación fiduciaria especial entre las partes para construir un fideicomiso implícito. Los tribunales estadounidenses consideran dicha forma de fideicomiso un mecanismo legal al que puede recurrirse siempre que obre en poder del acusado una propiedad identificable, la que deberá restituir en razón de que se enriquecería de manera injustificada a expensas del demandante en caso de que se le permitiera conservar dicha propiedad.

Véase Scott, en 71 *LQ Rev.* 39, 1955, y el §160 de la Reformulación sobre Restituciones, 1938:

"Cuando se somete a una persona con derechos sobre una propiedad a una obligación equitativa para traspasar aquélla a otra persona sobre la base de que se enriquecería injustamente si se le permitiera conservarla, se construye un fideicomiso implícito". Pueden leerse frases similares en diferentes casos: véase Beatty contra Guggenheim Exploration Co., 225 NY 380, 122 NE 378, 1919; Knight Newspapers contra Commissioners of Internal Revenue, 143 F. 2d 1007, 6a. Cir., 1944. En Inglaterra también se propuso que en vez de considerar el fideicomiso implícito como una "institución sustantiva" que requiere una relación fiduciaria especial entre las partes, se le tenga, como en el derecho estadounidense, por una "institución reparadora" que deberá invocarse cada vez que el tribunal descubra que el acusado retiene, de manera injustificable, propiedad identificable del demandante. En particular, esta propuesta fue formulada por Waters, *The Constructive Trust*, 1964 y "The English Constructive Trust: A Look into the Future", en 19 *Vand. L. Rev.* 1215, 1966; Goff/Jones (en la bibliografía de este capítulo), pp. 93 y ss., se manifiesta de acuerdo, no así Birks (en la bibliografía), pp. 375 y siguientes.

Son bastante frecuentes los casos en los que los tribunales estadounidenses declaran al acusado como "enriquecido injustamente" a expensas del demandante respecto de una propiedad en particular. Si el demandante transfiere el objeto al acusado *por error* y dicho objeto aún puede identificarse entre los efectos del acusado, se considerará éste como un fideicomiso implícito de esta propiedad en beneficio del quejoso (véase el §163 de la Reformulación). Lo mismo cabe afirmar cuando el demandante realiza la transferencia bajo engaño, coerción o influencia indebida del beneficiario o de un tercero (véanse los §§116 y ss. de la Reformulación). En estos casos, se echa mano del fideicomiso implícito para anular las disposiciones defectuosas de la propiedad; esta función es desempeñada en los sistemas de la familia jurídica romana por la *repetition de l'indu* y, en los sistemas germánicos, por el derecho a reclamar la ejecución de una supuesta obligación. Sin embargo, el resultado de imponer un fideicomiso implícito difiere del resultado que se obtiene en la Europa continental, pues en el primer caso se concede al demandante una exigencia real de considerable efectividad.

En el caso *Re Berry*, 147 F. 208, 2d Cir. 1906, los demandantes habían enviado al acusado, por error, un cheque por 1,500 dólares como pago de una deuda inexistente. El acusado depositó el documento en su banco, donde se acreditó el valor del mismo. Al poco tiempo se declaró en quiebra. Después de que se depositó e hizo efectivo el cheque, se habían hecho retirios de la cuenta del acusado, pero nunca por debajo de un saldo mínimo de 1,500 dólares. El tribunal dictaminó que el acusado y su fiduciario en quiebra contaban con los 1,500 dólares de la cuenta bancaria a manera de "fideicomiso implícito" para los demandantes; dicha cantidad podía reclamarse con derechos de prioridad respecto de los acreedores generales. Para más detalles, véase Palmer (en la bibliografía de este capítulo), §11.5 y *Goff Jones* (en la bibliografía), pp. 131 y siguientes.

V

En Alemania, se ha señalado con frecuencia que las demandas por enriquecimiento se basan en el último recurso de las consideraciones de equidad y justicia. Según dicho argumento, estas exigencias se conceden cuando la adquisición de beneficios "parece injustificada desde ciertas perspectivas especiales", es decir, contradicen la justicia y la equidad" (Emmeccerus/Léhnmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 4a. ed., 1954, §220, f), especialmente cuando, gracias a las reglas legales formales y al "principio de abstracción" en particular (véase la sección II del cap. 33), el beneficiario adquiere la propiedad de cosas que, de acuerdo con el objetivo de una ordenación justa y equitativa de las relaciones económicas, resultaría injusto permitirle que retuviera; por consiguiente, la ley debe dar cabida a una exigencia de ajuste, "a fin de que, en la medida de lo posible, se restañen las heridas que, por sí mismo, inflige tal procedimiento de equilibrio" (Demburg, *Bürgerliches Recht* II 2, 3a. ed., 1906, pp. 677 y ss). El propio Reichsgericht aludió alguna vez a las "consideraciones de la equidad... que constituyen la base del ajuste de beneficio y detrimento que las leyes intentan conseguir mediante la demanda por enriquecimiento" (RGZ 86, 343, 348; asimismo, BGHZ 36, 232, 235).

En la actualidad, estas observaciones deben interpretarse con algunas reservas. La ley del enriquecimiento injusto gozará de cabal salud, como demuestra un estudio comparativo, en las jurisdicciones donde no se reconoce el principio de la naturaleza abstracta de las transferencias. Este fenómeno puede apreciarse en las decisiones judiciales que hemos mencionado, es decir, en las situaciones comunes en las que dicho principio no tiene ningún papel por desempeñar, como cuando el comento de las demandas por enriquecimiento es la restitución de dinero pagado o del valor de los servicios prestados *sine causa* por el demandante o de las ganancias de una interferencia injustificada en los derechos de aquel. Es correcto, pues, afirmar que la ley del enriquecimiento injusto se funda en la equidad y la justicia, pero no es menos cierto que la ley de contratos y agravios también se basa en esos valores. Desde el punto de vista histórico, las demandas por enriquecimiento se remontan invariablemente ya sea a la *aequitas* o al *iusnaturalismo*, debido acaso a que eran necesarias en épocas en las que dichas exigencias tenían

que luchar para ser reconocidas, junto con las demandas basadas en los estatutos de conflictos o de agravios. En la actualidad, empero, ocupan un lugar incuestionado en todos los sistemas legales; en comparación con otras áreas del derecho privado, la ley del enriquecimiento injusto no ocupa un lugar ni más alto ni más bajo. Para decirlo con las acertadas palabras de Von Caemmerer, "cuando se entrega algo a la persona equivocada o se paga dos veces una deuda al mismo acreedor o se paga un adelanto sobre un contrato que nunca se ejecuta, el derecho a la restitución... posee la misma dignidad que las demandas de liquidación de un préstamo o de la cancelación de un contrato" (*Festschrift Ribbel*, 339; véanse también las adecuadas observaciones de Wilburg, en la bibliografía de este capítulo, pp. 18 y siguientes).

Los autores franceses también atribuyen la *actio de in rem verso* a consideraciones de equidad. Así, Esmein escribe lo siguiente:

"La acción de *in rem verso* se incorporó a nuestras leyes como un metro recurso para subsanar brechas, que permite conceder una indemnización en los casos en que la justicia la requiere de forma absoluta" (S. 1941. I. 122). En términos similares, David expresa lo siguiente: "En la práctica, esta doctrina siempre se ha aplicado con la debida consideración a los requerimientos de la justicia natural. En consecuencia, resulta imposible formular dicha doctrina de una manera absolutamente sistemática, dominada como está por los subjetivos, pero imprecisos conceptos de la moralidad y la lealtad" (5 *Camb. LJ*, pp. 222 y s., 1935). Por último, Rouast: "Detrás de los casos relacionados con el enriquecimiento injustificado encontramos un principio del derecho natural, el principio del equilibrio entre ejecución y contraejecución" (*Rev. trim. dr. civ.* 21, 1922, p. 93).

Este punto de vista se adapta mejor al derecho francés, pues cabe recordar que la demanda general por enriquecimiento no se prescribe en el *Código Civil*, de ahí la facilidad con la que se justificó su creación judicial a raíz del caso Boudier, mediante la consideración de que dicha laguna en el *Código Civil* debía llenarse de acuerdo con los requerimientos de la equidad. Como demuestra la observación de David, los autores franceses no siempre han logrado fijar los límites de la acción *de in rem verso* con una precisión satisfactoria; hasta que se consiga tal precisión, la asociación de la demanda con la equidad servirá al menos para mitigar la ausencia de una estructura sistemática satisfactoria.

Lo sorprendente del derecho francés es que convierte en principio la aceptación de la *actio de in rem verso*, que permite la demanda por enriquecimiento sólo cuando el beneficio fue adquirido por el acusado *indirectamente* como resultado de la transferencia del demandante a un tercero quien, a su vez, lo traspasó al acusado. Ciertamente, la Corte de Casación reconoce que se excedió al brindar un acceso limitado a la *actio de in rem verso* en el caso Boudier. Por tal razón, impuso una serie de condiciones restrictivas que los teóricos suelen resumir en dos requerimientos: primero, el enriquecimiento del acusado no debe justificarse por una *cause légitime*, lo cual, en los casos de la *actio de in rem verso*, significa que el acusado no debió recibir el beneficio como resultado de cualquier contrato entre él y un tercero; segundo, el demandante no ha de tener una deman-

da basada en cualquier otra razón legal (*principe de la subsidiarité*), que, en los casos de la *actio de in rem verso*, significa simplemente que el demandante no debe tener ninguna exigencia contractual contra un tercero *solvente*. La diferencia práctica entre las leyes francesas y alemanas en tales casos puede resumirse como sigue: si el demandante confiere un beneficio a un tercero como consecuencia de un contrato válido y el tercero transfiriere este beneficio al acusado, el demandante nunca podrá iniciar una demanda por enriquecimiento en Alemania, mientras que en Francia se le concederá dicha demanda a condición de que el tercero sea insolvente y el acusado no pueda invocar un contrato válido con el tercero que justifique la retención del beneficio contra el tercero.

No debemos apresurarnos a condenar estas decisiones de la Corte de Casación basadas en la *actio de in rem verso* era conocida para el *Gemeines Recht* y para la *Ley General* de Prusia, y no hay que deplorar que los tribunales alemanes hayan logrado imponer límites adecuados a ese recurso, aun cuando los redactores del BGB lo definieran como algo "en extremo confuso y complicado" (Motive II, 872) y se negaran a incorporarlo.

No es de sorprender que las restrictivas condiciones impuestas por el Reichsgericht en aquellos tiempos resulten más o menos congruentes con las reconocidas por la Corte de Casación. Así, en RGZ I, 143, el Reichsgericht tuvo que verse las con un caso en el que el seguro del acusado, actuando en propia representación, compró máquinas al demandante con el propósito de instalarlas en el molino del acusado. Poco después de que se instalaran las máquinas, el seguro murió sin dejar propiedades de valor, por lo que el proveedor demandó al molinero por el valor de las máquinas. El Reichsgericht tuvo que aplicar las leyes de Prusia, dictaminando que la demanda debería aceptarse, a menos que el molinero pudiera demostrar que recibió la maquinaria como resultado de un contrato de compraventa con su seguro. Ahora bien, si el seguro, al adquirir las máquinas, hubiera actuado como agente del molinero o como *negotiorum gestor*, el proveedor podía haber obtenido un fallo contra los herederos, para luego dirigir su demanda de indemnización contra el molinero (§§ 670, 683, 257 del BGB) y, así, habría reunido las condiciones para iniciar una demanda de restitución contra este último. Sin embargo, ¿no resulta esto un tanto complicado? Supongase que el seguro es insolvente y su hacienda está en liquidación. ¿Es justo que se utilice la demanda de indemnización del yerno para satisfacer a los otros acreedores de la heredad, cuando la adquisición de las máquinas era una operación en la que el seguro (como se indicó en OGH 16 de enero de 1952, SZ 25, n. 13) "no tenía ningún papel económico independiente por desempeñar, actuaba defendiendo los intereses del acusado demandado y no era más que un intermediario económico"?

No obstante lo anterior, ciertas consideraciones indican que el derecho alemán actualizó el estatus del todo errado al rechazar la *actio de in rem verso*. Parece ser un principio sano de las políticas legales, aun en el ámbito de la ley de contratos, que la persona deba buscar la restitución en quien ha depositado su confianza, y que deba recurrir al contratista en cuya capacidad de pago confiaba al celebrar el contrato. Además, la *actio de in rem verso* puede exponer al acusado a que se le finque doble responsabilidad, aunque sin duda por diferentes cantidades, primero ante el demandante en la *actio de in rem verso* y

en seguida, ante el tercero. Por último, se corre el riesgo de que, al admitirse la exigencia por medio de la *actio de in rem verso*, se pasen por alto los argumentos defensivos y justificables que pudiera oponer el tercero contra el demandante. El rechazo de la *actio de in rem verso* puede conducir a resultados inequitativos en los pocos casos en los que el tercero actuó únicamente defendiendo los intereses del acusado, sin intención de obtener un beneficio personal, como sucede a menudo cuando hay una estrecha relación familiar. En ocasiones, los tribunales ayudan al tercero determinando que éste actuó como representante del acusado o para "quienes pudiere interesar", empero, en vez de extender indebidamente estas instituciones, los tribunales deben prepararse, en casos excepcionales, a conceder una demanda directa de la forma más abierta posible, a condición de que no se contravengan los intereses tanto del tercero como del acusado.

En cuanto al *common law*, hemos señalado que la función básica de la "ley de restitución" puede definirse casi en los mismo términos que la ley del enriquecimiento en la Europa continental. Así, un abogado alemán aceptaría el concepto de enriquecimiento injustificado según lo definen Goff/Jones, quienes requieren, "primero, que el acusado (se haya enriquecido por la recepción de un beneficio; segundo, que dicho enriquecimiento se haya verificado a expensas del demandante y tercero, que resultaría injusto permitirle que conserve dicho beneficio". Las palabras del párr. 1, art. 62 del OR en el sentido de que "la persona que se ha enriquecido injustificablemente de los activos de otro" debe renunciar a dicho enriquecimiento concuerdan perfectamente con el § 1 de la Reformulación estadounidense, la cual ordena que "se deberá exigir a la persona que se haya enriquecido a expensas de otro la restitución de la propiedad habida de esa forma". No obstante, debemos recordar que, como explica claramente la Reformulación (Nota introductoria, § 1), estas proposiciones de la teoría angloamericana no son más que "directrices generales para la conducta de los tribunales"; se trata de "principios", no de reglas susceptibles de aplicación directa en casos individuales. Más bien, sirven para proporcionar a los juzgados una idea de la dirección en que deben aplicar y desarrollar las reglas específicas forjadas en los precedentes. En el derecho alemán las cosas son diferentes: cuando el § 812 del BGB establece que el acusado debe haber obtenido "algo" "mediante el acto de otro" "a sus expensas" "sin fundamento legal", emplea estas frases para precisar los elementos esenciales de una demanda por enriquecimiento, los cuales son aplicados directamente por los tribunales después de concretarlos e profundizarlos en un significado técnico específico. Aun así, no debemos magnificar estas diferencias. Como señalamos antes, el *common law*, aun en la Inglaterra de los últimos años, ha venido adoptando principios generales en vez de las diferentes formas de acción con funciones restitutorias, y en la actualidad se dedica a transformar dichos principios en conceptos adaptados a los diferentes tipos de casos, a fin de satisfacer los intereses que pudieran contener aquéllos. A la inversa, ningún abogado alemán o suizo negaría que el juez tendrá muy poco que aprender de los abstracciones requerimientos estandarizados para una demanda por enriquecimiento hasta que evalúe la forma y el contenido que confieren otros jueces y autores a dichos requerimientos. Von Caemmerer, quien creó una "tipología de

las demandas por enriquecimiento", señala acertadamente que "es posible infundir forma y límites a estas exigencias... sólo con una tipología, no merced a criterios generales" (*Festschrift Rabel*, p. 337). Pese a las diferencias entre la ley de enriquecimiento de Alemania y la ley de restitución en el *common law*, es evidente que no tardará en verificarse un acercamiento en el análisis teórico de estas áreas del derecho. El desproporcionado detallismo abstracto del Código alemán se verá liberado con la tipología de las demandas por enriquecimiento, mientras que los preceptos generales del *common law* serán desarrollados para infundir forma y estructura a los excesivamente concretos detalles de los precedentes. Cada sistema tiene, pues, mucho que aprender de los demás.

Bibliografía

- Beason, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment*, 1991.
- Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, 1989.
- David/Guttridge, "The Doctrine of Unjustified Enrichment", en 5 *Camb. LJ* 204, 1935.
- Dawson, *Unjust Enrichment, A Comparative Analysis*, 1951.
- , "Indirect Enrichment", en *Festschrift für Max Rheinstein II*, 1969, p. 789.
- Dickson, "The Law of Restitution in the Federal Republic of Germany", en 36 *ICLQ* 751, 1987.
- , "Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview", en 54 *Mod. L. Rev.* 99, 1993.
- Drakids, "La 'Subsidiarité', caractere spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause", en *Rev. trin. dr. civ.* 59, 1961, p. 577.
- Elman, "Unjust Enrichment in Israel Law", en 3 *Israel L. Rev.* 526, 1968.
- Englard, "Restitution of Benefits Conferred without Obligation", en *Int. Enc. Comp. L. X*, cap. 5, 1991.
- Friedmann, "Some Trends in the Development of the Law of Unjust Enrichment", en *Beiträge zum deutschen und israelischen Privatrecht*, Neue Köhner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, n. 81, 1977, p. 155.
- /Cohen, "Payment of Another's Debt", en *Int. Enc. Comp. L. X*, cap. 10, 1991.
- , "Adjustment among Multiple Debtors", en *Int. Enc. Comp. L. X*, cap. 11, 1991.
- Gallo, "Unjust Enrichment, A Comparative Analysis", en 40 *Am. J. Comp. L.* 431, 1992.
- Goffiones, *The Law of Restitution*, 4a. ed., 1993.
- Goré, *L'Enrichissement aux dépens d'autrui*, 1949.
- Kellmann, *Grundsätze der Gewinnhaftung, Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung*, 1969.
- Klippert, "The Juridical Nature of Unjust Enrichment", en 30 *U. Tor. LJ* 356, 1980.
- König, *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht*, 1967.
- Kötz, *Ungerechtfertigte Bereicherung, Tatbestände und Ordnungsprobleme aus rechtsvergleichender Sicht*, 1985.
- , "Empfehl es sich, das Bereicherungsrecht... durch den Gesetzgeber neu zu ordnen", en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts II*, Ministry of Justice (ed.), 1981, p. 1515.

- Kupisch, *Die Versionsklage, Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen ABGB*, 1965.
- Martinek, "Der Weg des Common Law zur allgemeinen Bereicherungsklage: Ein später Sieg des *ius Pomponius*", en *RabelsZ* 47, 1983, p. 284.
- Nicholas, "Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law", en 36 *Tul. L. Rev.* 605, 1962, 37 *Tul. L. Rev.* 49, 1962.
- , "Unjust Enrichment", en 5 *Am. J. Comp. L.* 1, 1956.
- Palmer, *The Law of Restitution*, 4 vols., 1978.
- , "History of Restitution in Anglo-American Law", en *Int. Enc. Comp. L. X*, cap. 3, 1989.
- Schäper, "Über Eingriffskonditionen", en *Mélanges Paul Piotet*, 1990, p. 173.
- Städling, "Restitution and Unjust Enrichment", en Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 1994, p. 267.
- Von Caemmerer, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", en *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. 1, 1954, p. 333.
- Zahner, "Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause", en *Rev. int. dr. comp.* 18, sept. 1966, p. 573.
- Wähling, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, 1934.
- Zimmermann, "Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach", en 15 *Oxf. J. Leg. Stud.* 403, 1995.

39. Temas específicos del enriquecimiento injustificado

I

En el capítulo anterior, nuestra comprimida reseña de las reglas del enriquecimiento injustificado en las familias jurídicas alemana, romana y angloamericana se centró más en la estructura sistemática que en las funciones características de las diferentes demandas por enriquecimiento. Por consiguiente, resultaba imposible incluir observaciones del tipo comparativo-legal detalladas. Tal es la tarea que intentaremos acometer en este capítulo, dentro de los límites que nos permita el espacio, estudiando más estrechamente algunos de los temas especiales de la ley de enriquecimiento. Nos preguntaremos qué sucede cuando el demandante busca la restitución del beneficio que ha conferido al acusado como consecuencia de un acuerdo ilegal o immoral, o bien, con un propósito ilegal o immoral (véase la sección III). A continuación, intentaremos responder a la pregunta de qué sucede cuando el acusado que recibe un beneficio injustificado intenta defenderse argumentando que perdió o dispuso de este beneficio o cualquier otro acto que haya modificado su posición con base en su derecho a conservar dicho beneficio (véase la sección IV). Sin embargo, comenzaremos con una exposición comparativa de uno de los preceptos más notables del *common law*, según el cual se negará la restitución de dinero pagado por error cuando el demandante haya realizado ese pago debido a un error de derecho.

II

La regla del *common law* en el sentido de que el demandante no puede reclamar los fondos que ha pagado por error se remonta al antiguo veredicto que se emitió en el caso *Bilbie contra Lumley*, 1802, 2 East 469, 102 Eng. Rep. 448. Ahí, el demandante era un asegurador que había pagado la suma asegurada al tenedor de la póliza y acusado; al poco tiempo exigió la restitución del pago arguyendo que el acusado no tenía derecho a la suma asegurada en virtud de que, a la celebración del contrato, había ocultado circunstancias que aumentaban el riesgo. Aun así, era evidente que, al pagar la suma asegurada, el demandante conocía o debió haber conocido todos los hechos que le daban derecho a retirar el pago. A lo largo del proceso, Lord Ellenborough preguntó al abogado del demandante si podía citar cualquier precedente en el que se hubiera aceptado una

demanda de restitución monetaria a una persona que hubiere pagado con total conciencia los hechos relacionados con su obligación, pero con una ignorancia igualmente total de su posición legal. Aunque dichos antecedentes existían, el abogado no pudo mencionar ni uno solo. A continuación, Lord Ellenborough declaró que "se debe actuar como si la otra parte conociera las leyes; de no ser así, no hay forma de señalar el grado al que puede llevarse la excusa de la ignorancia", tras de lo cual desechó la demanda. Desde entonces, es un principio reconocido del *common law* que la restitución de dinero liquidado sin una deuda precedente se excluye cuando el acusado cree que tenía derecho a recibir dicho dinero y el demandante, aunque consciente de todos los hechos relevantes, se sentía obligado a pagar debido a que extrajo conclusiones legales equivocadas en torno a esos hechos.

En Estados Unidos de América, los tribunales han aceptado plenamente el principio de que no puede haber restitución de beneficios conferidos por un error de derecho. La Comisión para la Revisión de las Leyes de Nueva York recomendó que se aboliera la distinción entre el error de derecho y el error de hecho (véase Report 1942, n. 65 B); esta recomendación se convirtió en ley a través del §142 de la *Ley de Prácticas Civiles* de Nueva York. Los autores de temas legales también desaprobaban dicha distinción: véase, por ejemplo, Palmer (4) (en la bibliografía del capítulo anterior), §§14.27 y 16.4. El §45 de la Reformulación de la Ley de Restitución, 1937, consagra el principio según el cual se excluye la restitución de beneficios conferidos por error legal, aun cuando, en los §§46 y ss., se presente una serie de excepciones a tal grado significativas y apoyadas por los precedentes que, de acuerdo con Corbin, "mal juez será aquel que no encuentre autoridad suficiente para fallar en sentido contrario al caso *Bilbie contra Lumley*" (§617).

En los sistemas legales de la Europa continental no hay un precepto que pueda compararse al anterior. Esto se observa de inmediato en el derecho alemán, ya que allí no se exige a quien interpone una demanda por enriquecimiento que demuestre la presencia de un error al conferir el beneficio; desde la perspectiva del derecho objetivo, dicho beneficio puede reclamarse siempre que no haya obligación de conferirlo, siendo las únicas excepciones cuando el demandante sabía perfectamente que no estaba obligado a proporcionar el beneficio, o que lo estaba, pero no por una obligación de tipo legal, sino moral o de honor (§§14 del BGB). Sin embargo, aun en países como Austria, Suiza y Francia, donde el *Código Civil* ordena explícitamente que la demanda de restitución dependa de un error del demandante acerca de su obligación de ejecutar, no hay requisitos adicionales de que el error sea de hecho y no, simplemente, de derecho. En verdad, el §1431 del ABGB admite de manera expresa la demanda de restitución de beneficios que el demandante haya conferido "por error, aun tratándose de un error de derecho". Luego de algunas dudas, resueltas en BGE 40 II 249, los tribunales suizos adoptaron la misma posición, al igual que los juzgados franceses (Req. 4 de ago. de 1859, DP 1859.1.362; Req. 21 de julio de 1908, DP 1909.1.175).

Aun cuando la respuesta que proporciona el derecho alemán moderno se destaque por su claridad, no debemos olvidar que hasta la promulgación del BGB había una intensa polémica entre tribunales y autores respecto de este tema. Windscheid detectó en las fuentes romanas "un axioma irrefutable que se expresaba con gran claridad" en el sentido de que si el error era de derecho, no podía admitirse la *condictio indebiti*, a menos que pudiera demostrarse de manera excepcional, que dicho error era cosa excusable (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1865, §426, n. 14). En el siglo XIX, las investigaciones en torno al derecho romano se beneficiaron de los resultados de la corriente crítica de los interpolacionistas, al punto de que todo parece indicar que en la era clásica el error de derecho sólo proscibía la *condictio* cuando la ejecución inducida por el error era cosa requerida por una obligación moral o por la buena fe. El mejor ejemplo de lo anterior es el caso en el que el testador encomendó a su heredero un *fideicommissum* con la instrucción de transferir la hacienda a un heredero sucesente. Con ciertas condiciones, el *senatusconsultum Pegasianum* permitía al heredero conservar para sí una cuarta parte de la hacienda (la llamada *quarta falcidia*), pero si por ignorancia de las leyes no retenía dicha parte, no podía reclamar como *indebitum* el excedente de la transferencia. Para los expertos modernos, fue Justiano el primero en generalizar la idea de que el error de derecho tenía un carácter fatal (*véanse* detalles en Schwarz, *Savigny Rom.* 68, 1951, p. 266; Schwarz, *Die Grundlage der condictio in klassichen römischen Recht*, 1952, pp. 101 y ss.). Conforme al *Generales Recht*, la idea dominante era que el error de derecho excluía la *condictio*, a menos que, excepcionalmente, se tratara de un error excusable (en Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* III, 1840, pp. 447 y ss., se presentaba una lista exhaustiva de las ideas que se aplicaban entonces), en una posición que también fue adoptada por los tribunales (*véase*, por ejemplo, Oberappellationsgericht Lübeck, 29 de nov. de 1856, SeuffA 13, n. 254, con referencias adicionales). En contraste, la *Levy General de Tierras* de Prusia carecía de una provisión comparable, por lo que el Obertribunal prusiano admitía la *condictio* aun cuando el error del actor fuera de derecho (29 de feb. de 1840, ObTr. 6, 8) o inexcusable (22 de feb. de 1855, ObTr. 30, 76).

Lo anterior demuestra que las leyes inglesas y alemanas adoptan conceptos diferentes respecto de la relevancia de los errores de derecho en los casos de enriquecimiento, sin que ello implique necesariamente que los casos se dirimiran por métodos distintos en los tribunales. Bien pudiera ser que los juzgados ingleses emplearan la doctrina del "error de derecho" para responder a intereses y necesidades que gozan de pleno reconocimiento en Alemania, pero a los que, en dicho país, se responde aplicando otros conceptos doctrinales. Para comprobar este aserto consideraremos algunos casos en los que los tribunales ingleses rechazaron la demanda de restitución adiciendo la presencia de un error de derecho por parte del actor.

Primero, tenemos los casos en que el conocimiento legal del demandante resulta incorrecto *sólo posteriormente*, debido por lo común a la decisión de una instancia superior. A menudo, los contribuyentes intentan reclamar a la tesorería el dinero pagado por la interpretación de un reglamento fiscal que, subsecuentemente, resulta erróneo. En Inglaterra, la razón que se aduce con más frecuencia para rechazar dichas demandas es el "error de derecho". En el caso National Pari-Mutuel Ass. Ltd. contra The King, 1930,

47 TLR 110, el demandante era un club que estableció una sala de apuestas de membresía exclusiva, suponiendo que esto lo obligaba a pagar impuestos por concepto de juego como si se tratara de una correduría de apuestas, según se ordena en la *Ley Financiera* de 1926. En 1929, la Cámara de los Lores dictaminó que un club que administra una sala como la mencionada sólo para miembros no es una correduría de apuestas, de acuerdo con la *Ley Financiera*, por lo que el club reclamó, en los años subsiguientes, los impuestos que había pagado. La demanda fue rechazada debido a que el error del demandante se había originado en una interpretación errónea de un reglamento, de ahí que el error de derecho resultara fatal para la exigencia.

Para dictámenes similares, véanse los siguientes casos: Whiteley, Ltd. contra The King, 1909, 101 LT 741; Sawyer & Vincent contra Window Brace Ltd., 1943, 1 KB 32; criticado por Goffiones (en la bibliografía del capítulo anterior), pp. 147 y ss. El acusado en el caso Henderson contra Folkestone Waterworks Co., 1885, 1 TLR 329, era una compañía surtidora de agua potable a la que una ley privada del Parlamento facultaba para cobrar a los consumidores tarifas de consumo del líquido hasta cierta cantidad. El fallo que emitió la Cámara de los Lores en otro caso (Dobbs contra Grand Junction Waterworks Co., 1883, 49 LTR 541) dejó en claro que el acusado, después de malinterpretar el reglamento, había cobrado tarifas de consumo que excedían el límite autorizado. El demandante exigió la restitución, pero sin éxito. Tras indicar que el fallo de la Cámara de los Lores podía haber modificado la ley *institúo sólo pro futuro*, Lord Coleridge señaló que, en cualquier caso, no podía aceptarse que una decisión de la instancia más alta que contradjera los conceptos aplicados hasta entonces diera al traste con toda una sucesión de demandas restitutorias. Asimismo, la Corte de Casación francés dictamina regularmente que una empresa no puede reclamar los pagos de seguridad social sólo porque una decisión subsecuente *inter alios* demuestra que las cuotas se cobraron inadecuadamente. Hasta ahora, los casos han comprendido compañías que sabían, a la realización del pago, que las reglas relevantes constituían materia de controversia (*véase* Soc. 24 de mayo de 1973, Bull. civ. 1973, V. 306, 28 de nov. de 1973, Bull. civ. 1973, V. 201, 567). En el último caso citado, la Corte de Casación dejó abierta la cuestión de si el resultado hubiera sido otro si la decisión subsecuente representara "*une évolution de la jurisprudence*" y no simplemente "*une interprétation nouvelle des textes en vigueur*".

En Alemania, el resultado de estos casos habría sido exactamente el mismo, pero con diferencias significativas en el ámbito de la lógica. En ese país, los impuestos y los gravámenes se exigen a los ciudadanos mediante un acto administrativo especial (evaluaciones fiscales, etc.). Se brindan métodos igualmente especiales para cuestionar los actos administrativos, que deben ejercerse dentro de periodos específicos (*véanse* los §§44 y ss. de la *Ley de Procedimientos para Asuntos Fiscales* (FGO) y los §§58 y ss. de la *Ley de Procedimientos Administrativos* (VwGO)). Si el ciudadano no ejerce sus derechos de la manera prescrita y en el momento oportuno, no podrá recuperar lo que ha pagado, aun cuando más tarde se descubra que el procedimiento fiscal era erróneo. Un acto administrativo, hoy inmune a cualquier ataque, proporciona una base legal que justifica el proceder del Estado al retener lo recibido. Aun si el precepto que autoriza el cobro del

gravamen es declarado anticonstitucional por el Bundesverfassungsgericht, no pueden reclamarse al Estado los pagos realizados aduciendo enriquecimiento injustificado cuando el acto administrativo no está ya sujeto a cuestionamiento, lo cual se establece de manera explícita en el §79, párr. 2, de la *Ley del Tribunal Constitucional Federal* (BverfGG).

El caso Doll contra Earle, 59 NY 638, 1874, dirimido en Nueva York, presenta este problema bajo otro aspecto. El acreedor y el deudor hipotecarios no podían alcanzar un acuerdo respecto de si, según las leyes existentes, la hipoteca había de pagarse en papel moneda o en oro; si se escogía esta última opción, el hipotecante tendría que pagar 895 dólares más. Ambos acordaron que el deudor depositaría dicha cantidad en fideicomiso, la que se le reembolsaría o se pagaría al acreedor dependiendo de la ley que promulgara la Corte Suprema de Estados Unidos de América. Al principio, la máxima instancia emitió varias decisiones en el sentido de que la hipoteca debería liquidarse en oro (véase Hepburn contra Griswold, 75 US 603, 1869) y que el deudor cediera los fondos al acreedor. Sin embargo, un año después la Corte Suprema revocó su decisión, por lo que el deudor reclamó su dinero (véase Knox contra Lee, 79 US 457, 1870). Su demanda fue rechazada debido a que fue un error de derecho lo que le indujo a entregar el dinero.

"A todo hombre se le atribuirá, bajo su propio riesgo, un conocimiento de la ley. No hay otro principio que sea seguro y práctico en los negocios comunes de la humanidad. El permitir que un fallo judicial subsecuente, en un caso determinado y en torno a un aspecto legal, cualquiera, ratifique o invalide todo lo que se ha hecho en otros casos similares, incluso desde años atrás, en una inteligencia diferente de las leyes, conduciría a las consecuencias más nefastas..." (citado en el New York Law Revision Commission Report, 1942, n. 65 (B), p. 17). El mismo efecto se operó en el caso Cooley contra Calaveras County, 121 Cal. 482, 53 P. 1075, 1898, en el que el tribunal dictaminó lo siguiente: "El acuerdo concordaba exactamente con la forma en que se entendía la ley a la realización de dicho acuerdo. Dos años después, el Tribunal de Apelaciones, a raíz de otro caso, dio otra interpretación a los estatutos. La comunidad se vería en una condición miserable si, a cada cambio de opinión en las cuestiones legales, todos los contratos y acuerdos que se hubieran celebrado anteriormente fueran invalidados. Los hombres nunca podrán poner fin a sus controversias". El caso Bagby contra Martin, 118 Okla. 244, 247 P. 404, 1926, también se aplica a esta situación.

Como podrá observarse, no es el "error de derecho" del demandante lo que representa la verdadera razón para excluir la demanda de restitución en las decisiones citadas en líneas anteriores. La demanda se rechaza debido a que la seguridad legal se vería gravemente amenazada si la totalidad de las operaciones se ejecutarán sobre la base de una percepción particular de la ley, o si pudieran reabrirse simplemente porque, a la luz de un fallo posterior, dicha percepción resulta incorrecta.

En Suiza se dirimió un caso similar. El demandante había emitido un instrumento negociable que fue impugnado debido a que no se liquidó, por lo que un endosante emitió una demanda en su contra, que fue satisfecha por el demandante a cambio de

documento impugnado. Cuatro años después, el Bundesgericht emitió una decisión en la que condenaba la práctica, muy generalizada entre los notarios, de permitir que un subordinado formulara la impugnación en el lugar del pago después de que el propio notario había firmado el documento de protesta (BGE 27 II 74). Cuando se hubo emitido este fallo, el demandante descubrió que el instrumento que había liquidado no había sido impugnado mediante los procedimientos de rigor, por lo que no estaba obligado a satisfacer el recurso que se le había interpuesto. El Bundesgericht rechazó su demanda de pago, coqueteando con la idea de que las demandas por enriquecimiento se excluyen cuando se comete un error de derecho, para luego agregar lo siguiente:

Pero aun cuando no deseamos llegar al extremo de proclamar que el error de derecho es cosa insuficiente en las demandas generales de enriquecimiento, creemos que un error del tipo que se nos presenta no puede representar una base bastante sólida para conceder la restitución... tuvieron que pasar más de ocho años después de realizado el pago cuando el demandante descubrió que podía exigir la restitución de lo que había pagado, a lo que contribuyó la decisión del Bundesgericht mencionada... Pero si, en dichos casos, se admitieran las demandas de restitución debido a que la interpretación de la ley adoptada por el Bundesgericht era diferente de la interpretación de la persona que realizó el pago, ello engendraría seguridad jurídica, dando cabida a una cantidad interminable de procesos legales. Como quiera que sea, en un caso como el presente, el error relacionado con la obligación no satisface en modo alguno el requerimiento del párr. 1 del art. 72 [hoy art. 63, párr. 1 del OR] (BGE 31 II 291, 295).

Aquí, el Bundesgericht suizo hacía los mismos y apropiados juicios de valor que observamos en los veredictos de los tribunales del *common law*. Ciertamente, sería ingenuo suponer que la decisión de una instancia suprema que contraviere un concepto de aceptación general o una práctica de uso común deba tener efecto sólo en el futuro. Con frecuencia, tal decisión se relaciona más con la creación de un nuevo precepto legal o la promulgación de un nuevo estatuto que con la detección y la corrección de un error oculto durante mucho tiempo (véase BGH NJW 1957, 263; BVerwGE 17, 256, 260 y ss.). De ser así, la razón de que se rechace la demanda por enriquecimiento en tales casos no puede ser que el demandante haya conferido el beneficio por un error de derecho, ya que, en realidad, no se cometió ningún error respecto de la obligación, sino que simplemente se hizo lo que tenía que hacerse de acuerdo con la ley existente.

No es siempre una decisión judicial subsiguiente la que revela el error de derecho que dio lugar a la concesión del beneficio por parte del demandante. Sucede con frecuencia que, tras cumplir con el pago, el demandante descubre, por sí mismo o a través de otra persona, que cometió un error. Si, a la realización del pago, poseía todos los hechos relevantes, su exigencia será denegada por "error de derecho"; empero, cuando observamos los casos más estrechamente, descubrimos que casi siempre la negación de la demanda puede basarse en razones mucho más sólidas, con las cuales el abogado alemán está bastante familiarizado.

Un buen ejemplo de lo anterior es el caso *Derrick contra Williams*, 1939, 2 All ER 559. El acusado había infligido lesiones fatales al hijo del demandante como resultado de un accidente de tránsito, y el joven murió a los pocos días. Aunque el acusado negó toda responsabilidad, realizó una "compensación en tribunal" (para detalles, véase *Cohn*, en *JZ* 1959, 463) de alrededor de 50 libras. El demandante aceptó esta suma y renunció a continuar los procedimientos. En el acuerdo no se hacía referencia a ningún daño o perjuicio por pérdida de la esperanza de vida, ya que el Tribunal de Apelaciones en el caso *Rose contra Ford*, 1936, 1 KB 90, había dictaminado que dichas demandas no se extendían a la hacienda de la víctima. La Cámara de los Lores revocó el fallo del Tribunal de Apelaciones en este sentido (véase *Rose contra Ford*, 1937, AC 826), por lo que el demandante intentó continuar con su demanda a fin de obtener una compensación por los aspectos del quebranto que no se habían tomado en consideración. El tribunal dictaminó que esto era inadmisibles. Primero, explicó que el error del demandante había sido un "error de derecho", para luego recurrir al argumento, al que aludimos antes, de que la seguridad legal se vería en peligro si pudieran reabrirse las operaciones ejecutadas debido a un cambio de opinión de los tribunales:

Se trató de un error de derecho, emanado de que el demandante tenía por correcta la ley generada por esta instancia en el caso *Rose contra Ford*. En tal sentido, estaba equivocado y ahora solicita al tribunal que reconozca, después de actuar sobre la base de una interpretación errada de la ley, la cual ha sido enunciada por la instancia más alta, que tiene derecho a intentarlo una vez más. Se trata de algo que, a mi modo de ver, no puede permitirse en principio. Me parece totalmente insostenible... Resultaría intolerable para los litigantes exitosos que, en circunstancias como las presentes, se permitiera a sus oponentes que los hostigaran con nuevos pleitos debido a que su percepción de las leyes resultó incorrecta... (1939, 2 All ER 559, 565).

Ciertamente, un juez alemán habría disminuido este caso de la misma forma, por la razón de que al aceptar la suma ofrecida el demandante había concluido un *compromiso* (*Vergleich*, §779 del BGB): en los casos de compromiso, el riesgo de cometer un error de derecho se asigna a la parte equivocada.

Acercas de este tema, véase, por ejemplo, RG JW 1938, 1722. Tanto en Francia como en Italia se provee de manera explícita que los compromisos no pueden reabrirse por razón de error de derecho (art. 2052 del *Código Civil* francés, art. 1969 del *Código Civil*).

En otros casos, el demandante alentaba dudas, con el conocimiento del beneficiario, en torno a su obligación de pagar, pero superó dichas dudas y aceptó pagar. En tal caso, debe protegerse al beneficiario por atenerse a la suposición de que el pago tiene un carácter concluyente; el argumento adicional de que la persona obligada a pagar actuaba inducida por un "error de derecho" no sirve sino para ocultar las verdaderas razones de que se rechace la exigencia.

véase *Yves Rogers contra Ingham*, 1876, cap. D. 353; *Monroe National Bank contra Catlin*, 82 Mo. Conn. 227, 73 A. 3, 1909; *Keazer contra Colebrook National Bank*, 75 NH 278, 73 A. 170, 52:1909.

Los jueces alemanes también conocen estos casos. Es verdad que, de acuerdo con las palabras del §814 del BGB, sólo se excluye la restitución de un beneficio cuando el cedente "sabía" que no estaba obligado a ello; sin embargo, con independencia de lo que diga dicha sección del *Código Civil*, los tribunales dictaminan que el principio general de buena fe en los tratos legales requiere que se excluya la restitución, aun cuando el cedente no alentara más que dudas respecto de su obligación, "es decir, cuando el cedente haya dejado clara su intención, ante el beneficiario, de realizar la transferencia y no esté obligado a ello, cuando su conducta es tal que el beneficiario pueda decidir que se lleve a cabo el movimiento, sea cual fuere la verdadera posición que haya de adoptarse frente a la obligación subyacente" (BGHZ 32, 273, 278; RGZ 144, 89, 91). En Inglaterra se aplica el mismo concepto. Según Goff/Jones, la demanda ha de rechazarse no por un error de derecho, sino porque "los pagos que se realizan para satisfacer exigencias honestas o compromisos de buena fe no se desechan simplemente porque una de las partes interpretó erróneamente la ley" (Goff/Jones, en la bibliografía del capítulo anterior, pp. 52 y 146 y ss.; asimismo, Birks, en la bibliografía del capítulo anterior, pp. 164 y siguientes).

El "error de derecho" se esgrime como razón para rechazar una demanda de restitución en otro tipo de casos en los que las decisiones se basan, como en Alemania, en el alegamiento de que el beneficiario haya hecho uso del dinero en buena fe o, por lo demás, haya dispuesto de los fondos de manera irreversible, es decir, cuando los letrados alemanes emplean el tecnicismo *desapartición del enriquecimiento* (*Wegfall der Bereicherung*, §818, párr. 3 del BGB; véanse detalles en la sección IV de este capítulo).

Lo anterior puede apreciarse en un antiguo fallo que en Inglaterra sigue empleándose como autoridad para confirmar el postulado de que la restitución queda excluida cuando se comete un error de derecho. En el caso *Brisbane contra Dacres*, 1813, 128 Eng. Rep. 641, el capitán de un buque de guerra de bandera inglesa pagó al almirante, su oficial superior, una parte del flete que había recibido para el transporte de bienes. Esto concordaba con una práctica común hasta hacía unos pocos años, pero ni el capitán ni el almirante sabían que se había puesto fin a dicha práctica poco antes de que se realizara el pago. Casi seis años después, el capitán exigió la restitución del dinero, pero sin éxito. En gran medida, la resolución se basaba en precedentes que apoyaban el precepto según el cual nadie puede reclamar dinero pagado con pleno conocimiento de los hechos pero en ignorancia de la ley; no obstante, sir James Mansfield preguntó con franqueza si, de acuerdo con las circunstancias del caso, resultaba justo y equitativo reclamar el dinero al almirante, y concluyó que no era así:

¡Ved! Si la suma de que se trata es elevada, quizás haya modificado sus hábitos de vida, incrementando sus gastos, o quizá la haya gastado una y otra vez y le resulte imposible res-

tiaría sin grandes esfuerzos y penalidades; ¿debemos, pues, cinco años y 11 meses después, exigirle que reembolso esa suma? Véase también *Re Hatch*, 1919, 1, cap. 351; *Holt contra Markham*, 1923, 1 KB 512; y *Traweek contra Hagler*, 199 Ala. 664, 75 So. 152, 1917: en este último caso, el tribunal rechazó la demanda de restitución debido a que el demandante había confiado el beneficio por un "error de derecho", pero aun cuando dicha equivocación hubiera sido un "error de hecho", se explicaba en la decisión, la demanda debía rechazarse porque, "como en este caso, el pago significó una inducción específica a realizar una acción afirmativa por parte del beneficiario... por lo cual tenemos una situación muy dificultada de forma desfavorable".

Quizá todo lo que se ha dicho hasta ahora baste para demostrar que el precepto del *common law* según el cual debe rechazarse la restitución de dinero pagado por error sirve, con frecuencia, para responder a intereses y necesidades que se reconocen no sólo en el derecho alemán, sino que son mencionados de manera abierta y explícita en los reglamentos y las resoluciones judiciales. Aun así, lo cierto es que el concepto de *error de derecho* no tiene ninguna función por desempeñar en los casos relacionados con la restitución de beneficios conferidos sin fundamento legal. *Error iuris neminem excusat* es una máxima que en el pasado resultaba de gran utilidad, especialmente en la esfera penal; sin embargo, en los tiempos modernos hay tantas regulaciones de tantos tipos, que no cabe esperar que el ciudadano las conozca todas, de ahí que el principio, de que todos deben asumir las consecuencias de su propio desconocimiento de la ley haya perdido una buena parte de su fuerza aun en el derecho penal, por no mencionar el derecho privado (acerca de este tema, véase Rittner, en la bibliografía de este capítulo). Los tribunales ingleses conocen perfectamente esta realidad. En verdad, en un puñado de decisiones han intentado aplicar una especie de estrategia de retirada al señalar que el "error de derecho" no significa otra cosa que un error relacionado con ciertos preceptos jurídicos fundamentales, con "la ley general, las leyes ordinarias del país" (Cooper contra Phibbs, 1867, LR 2 HL 149). Esta distinción es artificial y, por ende, impráctica. Aquí, como en cualquier ámbito legal, lo mejor es evitar refugiarse en la jerga legal y esforzarse por descubrir y reconciliar los intereses y las necesidades más relevantes de una manera perfectamente abierta.

Aun en Inglaterra, es posible que la regla en torno a la imposibilidad de recuperar los pagos realizados por un error de derecho esté en vías de extinción. La Comisión Legal (véase la bibliografía de este capítulo) ha propuesto su derogación, y el fallo de la Cámara de los Lores en el caso *Woolwich Building Society contra I.R.S.*, 1993, AC 70 apunta en la misma dirección. Dicha decisión concedió la restitución de los impuestos injustificables que el demandante había pagado bajo protesta (y, por ende, sin cometer ningún error respecto de su responsabilidad), si bien es evidente, sobre todo a partir de las alocuciones de Lord Goff y Lord Slynn, que se habría obtenido el mismo resultado si el contribuyente hubiera supuesto que dichos tributos debían saldarse y los hubiera pagado en tal entendido. Es verdad que resulta fastidioso para la tesorería verse acosada por demandas de restitución muchos años después de haber recibido los impuestos, pero Lord Goff observó que era posible resolver este problema im-

niendo plazos estrictos a la formulación de dichas demandas; a tal efecto, hizo referencia a una regla alemana según la cual el contribuyente debe interponer su demanda al cabo de un mes de aprender cómo ha de proceder (véanse los §§335 y ss. de la Ordenanza del 16 de marzo de 1976 y el §47 de la *Ley de Tribunales Fiscales* del 6 de octubre de 1965). "Para nuestro gusto, tales plazos draconianos pueden resultar una medicina demasiado fuerte; no obstante, el ejemplo de un derecho general de restitución sujeto a la imposición de límites de tiempo estrictos como política general puede ser instructivo para quienes deseamos resolver el problema que plantea el caso presente" (*ibid.*, p. 174). Acerca de esta decisión, véase Goff/Jones (en la bibliografía del capítulo anterior), pp. 545 y siguientes.

III

La persona que recibe un beneficio sin que medie un contrato o cualquier otro instrumento legal que justifique la retención de dicho beneficio debe restituirlo a la persona que se lo confirió. Tal es el principio básico de la *Leistungskondition*, pero si la razón de la ausencia de "causa" es la ilegalidad o la inmoralidad del acuerdo subyacente, será necesario limitar el principio mencionado. Cuando el demandante sabía que la operación era ilegal o inmoral, el sistema legal tendrá que decidir si le niega interponer una acción de restitución. En las fuentes romanas se discutieron muchos casos similares. No es posible reclamar el soborno que se haya pagado a un juez o a unos testigos (*D.* 12, 5, 3), ni el dinero con que se haya comprado el silencio de una persona que sorprendió a otra *in flagranti* (*D.* 12, 5, 4 pr.) o el precio pagado por actos inmorales (*D.* 12, 5, 4, 3): "*diu cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numerum, cessare conditionem et in delicto pari potiore esse possessionem*" (Papiniano, *D.* 12, 7, 5, pr.); acerca de desarrollos posteriores, véase Zimmermann, *The Law of Obligations*, 1990, pp. 863 y siguientes.

Esta regla sigue en vigor en todos los sistemas legales, e incluso se consagra de manera explícita en los códigos civiles (véase el §817, sent. 2 del BGB; art. 66 del OR; §1174 del ABGB; art. 2035 del *Codice Civile*), y se aplica directamente en los tribunales (en Francia, por no mencionar a los países regidos por el *common law*), aun cuando su aplicación práctica se haya tomada cada vez más difícil en las condiciones de la modernidad. En la Roma del periodo clásico, *turpitude* era la conducta que contravenía los cánones éticos tradicionales, en especial las trasgresiones de la integridad de la vida familiar o las venerables convenciones de la conducta apropiada (véase Kaser, *Sav/Rom.*, 60, 1940, p. 95). aun hoy, es evidente que la persona culpable de conductas escandalosas que contravienen estas reglas elementales no puede invocar la asistencia de la ley para invalidar sus compromisos. No obstante, con una frecuencia cada vez mayor, los sistemas legales de la actualidad invalidan las operaciones simplemente porque no persiguen las mismas metas de las políticas económicas y sociales al uso, de ahí que debemos preguntarnos si es justo despojar de todos sus derechos reparatorios a las partes de dichas operaciones, aun cuando éstas sean prohibidas. Aunque, en principio, todos los sistemas

legales aceptan el precepto tradicional de que los beneficios transferidos con el propósito de procurar un resultado ilegal o delictivo no pueden ser reclamados, el verdadero problema consiste en descubrir la forma que debería adoptar este amorfo principio en medio de las circunstancias modernas, así como el modo en que se le aplica en diferentes tipos de casos. Se trata de una cuestión respecto a la cual no podemos sino esbozar algunas soluciones.

1. Hay muchos conceptos diferentes en torno a la política legal que subyace a la negación de las demandas de restitución en esta área. La consideración más usual es que el Estado no debe brindar ayuda al demandante que la solicita para la ejecución de planes oscuros: "ningún tribunal prestará auxilio al hombre que fundamente la causa de su acción en un acto inmoral o ilegal" (Lord Mansfield en su opinión, hoy clásica, en el caso Holman contra Johnson, 1775, 98 Eng. Rep. 1120). Asimismo, hay muchas variantes de esta idea, algunas de las cuales destacan la oblicuidad moral del demandante, otras la preocupación de que los tribunales se ensucien las manos "ajustando entre hombres deshonestos los resultados de sus impías especulaciones" (Gravier contra Carraby, en 17 La. 118, 36 Am. Dec. 608, 1841). Aun en Alemania, la salvaguarda de la dignidad de los tribunales suele anteponerse como la consideración más decisiva: la restitución ha de negarse "a fin de proteger al Estado de la posibilidad de que los criminales más torvos recurran a los juzgados para disminuir sus tenebrosos asuntos" (OGHZ 4, 60; véase también, en el mismo sentido, Von Caemmerer, en la bibliografía del capítulo anterior y Raiser, *JZ* 1951, p. 719). Por muy encomiable que sea esta posición, no debemos dejarnos tentar por las generalizaciones. Aun cuando se determine que el demandante trasgredió la ley con plena conciencia al formar el contrato, el tribunal debe realizar una cuidadosa investigación de los hechos a efecto de comprobar si, en el caso de que se trate, no sería mejor aceptar en vez de rechazar la demanda de restitución y, con ello, promover el cometido de la ley trasgredida por las partes o por algún otro interés público.

Pueden formularse críticas similares en torno a otro concepto, según el cual la negación de la restitución se justifica por la ignominia del demandante: como se debe "castigar" a éste, no hay mejor forma de disuadir al público de cometer operaciones inapropiadas que dejando muy en claro que, en tales casos, se les denegará la protección de la ley. Aun el Reichsgericht creó la negación de la restitución "como un castigo para la manifestación activa de una voluntad malévoa" (RGZ 105, 270, 271; véase también RGZ 161, 52, 60), mientras que el Bundesgerichtshof explica que el §817, sent. 2 del BGB, la que rechaza la restitución en tales casos, "puede justificarse al menos argumentando que el demandante debe ser castigado por la pérdida de su pretensión al conducirse de manera contraria a la ley" (BGHZ 39, 87, 91). Sin embargo, resultaría extraño "castigar" a las personas sin preguntarse si hay una relación racional entre la pena impuesta y la gravedad del delito, pues un "castigo" que se traduce en el enriquecimiento de del *accomplice* al permitir a éste conservar el dinero recibido, aunque se trate de una persona más despreciable que el cedente y, por ende, mucho más "merecedor" del castigo, es algo realmente peculiar.

La teoría del castigo se torna menos objetable cuando *ninguna* de las partes logra conservar el beneficio que se prohíbe proporcionar y recibir y, en lugar de ello, es transferido al Estado o a un fin caritativo. Tomás de Aquino, al referirse a la simonía (o tráfico ilícito de propiedades sagradas), señala lo siguiente: "Puesto que en este caso el beneficiario actuó inadecuadamente al aceptar el beneficio, no se le debe permitir que lo conserve, sino destinarlo a usos píos" (Libro II, Parte II, *questio* 62, 5; véase Can. 729, 1435, §1 Cod. Jur. Can.). También puede consultarse esta decisión en la *Ley General* de Prusia: el cedente no puede reclamar lo que transfirió como ejecución de un acto ilícito; "sin embargo, la tesorería puede despojar al beneficiario de la ganancia ilícita" (§§172 y ss., I 16). Acaso esta solución del erario, pese a lo cual la idea ha experimentado una especie de resurgimiento. Así, Wignmore proponía que se permitiera al demandante reclamar el beneficio, con la condición de pagar una multa fijada por el tribunal de acuerdo con "el grado de infamia moral del caso, la culpabilidad relativa de las partes y el motivo del demandante para iniciar la demanda" (en 25 Am. L. Rev. 695, 712, 1891; véase también Wade, en 95 U. Pa. L. Rev. 304 y ss., 1947 y Mertin, en 97 *LQ Rev* 420, 444, 1981).

2. Estos intentos de dar con una idea básica que explique la negación generalizada de las demandas restitutorias son poco satisfactorios. Lo mejor sería preguntarse si se emplean reglas y normas concretas para decidir si la restitución ha de concederse o no en un caso particular. Se trata de un área en la que el *common law*, en especial, ha producido algunos conceptos de gran interés. Así, los tribunales señalaban que la exigencia de restitución deberá concederse sólo cuando las partes se encuentren *in pari delicto*; si fue principalmente el acusado quien cometió la ilegalidad o la inmoralidad, debe permitirse al demandante que interponga la demanda en virtud de su relativa inocencia. Este principio se aplica en diferentes tipos de casos. Por ejemplo, el demandante no se halla *in pari delicto* ante el acusado cuando se le induce a formar el acuerdo mediante la representación de aquél en el sentido de que se trataba de una operación legal, o cuando el acusado se aprovecha de las dificultades, la candidez o la inexperiencia del demandante. Dicho principio también se aplica cuando la ley prohibitiva que invalida el contrato tiene como fin proteger a un tipo especial de personas, entre las que se cuenta al propio demandante.

Véase el sumario de los casos en Goff/Jones (en la bibliografía del capítulo anterior), pp. 506 y ss., y Palmer (en la bibliografía del capítulo anterior), §8.6. Los tribunales alemanes también se han valido de consideraciones similares. La idea general es que el §817, sent. 2 del BGB sólo excluye las demandas de restitución cuando el acto del demandante contra la ley o la moral es *intencional*. Según los tribunales, la conducta del demandante no es "intencionalmente inmoral" si accede a regañadientes a la demanda impetuosa de una parte económicamente más fuerte o atraviesa por una situación de precariedad extrema (véase RGZ 97, 82, 84; BGH LM §817 BGB, n. 12). Son precisamente éstos los casos en los que los juzgados estadounidenses admitirían la restitución argumentando que el demandante no estaba *in pari delicto*.

El *common law* también ordena que se produzca una demanda de restitución antes de que se haya ejecutado por completo la operación. Si una persona celebra un contrato de juego prohibido por la ley, puede reclamar lo transferido a condición de que no se sepa con certeza si se verifica el evento del que depende la apuesta; si el monto de ésta es depositado con un tercero como fiduciario, la restitución se admite aun *después* de la ocurrencia o no ocurrencia del evento crítico, con la condición de que el dinero siga obrando en poder del fiduciario, ya que para entonces no se habrá ejecutado del todo la operación proscrita. Subyace a este precepto la idea de que conviene brindar al demandante un tiempo razonable para que desista de su propósito o, para decirlo con las palabras de los tribunales, que cuente con un *locus poenitentiae* que le impela a renunciar a la operación ilegal antes de que ésta concluya. Ciertamente, numerosos críticos sostienen que esta regla surge precisamente el efecto contrario, ya que si el acusado, por una u otra razón, se muestra renuente a cumplir con la operación, el demandante puede inducirlo a ejecutarla, por muy objetable que sea, mediante la amenaza de que invocará la doctrina del *locus poenitentiae* para reclamar la restitución de lo transferido. La aplicación práctica de esta doctrina ha dado lugar a situaciones límite. En particular, no se sabe con certeza hasta qué punto se llevó la implantación de la operación prohibida, si el demandante estaba realmente arrepentido o si bastaba que la ejecución de la operación se viera frustrada u obstaculizada por la negativa del demandante a cumplir con su parte o cualquier otra causa.

Véanse los casos en Goffiones (en la bibliografía del capítulo anterior), pp. 512 y ss.; y Brites (en la bibliografía del capítulo anterior), p. 424; Wade, en 95 *U. Pa. L. Rev.*, pp. 282 y ss.; y Palmer (en la bibliografía del capítulo anterior) §8.7.

En otro tipo de decisiones, observamos el precepto de que debe permitirse al demandante iniciar una demanda si puede formularla exitosamente sin mencionar la operación prohibida. Este precepto se aplica en los casos en que el demandante ha pignorado, arrendado, afianzado o realizado una venta condicional de sus bienes. En tal caso, el demandante puede fundamentar su demanda en su propiedad o, si ha vendido o modificado los bienes que componen aquélla, en un agravio de "conversión" (véase la sección III del cap. 40). Ahí, normalmente es el *acusado* quien utiliza la inmoralidad o la ilegalidad del contrato como defensa, lo cual tienta a los tribunales a tener al demandante por "inocente" relativo y fallar en su favor. Son muchas las polémicas que ha suscitado la aplicación de esta idea en la práctica, pues se percibió de inmediato que

"permitir que el demandante rinda su declaración omitiendo cualquier aspecto ilegal y obligado al acusado a llamar la atención a la ilegalidad de la operación, significa que la decisión se basa no en los méritos de la exigencia del demandante, sino en la habilidad de su abogado para redactar la declaración" (Wade, en 95 *U. Pa. L. Rev.* 268, 1947). Véanse también las decisiones citadas en Goffiones (en la bibliografía del capítulo anterior), pp. 500 y ss., en particular la del caso Taylor contra Chester, 1869, LR 4 QB 309 y Bowmakers Ltd. contra Barnett Instruments Ltd., 1945, KB 65, anotada por Hanson, en 10 *Cambridge L.J.* 249, 1948/1950.

Los tribunales alemanes tienen una doctrina análoga a este precepto del *common law*, es decir, que el §817, sent. 2 del BGB se aplica sólo a las demandas basadas en el §812 y no a las reclamaciones basadas en la propiedad (§985) o en un agravio (§§823 y ss.). El Bundesgerichtshof ha intentado justificar dicha regla señalando que "cuando la demanda puede fundamentarse en los §§823 o 985 y ss. del BGB... el demandante goza de un derecho que le permite recibir una mayor protección del orden legal que el derecho de un demandante que sólo cuenta con una exigencia restitutoria" (BGH JZ, 1951, 716, con un comentario crítico de Raiser). Este principio resulta sospechoso, ya que omite la cuestión crucial que implica determinar si el propósito del Reglamento prohibitivo o el interés público en la represión de las operaciones inmorales es favorecido realmente por la aceptación o la negación de la demanda, sea cual fuere su base legal. Von Caemmerer (en la bibliografía del capítulo anterior) y Raiser (en JZ 1951, 716) han demostrado que hay ciertas circunstancias en las que debe aplicarse el §817, sent. 2 del BGB, incluso si se trata de una demanda basada en *propiedad*: de acuerdo tanto con los tribunales como con los autores alemanes, la transferencia de una propiedad que resulta de un contrato objetable es válida en la mayoría de los casos y se le invalida sólo cuando representa una violación flagrante de la ley o de la moral; por consiguiente, sólo en los casos en que se cometan los delitos más abominables podrá el cedente conservar, en calidad de propietario, la cosa que haya transferido como ejecución de un acuerdo ilegal o inmoral; empero, si se aplicara el principio mencionado se tendría precisamente el caso en el que siempre debería dictaminarse la restitución de la cosa, ya que el demandante puede acogerse al §985 del BGB, así como al §812 de dicho Código.

3. También en Francia hay ciertas circunstancias en las que los tribunales rechazan las demandas de restitución de beneficios conferidos como resultado de un contrato ilegal o immoral. Como el *Código Civil* francés no contiene provisiones relevantes al respecto, los tribunales suelen recurrir a la fórmula tradicional: "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*". Resulta sumamente difícil determinar los factores que mueven a los tribunales a rechazar o aceptar las demandas de restitución, pues los criterios mencionados en las resoluciones son, a veces, repetitivos, contradictorios e inespecíficos. Un concepto de uso común señala que la restitución debe negarse cuando hay inmoralidad en el acuerdo (*convention immorale*), pero que se le debe admitir cuando sólo hay ilegalidad (*convention seulement illicite*). Por tanto, es común que se acepten las demandas de restitución cuando se atenta contra las regulaciones de los precios u otras leyes prohibitivas de la política económica. Así, la persona que adquiere alimentos, consistente de que éstos carecen de la licencia requerida, puede reclamar el precio pagado:

"Aunque los tribunales rechazan el derecho de entablar una demanda por una persona que actúa como parte de un contrato inválido por ser immoral o contrario a los usos aceptados, no aplican este criterio cuando el contrato no es más que una cosa prohibida por estatuto y contraria al orden público, sin que ello implique que contradice las costumbres y la moral aceptadas por la sociedad" (Aix 28 de marzo de 1945, *Gaz. Pal.* 1945, 2.12, anotado por H. y L. Mazeaud, en *Rev. trim. dr. civ.* 44, 1946, p. 30). Por otra parte, se generó un debate en torno

a la consideración que debía dispensarse a las operaciones del mercado negro; a menudo, se admitían las demandas restitutorias relacionadas con este tipo de operaciones (por ejemplo, Trib. com. Seine 23 de dic. de 1948, Gaz. Pal. 1949, 1, 22), aunque con frecuencia también se les rechazaba (por ejemplo, Trib. com. Seine 2 de nov. de 1945, Gaz. Pal. 1946, 1, 21). Sin embargo, cuando la operación contraviene las reglas consuetudinarias fundamentales de la conducta, especialmente las relacionadas con la moral sexual, la restitución suele excluirse: "los tribunales de justicia no dirimirán asuntos de esta naturaleza."

Véase Planiol/Ripert/Esmein VII, n. 750, y Civ. 25 de enero de 1972, D. 1972, 413; Com. 27 de abril de 1981, 51, anotado por Le Tourneau. No es de sorprender que la distinción entre los contratos "inmorales" y las operaciones simplemente "prohibidas" hayan dado lugar a las controversias más intensas. (Acercas de este tema, véase Aubert, en la bibliografía de este capítulo, pp. 95 y ss.) Aun así, dicha distinción fue adoptada en Italia: el art. 2035 del *Código Civil* ordena que la restitución puede rechazarse sólo cuando la operación representa una "*offesa al buon costume*" por parte del cedente. Así, cuando se venden bienes en contravención de una prohibición estatutaria o se impone un precio más alto que el permitido por la ley, es posible reclamar el precio de compra o el excedente (por ejemplo, Cass. 15 de dic. de 1955, n. 3883; Giust. civ. Mass. 1955, 1457; Cass. 10 de julio de 1958, n. 2501; Giust. civ. Mass. 1958, 889). Sin embargo, la persona que invierte en una sociedad, para la administración de un salón de juegos prohibidos no puede exigir la restitución de lo invertido (Cass. 17 de junio de 1950, n. 1555; Foro it. Mass. 1950, 326).

Los autores franceses han intentado explicar y reconciliar las resoluciones al señalar que admiten la restitución siempre que ello sea propicio y conducente al *ordre public*. Es verdad que, con frecuencia, los tribunales admiten una demanda cuando se considera contrario al interés público permitir que persista la situación generada por una transferencia censurable. En tal caso, se restituye al demandante el objeto conferido, pese a que haya participado conscientemente en un acto ilegal o immoral. Aunque esto puede ser insatisfactorio, se impone la consideración de que sería contrario al interés general el respaldar y confirmar la situación económica que origina la ejecución.

Es por esta razón que los funcionarios públicos o semipúblicos deben devolver los sobornos o cohechos que pudieran haber recibido (véase Civ. 5 de dic. de 1911, S. 1913, 1, 497). Cuando el precio de una compra se establece en un monto inferior al correcto en una venta de terrenos notariada, el comprador puede reclamar el excedente pagado (Req. 24 de oct. de 1928, Gaz. Pal. 1928, 2, 747; los tribunales alemanes obtienen el mismo resultado, pero sólo porque la aplicación de la sent. 2, §817 del BGB, se excluye de manera especial en dichos casos, véase BGHZ 11, 90). En Aubert (en la bibliografía de este capítulo), pp. 108 y ss., se mencionan otros fallos emitidos por los juzgados franceses.

4. Los sistemas jurídicos que hemos abordado adoptan puntos de vista muy diferentes para resolver el problema de si se debe o no permitir al demandante reclamar lo trans-

ferido como consecuencia de un contrato ilegal o immoral. Hasta ahora nuestra exposición ha sido demasiado sumaria para emprender una evaluación crítica de los criterios empleados; para ello se requeriría una exhaustiva investigación comparativa dirigida a las soluciones que se aplican en los diferentes tipos de casos. Probablemente, dicha investigación revelaría que los casos similares se resuelven de manera igualmente similar, si bien aplicando métodos distintos, y que cualquier diferencia en los resultados finales debería atribuirse menos a las diferencias en los métodos que a las divergencias en los juicios de valor. El comparatista se verá obligado a concluir, pues, que la cuestión realmente interesante en este contexto consiste en determinar si la mejor forma de responder al propósito de la provisión que invalida el contrato es permitir al beneficiario conservar el objeto transferido según dicho contrato, o bien, obligarlo a devolver el objeto al cedente. Debemos tomar en consideración el propósito del estatuto prohibitorio, no sólo para discernir si ha de invalidarse o no el contrato que contradice dicho propósito, sino también para determinar si se necesita negar la restitución de lo que se ha transferido. En ocasiones (pero no siempre), la única forma de aplicar la medida disuasiva perseguida por el legislador consiste en impedir que los participantes formulen cualquier tipo de exigencia, aun de tipo restitutorio.

A fin de controlar la economía del mercado negro, Alemania cuenta con una ley que anula los contratos celebrados con trabajadores no registrados. Para el Bundesgerichtshof, la mejor forma de procurar la disuasión deseada es privando a dichos trabajadores del derecho a reclamar la remuneración acordada, advirtiéndoles que se les puede multar y gravar fiscalmente, y que, aun cuando los contratos de este tipo carezcan de valor legal, resulta igualmente inútil interponer una demanda restitutoria, con lo cual se permite al patrón obtener gratuitamente esa mano de obra; por consiguiente, el patrón debe pagar el valor exacto del trabajo, el cual siempre es muy inferior a la tarifa convenida debido a que no se puede interponer una demanda, por daños y perjuicios a causa de trabajos mal realizados (BGHZ 111, 308, 312 y ss.). Treitel está en lo correcto cuando señala que, aunque el precepto indique que no se puede reclamar la transferencia realizada como ejecución de un contrato ilegal, "sería mejor que la ley no adoptara una regla general al respecto, sino que se preguntara, en relación con cada tipo de ilegalidad, si la recuperación o la no recuperación representaría la mejor forma de favorecer el propósito de invalidación" (*Law of Contract*, 8a. ed., 1991, p. 436).

Se presenta una situación muy similar cuando el contrato se invalida por atentar contra el orden público y no por trasgredir una prohibición reglamentaria específica. Aquí, el juez también debe preguntarse si la mejor forma de suprimir dichos acuerdos puede ser admitiendo o rechazando la demanda de restitución.

En el caso *Tinsley contra Milligan*, 1994, 1 AC 340, dos mujeres que adquirieron una casa como copropietarias registraron el inmueble a nombre de la demandante, de tal forma que la acusada pudiera percibir ingresos de seguridad social más altos simulando carecer de activos. Las partes rompieron su relación, y cuando la demandante intentó tomar posesión del

inmueble con base en el registro de la propiedad, la demandada respondió solicitando una ejecución para que se vendiera la casa y se le restituyera la mitad del producto de la venta. Esta contrademanda fue aceptada tanto en el Tribunal de Apelaciones como en la Cámara de los Lorens, aunque con ciertas reservas. La opinión de Nicholls LJ es la que mejor reproduce los criterios aplicados en este caso: "A mi modo de ver, estas autoridades ordenan que, al aplicar la máxima *ex turpi causa* en un caso en el que se recurre a la defensa por ilegalidad, el tribunal debe tener presente que el principio subyacente es la llamada *prueba de la conciencia pública*. El tribunal debe ponderar, o equilibrar, las consecuencias adversas de aceptar una demanda contra las consecuencias adversas de rechazarla. La decisión que se tome en última instancia requiere un juicio de valor... Al balancear estas consideraciones, no me cabe duda de que, lejos de representar una afrenta para la conciencia pública conceder la demanda en este caso, sería una ofensa para dicha conciencia el no concederla. Las personas bienpensantes no considerarían que la condenación de las actividades fraudulentas de las partes debería traducirse en permitir a la demandante retener la proporción del inmueble que corresponde a la acusada. Ello equivaldría a imponer a la demandada un castigo desproporcionado en medio de las circunstancias que rodean el caso". (1992, caps. 310, 319, 321.) No obstante, la Cámara de los Lorens desechó las consideraciones en torno a la "conciencia pública" al fallar a favor de la acusada por otras razones. Véase Goff/Lones (en la bibliografía del capítulo anterior), pp. 501 y ss., 519 y siguientes.

La misión del juez consiste, pues, en preguntar abiertamente si, en el caso que se le presenta, la mejor forma de favorecer el interés público es aceptar o rechazar la demanda de restitución. Con su habilidad característica, el *common law* ha concretado esta regla general en las doctrinas del *locus poenitentiae* y el *in pari delicto*. Si al público le interesa prevenir la ejecución de actos de dudosa validez, ello es que, en ciertos tipos de casos, puede proporcionarse al cedente un incentivo para que revele rápidamente ciertos detalles de la operación y, con ello, concederle el derecho a reclamar la restitución. De igual forma, es legítimo preguntarse si el demandante pertenece al grupo de personas en cuya protección se creó el estatuto de que se trata. Si la respuesta es afirmativa, se le puede conceder una exigencia restitutoria en virtud de que no se encuentra *in pari delicto*. En contraste, no se considera adecuado el aceptar la restitución de manera incondicional cuando el demandante puede basar su demanda en propiedad o en daños, con lo cual no se le obligaría a revelar información acerca del acto ilegal o inmoral; esto implicaría el uso de criterios formales desvinculados de los vitalísimos intereses que se intenta favorecer.

Por la misma razón, no se puede aceptar la doctrina que sigue usándose en las resoluciones de los tribunales alemanes, es decir, que la restitución siempre ha de concederse cuando el beneficiario no tenía la intención de conservar el objeto para sí mismo, sino sólo con "con fines temporales", como si se tratara de un "conducto". El Bundesgerichtshof decidió que un procurador, quien había ofrecido convertir moneda alemana en una divisa extranjera, contraviniendo así las regulaciones del control cambiario, estaba obligado, pese al §817, sent. 2 del BGBZ, a restituir a su cliente los fondos que había recibido para tal propósito (BGH 28, 225). En verdad, se trata de una resolución acertada, no porque el procurador haya recibido el dinero sólo "con fines temporales"

y, inviera la intención de restituirlo al cliente después de realizar la operación, sino porque la mejor forma de favorecer el interés público en la supresión de las especulaciones cambiarias consiste en exigir la restitución a la persona que se valió de sus conocimientos y sus relaciones sociales para solicitar tratos de dudoso valor legal y quien, en caso de que se le permitiera conservar el dinero, podría ofrecerse en el futuro a prestar impunemente servicios de tal jaez. En contraste, el Bundesgerichtshof adujo las razones correctas para permitir al propietario de un inmueble que se había usado como burdel el reclamarlo antes de que expirara el contrato de arrendamiento (BGHZ 41, 341): el tribunal desechó la desafortunada doctrina en el sentido de que el §817, sent. 2 del BGB, no prohíbe las demandas fundadas en la propiedad, resolviendo, acertadamente, que el efecto de permitir al arrendatario acogerse a dicha sección del *Código Civil* alemán como defensa para exigir la devolución de los inmuebles durante el periodo de arrendamiento equivaldría a legalizar el burdel de manera inconsistente con el "propósito del §138 del BGB".

IV.

1. De acuerdo con el §818, párr. 3 del BGB, a la persona que recibe un beneficio sin causa legal se le exime de la obligación de restituir en virtud de que "ha dejado de enriquecerse". Aun cuando se le cuestione en la actualidad (véase la sección V del cap. 38), la idea legislativa que subyace a dicho estatuto es que la demanda por enriquecimiento, al basarse simplemente en consideraciones de justicia, no debe causar ningún quebranto al acusado (véase Protokolle II, pp. 706 y ss.). Es por tal razón que en el derecho alemán tradicional, el "enriquecimiento" denota un incremento económico cuya cantidad, a juzgar por todas las ventajas que recibe el beneficiario de la operación que le enriquece, excede todas las desventajas asociadas. De lo anterior se sigue que el beneficiario puede oponer a la imputación de enriquecimiento cualesquier desventajas o pérdidas que haya sufrido respecto de la adquisición del beneficio, o que haya sufrido como consecuencia de la reposición, al momento en que se entabló la demanda de restitución o se percató de que no podía conservar el beneficio. Así, la obligación del beneficiario termina o disminuye cuando se destruye, mejora o confisca la cosa recibida (véase RGZ 65, 292; 79, 285 [mejoramiento]; RG BankArch. 26, 1926/1927, pp. 123 y ss.; OGHZ 1, 298 [confiscación]); si presta el dinero recibido a un defraudador o lo invierte en una empresa industrial que es demolida después de la guerra (véase BGH JZ 1961, 699 [defraudador]; BGH MDR 1957, 598 [inversión]); si dona los bienes recibidos o los vende con pérdida (véase RG WarnRspr. 1917, n. 140 [donación]; RGZ 75, 361; RG JW 1915, 711 [venta con pérdida]); si gasta dinero en lo recibido creyendo que podía conservarlo (RGZ 117, 112; RG WarnRspr. 1919, n. 196); si mejora su nivel de vida (RGZ 83, 159; 83, 161), deja que prescriban las demandas (RGZ 70, 350), cede las demandas (RG JW 1909, 274) o acepta obligaciones de las que no puede liberarse sin sufrir mermas (RG JW 1914, 302;

RG JW 1928, 2444). También puede compensar los costos de la adquisición y la restitución (RGZ 172, 1 [cuotas de corretaje]); BGHZ 32, 240, 244; RGZ 96, 345, 347; OGHZ 4, 81, 86 y ss. (costo y riesgo de rendimiento). En suma, el demandante debe asumir el riesgo de todos los eventos que tomen negativo o neutralicen el beneficio económico que recibe el demandado. Tal es la "debididad" de la demanda por enriquecimiento: anula que se alude con frecuencia (como en V. Tuh, en la bibliografía de este capítulo, p. 305). Para los abogados alemanes se trata, en verdad, del rasgo característico de la responsabilidad por enriquecimiento.

2. No todos los sistemas legales se muestran tan generosos con el acusado, aun cuando las reglas al respecto no sean las mismas en los diferentes países.

c) Aparentemente, todos los códigos de la Europa continental conceden ciertos privilegios al beneficiario de buena fe, aunque no todos tracen la misma línea divisoria entre la buena y la mala fe. Con excepción del caso en el que ya se ha instituido una demanda, el BGB impone la más severa responsabilidad por mala fe sólo cuando el acusado estaba totalmente consciente de que no había justificación legal para la recepción del beneficio (§§19, párr. 1), por lo que los tribunales no consideran suficiente el sólo conocimiento de los hechos que anula la justificación de la transferencia (véase RG WarnRspr. 1918, n. 224; RG JW 1931, 529). Los códigos austriaco y suizo eliminan dicho privilegio cuando el beneficiario "debió haberse percatado a la restitución" (art. 64 del OR) o, "en medio de las circunstancias, debió sospechar... que el cedente había cometido un error" (§1437 del ABGB).

b) A menudo, el grado de responsabilidad del beneficiario de buena fe se vincula en los códigos con el grado de responsabilidad de un poseedor de buena fe cuando es demandado por el propietario merced a una *vindictio*. Así, al abordar la responsabilidad del beneficiario de una cosa no adueñada, el §1437 del ABGB alude a la exigencia del propietario contra el poseedor, y aunque los arts. 1376 y ss. del *Código Civil* francés establecen reglas específicas para la obligación del beneficiario de una cosa no adueñada, las reglas mismas son muy similares a las consagradas por los otros códigos continentales respecto de la relación entre propietario y poseedor. En el derecho suizo, la compensación por gastos en que hubiere incurrido un beneficiario para mejorar la propiedad recibida son admitidos en la misma medida que si se tratara de un poseedor no autorizado (art. 65 del OR). Con frecuencia se recurre a la *vindictio* misma, ya que, en las leyes suizas, en los casos de desviaciones del principio de abstención (véase la p. 575), la propiedad no se transfiere a menos que el contrato subyacente sea válido.

En estos países, como ordenan los §§987 y ss. del BGB, la persona demandada por la vía del *vindictio* puede defenderse cuando el objeto recibido originalmente se ha perdido, destruido o consumido sin obtener ninguna ganancia; sin embargo, las únicas pérdidas que puede acreditar el demandado son los gastos que ha realizado en la cosa que recibió; los gastos necesarios se admiten sin limitación, mientras que los gastos útiles se aceptan sólo en la medida en que hayan contribuido a incrementar el valor del

objeto a la restauración (§§331, 323 del ABGB, párr. 1, art. 65 del OR, art. 1381 del *Código Civil* francés; Planiol/Ripert/Esmein VII, n. 746 *ad fin*).

c) En algunos países de la Europa continental, el beneficiario de *dinero* transferido sin justificación recibe un trato bastante severo. En el derecho romano, el beneficiario era absolutamente responsable pasara lo que pasare, y se le imponía la obligación de restituir la suma como si ésta formara parte de un préstamo (véase V. Tuh, en la bibliografía de este capítulo, pp. 297 y ss.; Sibt, *Römische Recht* II, 1928, pp. 218 y ss.). Esta doctrina sobrevivió en los textos legales europeos desde la época de la *Glossa Magna* hasta los tiempos de la codificación. Fue adoptada por la *Ley General* de Prusia (§193 16 J), y aunque Windscheid disenta de sus postulados, una importante minoría de los pandectistas del siglo XIX le brindaron su apoyo (en torno al desarrollo de esta doctrina desde la época de la *Glossa Magna*, véase Flume, en la bibliografía de este capítulo).

Este venerable precepto sigue aplicándose en Austria, Francia e Italia no sólo por lealtad a la tradición, sino con cierta justificación empírica. Se insiste en el hecho de que la extrema fungibilidad del dinero torna prácticamente imposible el detectar los fondos recibidos a través de todas sus metamorfosis en los activos del beneficiario, o en la idea de que, como el dinero puede usarse de muchas formas diferentes, se ha de considerar al receptor de los fondos como beneficiario por el solo hecho de que alguna vez dispuso del dinero como le vino en gana.

Véase Klarg/Gschintzer, *Kommentar zum ABGB* IV, 2a. ed., 1951/1963, §877 n. III 2 a (p. 158); Klarg/Wilburg, *Kommentar zum ABGB* VI, 2a. ed., 1951, §§1431 y ss. n. X B 2 (p. 408); Rummel, *Kommentar zum ABGB*, 1984, §1437 nn. 12, Planiol/Ripert/Esmein VII, n. 746; Beaudant/Lerebours-Pigeonnière-Rodière, *Cours de droit civil français* IX 2, 2a. ed., 1952, n. 1751; Trimarchi (véase la bibliografía de este capítulo), pp. 160 y siguientes.

Esta regla también se aplica cuando la obligación original del beneficiario de restituir alguna vez un objeto específico adoptó la forma de una deuda monetaria, como sucede cuando el beneficiario consume la cosa transferida con fines propios. En este caso, el desarrollo subsiguiente de la situación financiera del beneficiario no afecta al acreedor.

d) En un fallo reciente, la Cámara de los Lorea decidió que podía rechazarse una demanda de restitución en la medida en que el beneficiario de buena fe "haya modificado al grado su posición", que resultaría injusto obligarle a devolver lo recibido.

En el caso Lipkin Gorman contra Karpane Ltd., 1991, 2 AC 548, 579, Lord Goff señaló lo siguiente: "Debemos preguntarnos por qué creemos que resulta injusto admitir la restitución en estos casos como el presente. La respuesta debe ser que, cuando la posición de un acusado inicialmente se modifica a tal grado que se cometerá una injusticia si se le exige que restituya de alguna manera parcial o total, la injusticia que entraña exigirle la reposición excede la injusticia que implicaría negar la restitución al demandante". Los tribunales tendrán que determinar, sobre una base de "caso por caso", las condiciones en las que el demandado puede invocar un

"cambio de posición". Sin embargo, el fallo indica que sólo puede recurrirse a esta defensa cuando el beneficiario actuaba de buena fe, y que el gastar el dinero no representa un "cambio de posición" para él. Muy diferente sería si gasta el dinero en la consecución de un fin que, en otras circunstancias, no se le habría siquiera ocurrido—por ejemplo, un crucero por el mundo o una donación con fines caritativos—; y si gasta, y aún obra en su poder, una cosa que no hubiera comprado en otras circunstancias, sólo se le exigirá que restituya el valor presente de dicho objeto. Para detalles, véase Goff/Jones (en la bibliografía del capítulo anterior), pp. 739 y ss.; asimismo, Meier, *ZEurP*, 1993, p. 365.

Antes de que se tomara esta resolución, la persona a la que se demandaba una restitución podía defenderse mediante un "impedimento": al demandante que pudiera demostrar, por dicho o por obra, que en efecto los fondos se le debían al demandado, se le "impedía" retractarse en lo sucesivo si, sobre la base de lo dicho, el beneficiario hubiere actuado de tal forma que resultaría injusto exigirle la restitución. Las resoluciones indican que la nueva medida defensiva del cambio de posición se aplicará a los mismos factores que guarden relevancia para el recurso del impedimento (véase Goff/Jones, en la bibliografía del capítulo anterior, pp. 746 y ss.). Por ejemplo, los tribunales se muestran benevolos con los demandados a los que se exige que restituyan ingresos personales excedentes que se hubieran pagado por error. Los simples hechos del citado caso *Skyring* contra *Greenwood*, 1825, 107 Eng. Rep. 1064, eran que un oficial de artillería percibió durante varios años una paga excesiva debido a que el pagador había omitido una orden de la Junta de Perrechos Militares. Los jueces decidieron rechazar la demanda con los argumentos siguientes:

Es de capital importancia para cualquier hombre que no se le induzca a suponer que su ingreso anual es mayor de lo que realmente es. Todo hombre sensato adapta su estilo de vida a lo que supone que es su ingreso. Por consiguiente, representa un perjuicio para cualquier hombre si... se le exige que reponga dichas sumas (*ibid.*, p. 1067). El caso *Holt* contra *Marham*, 1923, 1 KB 504 era muy similar. El pagador del ejército omitió una importante regulación y pagó al oficial demandado, quien estaba por retirarse, un bono excesivo. Dieciocho meses después, cuando se detectó el error, se formó una solicitud de restitución, pero sobre una apreciación errónea de los hechos que el acusado corrigió en una larga carta. Dos meses después se renovó la demanda, esta vez utilizando los argumentos correctos. Mientras tanto, el demandado había invertido, perdiéndolos, el resto de los fondos. La demanda de restitución resultó infructuosa. Véase asimismo *Avon CC* contra *Howlett*, 1983, 1 All ER 1073 (CA).

También se favorece al demandado cuando el beneficio injustificado se origina entre partes que mantienen una relación obligatoria. Así, en el caso *Deutsche Bank* contra *Beiro*, 1895, 73 LT 669, un importador pidió a su banco que cobrara un instrumento negociable. Por error, el banco le informó que ya había recibido dicho instrumento, pagando por él su justo valor. Más tarde se descubrió que, en realidad, no se había cobrado el documento; para entonces, el importador había abonado irrevocablemente la cantidad

en la cuenta de un socio de negocios en el extranjero. El juez determinó que el banco se había visto "impedido" por su conducta para reclamar el pago; asimismo, gracias a la información suministrada por un empleado, había incumplido sus obligaciones hacia su principal al brindar información falsa respecto del cobro del instrumento. Este error no afectó al demandado: "¿Con base en cuál estatuto de justicia o de equidad pueden desbaratzarse de las consecuencias de su incumplimiento simplemente porque cometen un error?" (Mathew J., pp. 670 y siguientes).

Cuando no hay una relación especial entre las partes, los tribunales se muestran menos favorables a los intereses de la parte beneficiada. Así, en el caso *Weld-Blundell* contra *Synott*, 1940, 2 KB 107, el primer acreedor hipotecario, tras entablar un juicio hipotecario sobre la propiedad, retuvo para sí mismo, por error, una proporción demandada baja de las utilidades, enviando al segundo acreedor una parte demasiado alta de las mismas. Cuando el primer acreedor reclamó el excedente, el segundo acreedor objetó que el pago había provocado que demorara en actuar a tiempo contra el propietario por iniciativa propia, a lo que el juez respondió: "No creo que haya un impedimento, a menos que se pueda demostrar que hubo negligencia o mala conducta por parte del demandante en la relación falsa" (p. 114). Como no había una relación obligatoria particular entre el primero y el segundo acreedor al calcular la distribución de las utilidades, no se formuló ningún impedimento contra el demandante.

No se considera como una disposición irrevocable para la fe que presidió el pago equivocado al beneficiario utilizar los fondos para adquirir una cosa que, de cualquier forma, se habría adquirido, aun cuando se hubiera tenido que pedir prestado para comprarla (*United Overseas Bank* contra *Jivani*, 1977, 1 All ER 733).

e) El derecho estadounidense, tras aceptar el concepto de Lord Mansfield en el sentido de que la obligación restitutoria impuesta a la parte enriquecida se funda en la "justicia y la equidad naturales" (véase la sección IV del cap. 38), descubrió que era fácil, al poner de lado las "equidades" de cada caso, tomar en consideración el hecho de que el acusado no había obtenido ningún beneficio de lo adquirido. En 1875, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York determinó que no debería concederse la reposición "cuando el pago haya causado tal cambio en la posición de la otra parte, que resultaría injusto exigirle la restitución" (*Mayer* contra *New York*, 63 NY 455, 1875). En la actualidad, la *Reforma* de Restituciones, 1937, considera el "cambio de circunstancias" como una buena medida defensiva contra todas las demandas de restitución (§142).

El "cambio de circunstancias" (o "cambio de posición") se encuentra en aquellas situaciones en las que las leyes alemanas determinan la desaparición del enriquecimiento: destrucción, extravío o hurto del objeto recibido; uso irredituible o venta con menoscabo; gastos incurridos sobre la propiedad recibida; la aceptación de obligaciones legales ineluctables o que sólo pueden evitarse sufriendo una merma; la cesión de valores o derechos; la omisión del ejercicio de los propios derechos en el momento oportuno; la inversión irredituible del dinero recibido; las donaciones realizadas con una parte de lo recibido, peculado por parte de los empleados. Véanse los casos citados en Palmer (en la bibliografía del capítulo anterior), §16.8.

Puesto que las defensas dependen de las consideraciones equitativas, el solo hecho de que el beneficiario haya desaparecido no basta para dar por terminada la obligación. La defensa sólo surte efecto cuando el cambio en la situación torna inequitativa la exigencia de restitución. Allí, los abogados estadounidenses perciben un problema de traslación de las pérdidas: en primer lugar, cuando la situación es tal que el demandado quedaría en condiciones peores de las que tenía antes de adquirir el beneficio, lo que se debe decidir es si dicha merma ha de trasladarse al demandante dejando sin compensación el quebranto original, o al acusado por medio de la orden de restitución, pese al quebranto que ello le causaría. El resultado depende de la ponderación de las "equidades" de ambas partes: la merma se transferirá a la parte que, a la luz de los hechos relevantes, tiene la responsabilidad principal. Antes de emitir este fallo, se deben investigar detalladamente la conducta y la posición de las partes, tanto a la realización de la operación mediante la cual se procuró la transferencia como después de ésta. También pueden tomarse en consideración otras circunstancias, como la situación financiera y social de las partes.

Los casos siguientes ilustran el método para tomar una decisión.

En el caso *Behring contra Somerville*, 44 A. 641 NJ, 1899, se transfirió una hipoteca a B, quien ignoraba que ésta ya se había traspasado a A. Aunque B sólo adquirió un derecho secundario, el propietario pagó a B el monto de la hipoteca sin enterarse de la primera transferencia, por lo que exigió la rehabilitación de los fondos cuando descubrió su error. Mientras tanto, B había cedido la hipoteca. El tribunal rechazó la demanda de restitución. Ambas partes habían cometido el mismo error y ambas podían haber verificado la situación acudiendo al registro hipotecario. En tal caso, ninguna de las partes tenía más derecho a exigir que la otra, por lo que "se les dejó en la posición en que ellas mismas se habían colocado". En el caso *Jefferson County Bank contra Hansen Lumber Co.*, 246 Ky. 384, 55 SW 2d 54, 1932, una persona compró un cargamento de madera según un acuerdo que proveía el pago al banco del demandado contra la presentación de documentos. Al escuchar de boca del vendedor que los bienes habían sido embarcados, el comprador liquidó la cantidad requerida sin que se le presentaran los documentos. En realidad, los bienes nunca fueron embarcados y el vendedor se declaró en quiebra cuando el banco le exigió en vano la liquidación del precio de compra. Nueve meses más tarde el demandante reclamó el precio de compra del banco, pero fue en vano. Desde el principio, el tribunal dictaminó que era de lamentar que, de acuerdo con las circunstancias, el pago debiera representar un quebranto para una de las partes; dicha pérdida, empero, sería asumida por la persona "a cuya falta o negligencia debería atribuíse el desarrollo de los hechos que desembocaron en el quebranto". En seguida, el tribunal explicó que, puesto que el demandante tenía derecho a retener el pago hasta que se le presentasen los documentos, había actuado con una pisa indebida al liquidar el precio y con una avaricia igualmente indebida al reclamar dicho pago. En términos prácticos, el demandante no pedía tanto la restitución de un enriquecimiento injustificado como el trasladar al acusado un quebranto del que él mismo era culpable. El caso *Moritz contra Horsman*, 9 NW 2d 868, Mich. 1943, demuestra que tal responsabilidad equitativa puede verse afectada no sólo por la conducta de las partes en el acto mediante la cual se confirió el beneficio, sino también por otras circunstancias. El demandante, un hijo adoptado, recibió una parte de la hacienda del padre adoptivo en el su-

puesto de que se transfería dicha propiedad a un heredero estatuario. Más tarde se descubrió que la legislación correspondiente no brindaba a los hijos adoptivos ningún derecho a heredar. Por consiguiente, los hijos naturales demandaron la restitución de los 13,000 dólares que había recibido el acusado. Este aún poseía 5,000 en bonos gubernamentales, pero había gastado 3,000 en una casa y en mobiliario, y no pudo proporcionar información precisa acerca del resto del dinero. El tribunal observó en su favor que sólo le restaban 5,000, que había estado desempleado durante algún tiempo, que la enfermedad de su esposa durante más de un año le había causado cuantiosos gastos médicos y, por último, que todas las partes habían actuado, bajo el mismo y comprensible error legal. A continuación, el tribunal señaló que resultaría brutal e injusto fincar la responsabilidad en el acusado en medio de estas circunstancias por la cantidad total que había recibido. Se determinó que estaba en condiciones de restituir los 2,500 dólares que restaban para totalizar los 7,500 que se le exigían, pagando dos terceras partes de esta última suma, es decir, 5,000 dólares, los que aún poseía en forma líquida.

3. La forma en que los sistemas extranjeros intentan resolver estos problemas indica que no hay nada necesario ni evidente por sí mismo en torno al principio de responsabilidad adoptado en Alemania, sino que, pese a todas las diferencias en sus puntos de partida teóricos, los diversos sistemas jurídicos obtienen los mismos resultados con una frecuencia significativa. En lo que resta de este capítulo sólo podemos ilustrar lo anterior en dos casos: a) los pagos excesivos por error de pensiones, asignaciones y otros emolumentos personales, y b) el enriquecimiento de menores.

a) De acuerdo con el párr. 3, §818 del BGB, la persona que recibe dinero por error será sujeta a responsabilidad si gasta ese dinero sin afrontar otros gastos. Con base en los principios generales, este hecho tiene que ser probado por el beneficiario, pero cuando la suma pagada en exceso se relaciona con ingresos y asignaciones, los tribunales alemanes concluyen, por experiencia, que el beneficiario no incorpora los incrementos a sus ingresos, sino que los usa inmediatamente para mejorar su nivel de vida, con el resultado de que no cuenta ya con el excedente monetario cuando éste es reclamado. Por consiguiente, los tribunales permiten que las personas que reciben dichas sumas se acojan al párr. 3, §818 del BGB, con sólo demostrar que han gastado todos los fondos (véase RGZ 83, 159 y 161; BVerwGE 8, 261, 270; 13, 107, 110). Al principio, lo anterior se aceptaba sólo cuando el dinero se hubiere gastado en cosas transitorias, como alimentos, viajes, etc., aunque, más recientemente, los tribunales se han mostrado dispuestos a conceder la compensación aun a los beneficiarios que poseen el equivalente de lo gastado, con la condición de que sufran una merma en caso de que se les obligue a restituir la suma, como sucede con el mobiliario, cuya reventa produce sólo una fracción de su valor real (BGH MDR 1959, 109).

Para auxiliar aún más al beneficiario de ingresos personales adicionales, los tribunales han utilizado en los últimos años otro precepto que, dentro de los límites apropiados, representa una reconocida implicación del párr. 3, §818 del BGB: según dicho precepto, el beneficio no tiene por qué disminuir si se empleó para saldar deudas, ya que liquidar al acreedor reduce el adeudo en la misma cantidad (véase Staudinger/Lorenz, *Kommentar zum BGB*, 12a. ed.,

1979, §818, n. 38). En estos casos, el Bundesverwaltungsgericht admite el argumento de la cesación del enriquecimiento, pues aun cuando se paguen algunas deudas, se sigue ajustando el estilo de vida a la cantidad que se recibe en realidad (BVerwGE 15, 15, 17 y ss.; véase también Staudinger/Lorenz, *Kommentar zum BGB*, 12a. ed., 1986, §818, nn. 38; Lieb, en *MünchKommBGB*, 2a. ed., 1986, §818, nn. 83).

Tales decisiones se basan en consideraciones sociales que también se aplican en otros países. En Austria, el precepto que ordena la restitución de la cantidad exacta del dinero debida, en realidad, toma inadmisibles dichas consideraciones, pero en el caso del pago excesivo de ingresos, los tribunales siempre hacen una excepción. El Oberste Gerichtshof señaló alguna vez, a propósito de un caso en el que la pensión de un funcionario de ferrocarriles había sido mal calculada en su favor: "Esto afecta a muchísimas personas; el sector ferroviario cuenta con su propia oficina para calcular las pensiones de retiro, de las cuales se responsabiliza la administración de dicho sector; incluso, podría pensarse que los ferrocarriles habían cometido una falta al engañar a las personas mediante un pago excesivo. Es verdad que las pensiones adoptan la forma de pagos monetarios, pero su propósito es sostener al beneficiario. Tal es el fin con el que aquél recibe y utiliza los fondos, como seguramente se percatan las partes cada vez que se realiza dicho pago; por añadidura, como señalamos anteriormente, el pago excesivo normalmente genera gastos adicionales. Por tanto, en la mayoría de los casos, las demandas de restitución resultan inequitativas, ya que el beneficiario no suele gozar de la solvencia necesaria para satisfacer las demandas mencionadas" (OGH 23 de abril de 1929, SZ 11, n. 86, p. 265).

En Francia se presenta el mismo problema. Las provisiones del *Código Civil* respecto del pago de una cosa no aduendada impide que se compensen las mermas subsiguientes, si bien los tribunales conceden al beneficiario una contrademanda por daños y perjuicios basada en responsabilidad por negligencia o falta en la administración estatal. Lo anterior es más fácil para las leyes francesas que para sus contrapartes alemanas, ya que en Francia la responsabilidad por daños puede presentarse en relación con una merma económica "pura", mientras que en Alemania lo anterior resulta imposible debido a la restrictiva lista de daños y perjuicios compensables contenida en el párr. 1, §823 del BGB (véanse las secciones II y IV del cap. 40). El caso que se cita con más frecuencia como ejemplo de demanda restitutoria contrarrestada mediante una demanda por daños y perjuicios es un fallo bastante antiguo del Conseil d'État (1 de julio de 1904, S. 1904, 3, 121). Durante 15 años, un pensionado recibió pagos excesivos que gastó en cosas necesarias para vivir. El Conseil d'État rechazó la demanda de restitución. El persistir en un error durante tal cantidad de años debe representar necesariamente una "*faute de ser vice qui engage la responsabilité de l'État*".

Véanse también los fallos más recientes (en la p. 580) que permiten al beneficiario de pagos de seguridad social no aduendados interponer una demanda por daños y perjuicios. En otras decisiones, se había permitido al beneficiario de fondos no aduendados apropiarse de éstos ya

fuera de forma total o parcial con sólo demostrar que el error del pagador se debía a la propia negligencia de éste, que el beneficiario mismo actuaba de buena fe al recibir el dinero y que, de acuerdo con las circunstancias, resultaría opresivo obligarle a restituir cualquier parte de dichos fondos. Véase, por ejemplo, Com. 19 de nov. de 1991, JCP 1993, II, 22012, anotado por Donnier.

b) De una u otra forma, todos los sistemas jurídicos protegen a los menores contra los daños que pudieran sufrir por participar en contratos con carácter obligatorio. Para que esta protección sea efectiva, se debe no sólo limitar la capacidad contractual de los menores, sino también hacer algunas excepciones respecto de su obligación de restituir beneficios recibidos por medio de la ejecución de contratos o por cualquier otra vía.

En el derecho alemán, la fórmula general del párr. 3, §818 del BGB, protege a los menores como si se tratara de cualquier otra persona: la responsabilidad por restitución se finca sólo hasta la cantidad del beneficio económico que resta en las manos del menor. La protección especial que se dispensa a los menores se torna más visible cuando consultamos las reglas que determinan la responsabilidad, más rigurosa ésta, del beneficiario que actúa de mala fe (párr. 1, §819 del BGB). Los tribunales y los autores coinciden en que no puede usarse la mala fe del menor en su contra, a condición de que su representante estatuario ignorara la adquisición y la ausencia de justificación legal de aquélla (RG JW 1917, 465; Lieb en *MünchKommBGB*, 2a. ed., 1986, §819, nn. 7; Lorenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 13a. ed., 1994, II(2), pp. 312 y ss.); otro concepto señala que sólo puede fincarse responsabilidad en el menor cuando se le comprobe un agravio (§§828, 829 del BGB; véase BGHZ 55, 128, 135 y siguientes).

En otros países, la protección especial que se brinda a los menores es más marcada, ya que la regla general de la responsabilidad no basta para protegerlos. Por ejemplo, los menores podrían verse en riesgo por el precepto austriaco y francés de que hay responsabilidad absoluta para restituir dinero recibido sin justificación, si no fuera porque, en su beneficio, se hace una excepción a esta regla. En ambos países, se finca responsabilidad a los menores sólo cuando lo que recibieron fue usado en beneficio propio, un hecho que, aparentemente, debe ser probado por el demandante.

Austria: OGH 22 de ago. de 1951, SZ 24, n. 204; OGH 13 de dic. de 1905, Glufv VIII, n. 3246; OGH 2 de julio de 1913, Glufv XVI, n. 6514. Francia: arts. 1241, 1312 del *Código Civil*; Italia: art. 2039 del *Código Civil*. Sin embargo, los abogados franceses están tan habituados al precepto de la responsabilidad absoluta para la restitución de dinero, que dicha regla se aplica aun cuando el beneficiario carezca de capacidad contractual; la responsabilidad persiste para cualquier beneficio en especie procurado por el dinero transferido, aunque el menor no haya logrado conservarlo. Si emplea el dinero para realizar compras, su responsabilidad se extiende a la totalidad de la suma, aun cuando lo comprado sea destruido o depreciado posteriormente. Se dice que el demandante por motivo de restitución "*n'est pas responsable de l'avenir et des causes étrangères, mais seulement de la dissipation*" (Palandt/Ripert/Esmein VI, n. 323).

En el derecho inglés no hay necesidad de acudir a los preceptos en torno al grado de responsabilidad o la retención del enriquecimiento, ya que los menores están exentos *ab initio* de cualquier obligación de restitución. Si el objeto recibido por el menor o su sustituto, puede aún identificarse en sus manos, se aplican reglas de equidad mediante las cuales se exige al menor la devolución del beneficio, como en los fideicomisos implícitos (véase el caso *Stocks contra Wilson*, 1913, 2 KB 235; *Goff/Jones*, en la bibliografía del capítulo anterior, pp. 533 y ss.), pero la otra parte no puede, mediante una rescisión, adquirir una demanda de dinero puramente personal por temor a que esto implique una ejecución del contrato inválido. El reembolso empieza donde termina la restitución (*Anson's Quest, Principles of the English Law of Contract*, 26a. ed., 1984, p. 200). Por consiguiente, se libera al menor cuando no hay objeto recibido o su sustituto por restituir, ya sea que se haya perdido o se haya consumido por el uso, con ganancia o sin ella. Por añadidura, nunca se someterá al menor a la obligación de pagar dinero, como si el beneficio hubiera adoptado la forma de servicios o de dinero que, subsecuentemente, se hubiera mezclado con sus propios activos.

Estos resultados se basan esencialmente en dos fallos que se emitieron en los primeros años del siglo XX. El caso *Cowen contra Nield*, 1912, 2 KB 419, comprendía un prepaño recibido por un menor de acuerdo con un contrato de compraventa que aquel no pudo ejecutar, mientras que *Leslie contra Shell*, 1914, 3 KB 607, trataba de un préstamo monetario proporcionado a un menor. En ambos casos, se determinó de manera categórica, que no había obligación por ejecutar, utilizando, en parte, argumentos puramente conceptuales (véase la p. 587, y en parte porque "esto no serviría sino para conferir validez a un contrato inválido" (*Lord Sumner*, en *Leslie contra Shell*, 1914, 3 KB 607, 619, criticado por *Goff/Jones*, en la bibliografía del capítulo anterior, pp. 530 y ss.). En todos los sentidos, las leyes estadounidenses emulan el ejemplo de los estatutos ingleses. La Reformulación comienza postulando que la defensa del "cambio de circunstancias" se concede con la misma validez a los menores y a los adultos (§139 de la Reformulación, Comentario d). De hecho, la protección de los menores trasciende con mucho la esfera de las defensas generales. La mayoría de los tribunales siguen aplicando la regla tradicional de que, a menos que el objeto recibido originalmente o su sustituto pueda aún identificarse en su posesión, el menor que participó en un contrato inválido no tiene ninguna obligación restitutoria con la otra parte. A juzgar por numerosos fallos, se aplica la misma regla cuando la restitución en especie resultaba imposible *ab initio* (acerca de este tema, véase *Williston*, §238; *Simpson, Handbook of the Law of Contracts*, 2a. ed., 1965, pp. 228 y siguientes).

4. Estos ejemplos demuestran que en todos los sistemas legales la responsabilidad depende de las consideraciones que mejor se adapten a cada caso, y que dichas consideraciones, que son muy similares en todos los sistemas, suprimen o mitigan las abstracciones reglas de responsabilidad preformuladas en términos generales. Se toman en consideración ciertos factores sociales cuando el pago excesivo se relaciona con el ingreso personal, por tal razón, se concede protección especial a los menores que reciben beneficios de acuerdo con el propósito del orden legal que se manifiesta en la ley de contratos.

Las soluciones de estos casos parecen imponerse por sí mismas, diríase que de manera automática, en los diferentes sistemas, por lo que no requieren un comentario más detallado; no obstante, hay varios aspectos que se destacan en las soluciones generales que adoptan los sistemas legales (véase el apartado 2 de este capítulo), los cuales podrían emplearse con provecho en otros países. Aun cuando rechazamos la teoría de que los remedios en los casos de enriquecimiento injusto pertenecen al ámbito estricto de la equidad (véase la sección V del cap. 38), parece aceptable, particularmente en el derecho estadounidense, que el resultado dependa de la conducta y la postura de ambas partes durante y después de la operación relevante; asimismo, percibimos un mérito en la idea de que la parte que recibió el beneficio se responsabilice de cualesquier decisiones que tome en la administración de sus propios activos, aun cuando la doctrina a la que se recurre en ocasiones —es decir, que la obligación de reembolso es absoluta— sea en sí misma demasiado rígida.

Contribuye a oscurecer estos matices la ratificada ley alemana: según la cual el enriquecimiento no es otra cosa que un desequilibrio económico. Tradicionalmente, un fallo en torno a la responsabilidad del enriquecimiento injustificado es resultado de un proceso matemático puro en el que los juicios de valor no tienen ningún papel por desempeñar (acerca de este tema, véase *Dawson*, "Erasable Enrichment..."; en la bibliografía de este capítulo), sin embargo, no tardamos en percibir la relevancia de dichos juicios de valor cuando nos formulamos la pregunta que suele plantearse el abogado estadounidense: ¿quién debe asumir la pérdida asociada con la desaparición del enriquecimiento? Desde esta perspectiva, la responsabilidad del demandado depende de que los eventos que causaron la pérdida se imputen a él mismo o a la otra parte.

(i) (a) Parece acertado que la conducta y la posición de ambas partes encierran alguna importancia en las decisiones de este tipo. A. V. Tuhur deploraba que las reglas de la responsabilidad aceptadas por la corriente oficial alemana no tomaran en consideración las diferencias en la posición de las partes en los diversos tipos de demandas por enriquecimiento. Respecto a la *Leistungskondition*, donde el demandante confiere el beneficio a la parte demandada en primera instancia, A. V. Tuhur se pronunciaba a favor de un tratamiento generoso de la responsabilidad del acusado: a la persona que desee anular una transacción debido a que cometió un error respecto de sus obligaciones sólo se le debe permitir atenerse a las consecuencias de su error y a que se le tenga por "perturbador de la actividad comercial" si, a semejanza de la parte equivocada del §122 del BGB, acepta el quebranto que causará la restitución a la otra parte. Por otro lado, cuando el enriquecimiento no se origina en la transferencia del demandante sino en la aceptación del demandado, como en los casos que comprende el párr. 1, sent. 1, §816 del BGB, la parte beneficiada no merece protección si realiza inversiones fallidas, omite ejercer sus derechos y oportunidades o contrae nuevas obligaciones, ya que los perjuicios de este tipo son causados por quienes sobrestiman los activos de que pueden disponer: por consiguiente, no se les debe permitir trasladar esos perjuicios a la persona que ejerce su derecho a la restitución (V. Tuhur, en la bibliografía de este capítulo, pp. 314 y ss.; crítica de por *Heinrich Söber, Schuldrecht*, 1931, pp. 245 y siguientes).

Sin embargo, podemos dar un paso adelante con seguridad, al igual que otros autores (especialmente Wilburg, en la bibliografía del capítulo anterior, pp. 138 y ss.; asimismo, aunque con reservas, Rabel en *Rabel*, Z 10, 1936, pp. 426 y ss.) y abogados estadounidenses, preguntándonos, dentro de los diferentes tipos de demandas, a cuál de las partes ha de tenerse por responsable del enriquecimiento o de la desaparición de éste; es decir, como *causante* o *en falta* respecto de aquél. Si el acreedor destruye el documento de adeudo después de recibir el pago de un tercero en situación de error, la cuestión de si la pérdida atribuible a la dificultad que implica la presentación de la prueba debe ser asumida por el acreedor o por el tercero que desea reclamar la suma puede mitigarse mediante la consideración, *inter alia*, de que el acreedor haya demandado dicha suma, de manera perentoria y persuasiva, al tercero, o si éste, teniéndose a sí mismo por deudor, haya realizado espontáneamente el pago; más aún, que el pago se dirigiera a otra persona y se realizara mediante la supervisión de un banco. En esta última situación, también se debe determinar, para resolver el problema satisfactoriamente, a cuál de las partes ha de fincarse la responsabilidad por los errores que pudiera haber cometido el banco.

b) Cuando se trata de decidir cuál de las partes debe asumir un quebranto atribuible a eventos que disminuyen el enriquecimiento, conviene tener presente que el beneficiario debe responsabilizarse de las decisiones económicas dentro de su propia esfera. En Alemania, la parte 3, §818 del BGB, finca en el demandante cualesquier quebrantos económicos que haya sufrido el beneficiario como resultado del contacto con la cosa recibida; el demandante de la restitución debe absorber las pérdidas si el comprador de terrenos vende éstos a un precio demasiado bajo, si el vendedor de terrenos invierte desastrosamente el precio de compra (RGZ 75, 361; RG JW 1931, 529), si el beneficiario de un pago no adeudado presta el dinero a un tercero que al poco tiempo se declara en quiebra (RG WarnRspr. 1912, n. 360; BGHZ 26, 185, 194 y ss.), o si el vendedor invierte el depósito recibido, de acuerdo con un contrato inválido, en un negocio que al poco tiempo es liquidado o destruido por un bombardeo (BGH MDR 1957, 598).

Sin embargo, sería más realista señalar que, en términos generales, cualquier persona debe asumir los riesgos inherentes a la realización de sus negocios; como dijo alguna vez Rabel, "la forma en que el beneficiario disponga de la propiedad que ha recibido... es un asunto de su competencia exclusiva" (Rabel *ídem*, l. p. 427). Por consiguiente, hay un aspecto válido en la doctrina que aún se aplica en numerosos países, es decir, que el beneficiario de fondos siempre deberá restituir la misma cantidad: es tan fácil darle un uso al dinero, que resulta igualmente fácil concluir que la forma en que se gaste o invierta ese dinero es responsabilidad exclusiva del beneficiario.

La idea de que, en términos generales, la persona debe responsabilizarse de las consecuencias de su propia "conducta económica" (Flume, en la bibliografía de este capítulo, p. 157) sólo pierde vigor cuando la recepción del beneficio induce al beneficiario a conducirse de

manera incompetente, magnánima o temeraria; tal conducta representa una forma auténtica de quebranto por confianza que debe visualizarse más en términos de causalidad y falta que de la esfera económica en la que se verifica el uso que se da al dinero. Dicha idea tampoco puede aplicarse a los casos en los que la ley señala claramente, como en los casos relacionados con las minorías, que su propósito es proteger, en la medida de lo posible, a grupos especiales de personas contra las consecuencias adversas que podría acarrear la administración de sus propios asuntos.

c) El ejemplo de la responsabilidad de los menores representa un argumento más para la traslación del quebranto que, hasta ahora, no se ha aplicado consistentemente en las leyes que rigen la restitución. Aun cuando, en términos generales, la ley de restitución se muestre menos favorable al acusado que en Alemania, hemos comprobado que los argumentos de la política legal que protege a los menores son a tal punto poderosos, que la responsabilidad por las mismas que se sigue de una demanda de restitución es excluida o severamente limitada. En otras palabras, puede recurrirse con provecho a la regla que decreta la invalidez del contrato de un menor y permite su rescisión cuando se intenta determinar cuál es la parte que debe sufrir los quebrantos derivados de la desaparición del beneficio transferido.

En el ámbito de la ley de daños, los tribunales y los autores alemanes aceptan en medida creciente el concepto de Rabel en el sentido de que el "propósito de la ley" puede ser al menos tan importante, en la asignación del riesgo, como la teoría tradicional de la suficiencia (véase la p. 639). El ejemplo de la responsabilidad de los menores indica que el problema de la imputación del quebranto también puede abordarse desde esta perspectiva en la ley de *enriquecimiento*: en los casos apropiados, el grado de la responsabilidad en la esfera de la restitución puede verse afectado por el propósito y el poderío del precepto que justifica la demanda. Lo anterior puede aplicarse especialmente a los casos en que el contrato subyacente es anulado por incumplimiento de las leyes o por omisión de los requerimientos formales o por alguna otra forma de nulidad en torno a la cual la política operativa de la ley se expresa con suficiente claridad. Tales consideraciones pueden proporcionar una valiosa guía para determinar la verdadera magnitud de la responsabilidad restitutoria.

Las consideraciones de este tipo pueden resultar útiles en los casos en que el enriquecimiento se origina en un acto del propio demandado. Por ejemplo, hay una regla en Alemania que establece que la persona que venda o consuma los bienes de otro y sea demandada mediante una *condictio* por el propietario anterior, no puede compensar el precio que pagó al tercero por dichos bienes. La razón de esto es que, entre otras cosas, la compensación no habría sido posible en la vindicación a la que la persona hubiera tenido que responder antes de disponer de los bienes (BGHZ 14, 7, 9 y ss.; Von Caemmerer, *Festschrift Rabel* I, 1954, pp. 385 y ss.). Lo anterior demuestra que la propiedad no sólo representa la base de la *condictio*, sino que también surge el efecto adicional que representa la determinación del grado de la responsabilidad.

Bibliografía

- Además de las obras citadas en el capítulo anterior:
- Aubert, *La Répétition des prestations illicites ou immorales en droit français, en droit suisse et dans la jurisprudence belge*, 1954.
- Bishop/Beason, "Mistaken Payments in the Law of Restitution", en 36 *U. Tor. LJ* 149, 1986.
- Bits, "Konkurrierende Strategien und Interessen: Das Irrtumserforderung im Bereicherungsrecht des common law", en *ZEuP* 1993, p. 554.
- Dawson, "Restitution without Enrichment", en 61 *BUL Rev* 563, 1981.
- , "Erasure Enrichment in German Law", en 61 *BUL Rev* 271, 1981.
- Hessner, *Wegfall der Bereicherung, Rechtsvergleichung und Kritik*, 1970.
- Flume, "Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum deutschen Recht", en *Festschrift Niedermeyer*, 1953, p. 160.
- Grodecki, "In pari delicto potior est conditio defendentis", en 71 *LQ Rev* 254, 1955.
- Hackbart, "In pari turpitudine melior est conditio possidentis. Ein Vergleich zwischen dem anglo-amerikanischen und dem deutschen Recht" (Diss. Hamburg, 1967).
- Honsell, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu §817 BGB*, 1974.
- Jones, "Payments of Money under Mistake of Law: A Comparative View", 1993, en *Camb. LJ*, p. 225.
- Law Commission (Inglaterra), *Restitution of Payments Made under a Mistake of Law* (Consultation Paper n. 120, 1991).
- Lloyd, *Public Policy: A Comparative Study in English and French Law*, 1953, pp. 97 y siguientes.
- New York Law Revision Commission, *Restitution of Money Paid Under Mistake of Law*. Report of the Law Revision Commission of the State of New York, 1942, n. 65 (B).
- Niederländer, "Nemo turpitudinem suam allegans auditur", *Ius et Lex, Festgabe für Guizwiller*, 1959, p. 621.
- Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, 4a. ed., 1949, pp. 183 y siguientes.
- Rittner, "Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht", *Festschrift für Fritz von Hippel*, 1967, p. 391.
- Rummel, "Kondition bei verbotenen und sittenwidrigen Rechtsgeschäften", en *ÖJZ* 1978, p. 253.
- Rusch, "Art. 66 OR im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis", en *StZ* 47, 1951, p. 369.
- Sabbath, "Denial of Restitution in Unlawful Transactions—A Study in Comparative Law", en 8 *ICLQ* 486, 689, 1959.
- Savoy-Casard, *Le Refus d'action pour cause d'indignité, Étude sur la maxime Nemo auditur priam turpitudinem allegans*, 1930.
- Timarachi, *L'arricchimento senza causa*, 1962.
- V. Büren, "Bemerkungen zu Art. 66 OR", en *StZ* 58, 1962, p. 225.
- V. Tuhr, "Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung", en *Festschrift für E. I. Bekker*, 1907, p. 293.
- Winfield, "Mistake of Law", en 59 *LQ Rev* 327, 1943.