

BOLETÍN N.º 02

DERECHO PRIVADO

Vol. II

Directores:

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zepa
Frank J. Paucarchuco Gonzales

Coordinadores:

Mayra A. Huaccha Galarza
Juan de Dios Atarama Macha

Análisis jurídico-práctico de las instituciones del
Derecho Privado: proceso y litigio privado. Derecho
de Familia: proceso de pensión de alimentos y
omisión a la asistencia familiar

AÑO N.º 01 / MARZO 2022

Autores de esta edición:

Luis Antonio Almenara Álvarez

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

Edith Margot Chávez Costa

Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón

Sergio García Long

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Betty Katherine Leyva Ulloa

Abogada por la Universidad Privada Norbert Wiener

F. Martín Pinedo Aubián

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Luis Sarango Seminario

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

Karina Urquiza Vinatea

Abogada por la Universidad San Martín de Porres

Mariano Junior Vásquez Rengifo

Abogado por la Universidad Científica del Perú

Yuri Vega Mere

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Erika Zuta Vidal

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Directores

Anthony Julio Romero Casilla
Allen Martí Flores Zerpa
Frank James Paucarchuco Gonzales

Coordinadores

Mayra Alejandra Huaccha Galarza
Juan de Dios Atarama Macha

BOLETÍN N.º 02 (Vol. II)

DERECHO PRIVADO

Análisis jurídico-práctico de las instituciones del
Derecho Privado: proceso y litigio privado. Derecho
de Familia: proceso de pensión de alimentos y
omisión a la asistencia familiar

Autores en esta edición:

Luis Almenara Álvarez
Edith Margot Chávez
Sergio García Long
Katherine Leyva Ulloa
F. Martín Pinedo Aubián

Luis Sarango Seminario
Karina Urquizo Vinatea
Mariano Vásquez Rengifo
Yuri Vega Mere
Erika Zuta Vidal



2022

Lima – Perú

ISSN: 2810-8361

BOLETÍN DE DERECHO PRIVADO

**ANÁLISIS JURÍDICO-PRÁCTICO DE LAS INSTITUCIONES DEL
DERECHO PRIVADO Y SU ATENCIÓN EN EL PROCESO Y LITIGIO PRIVADO.
DERECHO DE FAMILIA, PROCESO DE PENSIÓN DE ALIMENTOS Y OMISIÓN A
LA ASISTENCIA FAMILIAR**

AÑO 01 – N.º 02 VOL. II – MARZO 2022

EDITADO POR:

© AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.

Jr. María Antonieta #399

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

AUTORES EN ESTA EDICIÓN:

Almenara Álvarez, Luis Antonio
Chávez Costa, Edith Margot
García Long, Sergio
Leyva Ulloa, Betty Katherine
Pinedo Aubián, F. Martín
Sarango Seminario, Luis
Urquiza Vinatea, Karina
Vásquez Rengifo, Mariano Junior
Vega Mere, Yuri
Zuta Vidal, Erika

DIRECTORES:

Romero Casilla, Anthony Julio
Flores Zerpa, Allen Martí
Paucarchuco Gonzales, Frank James

COORDINADORES:

Huaccha Galarza, Mayra
Atarama Macha, Juan de Dios

COLABORADORES:

Castillo Sichá, Natali Valeria
Cornejo Vilchez, Valeria Alexandra
Guizado Maguiña, Fiorella Lucero
Rivera Pimentel, Sheyla Noelia
Serquén Paredes, Ana Gabriel

Vargas Gutiérrez, Bryan Steven
Vásquez Condori, Daniela Andrea

ISSN: 2810-8361

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° XXXXXXXXXX**

**SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN MARZO DEL 2022 EN:
AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa - San Martín de Porres

amachaq.escuela.juridica@gmail.com

www.editorialamachaq.com

Lima – Perú

BOLETIN N.º 02 (Vol. II)

“ANÁLISIS JURÍDICO-PRÁCTICO DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO Y SU ATENCIÓN EN EL PROCESO Y LITIGIO PRIVADO. DERECHO DE FAMILIA, PROCESO DE PENSIÓN DE ALIMENTOS Y OMISIÓN A LA ASISTENCIA FAMILIAR”

I. DIRECTORES

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA

Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

II. COORDINADORES EN ESTA EDICIÓN:

MAYRA ALEJANDRA HUACCHA GALARZA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

JUAN DE DIOS ATARAMA MACHA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

III. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:

NATALI VALERIA CASTILLO SICHA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALERIA ALEXANDRA CORNEJO VÍLCHEZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FIGURELLA LUCERO GUÍZADO MAGUIÑA

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ANA GABRIEL SERQUÉN PAREDES

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SHEYLA NOELIA RIVERA PIMENTEL

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

BRYAN STEVEN VARGAS GUTIÉRREZ

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

DANIELA ANDREA VÁSQUEZ CONDORI

Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

IV. AUTORES

LUIS ANTONIO ALMENARA ÁLVAREZ

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

EDITH MARGOT CHÁVEZ COSTA

Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón

SERGIO GARCÍA LONG

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

BETTY KATHERINE LEYVA ULLOA

Abogada por la Universidad Privada Norbert Wiener

F. MARTÍN PINEDO AUBIÁN

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

LUIS SARANGO SEMINARIO

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres

KARINA URQUIZO VINATEA

Abogada por la Universidad San Martín de Porres

MARIANO JUNIOR VÁSQUEZ RENGIFO

Abogado por la Universidad Científica del Perú

YURI VEGA MERE

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ERIKA ZUTA VIDAL

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú



BOLETIN N.º 02 (Vol II)
Amachaq-Escuela Jurídica
Área de Derecho Privado

Disponible en:

<http://editorialamachaq.com/b2-privado>

Año: 2022

Edita:

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.
amachaq.escuela.juridica@gmail.com
www.editorialamachaq.com

El Boletín N.º 02 (Vol. II) de Derecho Privado con eje temático “Análisis jurídico-práctico de las instituciones del Derecho Privado y su atención en el proceso y litigio privado. Derecho de Familia, proceso de pensión de alimentos y omisión a la asistencia familiar” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

<http://editorialamachaq.com/b2-privado>

Algunos derechos reservados.

ÍNDICE

PRÓLOGO	10
- Buena fe y renegociación del contrato	
<i>Yuri Vega Mere.....</i>	<i>13</i>
- Mejorando la conciliación procesal	
<i>F. Martín Pinedo Aubián</i>	<i>25</i>
- La filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial	
<i>Luis Sarango Seminario</i>	<i>43</i>
- Proceso de alimentos: La actualidad de cara a la virtualidad y oralidad	
<i>Betty Katherine Leyva Ulloa.....</i>	<i>55</i>
- La pensión de alimentos: niños, niñas y adolescentes	
<i>Edith Margot Chávez Costa</i>	<i>65</i>
- Conceptos puntuales sobre bienes de dominio público y privado y su relación con el Código Civil	
<i>Mariano Junior Vásquez Rengifo</i>	<i>77</i>

- **Apuntes introductorios para entender la acción general por enriquecimiento injustificado**
Sergio García Long 83

- **Análisis jurisprudencial en torno al III y VIII Pleno Casatorio Civil**
Erika Zuta Vidal..... 99

- **Sobre el VI Pleno Casatorio Civil y el proceso de ejecución de garantías**
Karina Urquiza Vinata..... 111

- **En torno a las medidas de protección que otorgan los juzgados de familia**
Luis Antonio Almenara Álvarez 121

Apuntes introductorios para entender a la acción general por enriquecimiento injustificado*

Sergio García Long**

Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: 1. Introducción / 2. El potencial del enriquecimiento injustificado / 3. La restitución / 4. La acción general por enriquecimiento injustificado / 5. El disgorgement of profits / 6. Los artículos 1954 y 1955 del Código Civil peruano / 7. Conclusiones / 8. Respuestas a las preguntas del público.

1. Introducción

El enriquecimiento injustificado suele ser una institución relegada a la sombra de la propiedad, el contrato, la responsabilidad civil, entre otros tópicos del Derecho Civil, sin tener en cuenta el potencial solucionador de conflictos que conlleva su correcto tratamiento. En tal sentido, en el presente artículo se realiza un repaso por los modelos en el derecho comparado que abordan el enriquecimiento injustificado, sus alcances y presupuestos. Así, se finaliza realizando una crítica a la comprensión mayoritaria, de carácter restrictivo, de los artículos 1954 y 1955 del Código Civil peruano de 1984, hacia un modelo amplio que es más acorde con la letra del legislador peruano, incluso a pesar del reconocimiento legal de la subsidiariedad como presupuesto.¹

2. El potencial del enriquecimiento injustificado

Algunos comentaristas señalaban que el enriquecimiento injustificado es usualmente visto como la Cenicienta del Derecho Privado, es decir, la

* Conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Civil y Procesal Civil, organizado por AMACHAQ Escuela Jurídica del 28 de febrero al 03 de marzo del 2022.

** Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Sus áreas de práctica se enfocan en Derecho de Contratos, Societario, Fusiones y Adquisiciones, Financiamientos y Arbitrajes. Asociado en Vargas Pareja Abogados.

¹ Algunas ideas preliminares ya fueron desarrolladas en GARCÍA LONG, S. <<"A expensas de otro". Lo que debemos hacer con el enriquecimiento injustificado en el Perú>>, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 103, Lima, enero 2022, pp. 85-116.

hermanastra que estaba subordinada al protagonismo de sus hermanas la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil². Así, el enriquecimiento injustificado fue visto como una doctrina subsidiaria. Sin embargo, en el derecho comparado se han producido avances que demuestran todo el potencial de esta institución, en contraste con la mezquindad de su tratamiento tradicional.

El atractivo del enriquecimiento injustificado es que puede dar solución a problemáticas que ni el contrato ni la responsabilidad civil pueden otorgar de manera natural, salvo que se intente una aplicación forzada de las mismas. Sin embargo, ello dependerá del modelo de enriquecimiento injustificado adoptado por la ley nacional aplicable. Como se explica en este trabajo, en las codificaciones civiles se pueden evidenciar modelos restrictivos (como el francés, italiano y español) pero también amplios de enriquecimiento injustificado (como el alemán o los anglosajones). Son estos modelos amplios los que permiten apreciar todo el potencial que puede tener el enriquecimiento injustificado como acción restitutoria, e incluso nos permite pensar hacia dónde apunta el futuro, el cual se encuentra en el *disgorgement of profits* (para aquellos, me incluyo, que consideran que debe el *disgorgement* va más allá de la restitución).

3. La restitución

Debemos diferenciar la restitución del enriquecimiento injustificado. A la restitución la concebimos como una de las tutelas del derecho privado, entre las cuales también se encuentran la resarcitoria, la punitiva, la inhibitoria, entre otras.

Es necesario precisar a qué nos referimos con restitución en términos legales, a diferencia de su significado coloquial³. La restitución, tal como su nomenclatura lo indica, implica la devolución de algo, lo cual es opuesto a la idea de despojo. Ello presume que quien solicita la restitución de determinado bien es porque anteriormente lo entregó. En este contexto, la restitución cumple una función restauradora de la afectación patrimonial; por ello, funciona como la reversión de una transferencia. El pago indebido es el caso paradigmático. Quien paga 100 por error sin que exista deuda puede pedir la devolución de tal monto dinerario incluso si el recipiente es inocente.

Sin embargo, restitución también se usa para referirse al despojo contra alguien de un beneficio obtenido y que lo "devuelva" a quien lo solicita (el

2 ROGERS, J. S. <<Restitution for wrongs and the Restatement (Third) of the Law of Restitution and Unjust Enrichment>>, en *Wake Forest Law Review*, vol. 42, no. 1, 2007, p. 55.

3 BIRKS, P. *An introduction to the law of restitution* (Oxford: Clarendon Press, 1985), p. 12-13.

demandante), incluso si la fuente del beneficio no proviene directamente del patrimonio del demandante pero se “entiende” que ello es así. Acá se empieza a hablar de restitución de ganancias ilícitas, donde —precisamente— por la ilicitud de la ganancia obtenida, se empieza a prestar mayor atención a la conducta del infractor.

Por ejemplo, si Pedro estaciona su auto en el garaje de su vecino Juan, a sabiendas de que no lo utiliza o lo tiene abandonado porque no tiene auto, Juan tendrá derecho a solicitarle a Pedro el pago de un monto dinerario por el valor del espacio, como si fuera una renta, y ello podrá demandarlo por concepto de restitución para imitar el valor que se hubiera negociado por renta si se hubiera suscrito un arrendamiento. En este caso, se considera que existe una especie de expropiación de valor a expensas de Juan, y por ello, si Pedro paga el valor del espacio a Juan se entiende que está “restituyendo” un beneficio que no le corresponde.

Igualmente ocurre en los casos de infracción a la propiedad intelectual. Quien infringe el derecho ajeno y obtiene de ello un beneficio, debe “devolver” ese beneficio al titular del derecho porque se considera que de una negociación hipotética (*hypothetical bargaining*) el valor expropiado se habría acordado pagar por concepto de regalía (o contraprestación), de manera que se trata de un valor que le corresponde al titular del derecho por ser tal.

Además, cuando se habla de restaurar se puede tener dos acepciones:

- 1) en el sentido de restaurar a una persona o cosa a su estado natural,
o
- 2) en el sentido de restituir algo a alguien.

La primera acepción es similar a la tutela resarcitoria, que consiste en colocar a la víctima en la posición que se encontraría de no haber ocurrido un daño. Esto es más evidente cuando pensamos en el resarcimiento *in natura*. Igualmente, en el caso de Pedro y Juan, siempre que pueda probar los presupuestos de la responsabilidad civil, Juan podría demandar el pago de daños ascendente el valor del espacio usurpado, y dicha cuantificación sería la misma que aquella que se obtendría por concepto de restitución.

Por ello, restitución es mejor entendida en su noción de restituir algo a alguien, en específico, un valor dinerario, sin perjuicio que el significado coloquial de restituir sea devolver lo mismo que se entregó. Además, la restitución se diferencia de manera clara del resarcimiento cuando se enfoca

en el beneficio obtenido a expensas de otro, de manera que la liquidación girará en torno al beneficio, a diferencia de la liquidación del resarcimiento que depende del daño.

4. La acción general por enriquecimiento injustificado

El enriquecimiento injustificado se puede entender desde tres ópticas:

- 1) Principio general: Nadie puede beneficiarse injustificadamente a expensas de otro. Es un principio general del derecho privado, útil para inspirar otras disposiciones legales o contractuales y para solucionar casos concretos.
- 2) Fuente de obligaciones: A la par de otras fuentes como el contrato, la ley e incluso el hecho ilícito (para jurisdicciones que aún la mantienen). De hecho, en diversas codificaciones civiles afrancesadas se contenía —algunas la tienen a la fecha— una disposición normativa que regulaba a las fuentes de las obligaciones, entre ellas, los cuasicontratos, mientras que otra señala que los cuasicontratos eran el pago indebido, la gestión de negocios y el enriquecimiento injustificado.
- 3) Acción general: El enriquecimiento injustificado puede invocarse como acción restitutoria de carácter general. Por un lado, es una acción restitutoria específica que se diferencia de otras acciones restitutorias reguladas por ley, pero por otro lado es de carácter general porque la idea es que se aplique allí donde no sea procedente otra acción (restitutoria, resarcitoria, y de otra naturaleza).

La acción general por enriquecimiento injustificado tiene como objetivo solucionar situaciones no reguladas por otras ramas del derecho privado, no solamente restitutorias. Este es el punto de partida sobre el debate de la subsidiariedad o no de esta acción de restitución. Al respecto, podemos identificar dos modelos de enriquecimiento injustificado: (1) el modelo restrictivo, que reconoce el presupuesto de la subsidiariedad, y (2) el modelo amplio o no subsidiario.

Primero, el modelo restrictivo se caracteriza por reconocer la cláusula general del enriquecimiento injustificado —“quien se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a la restitución”— y el presupuesto de la subsidiariedad de la restitución, esto es, que la acción general por enriquecimiento injustificado solo será procedente “si no existe otra acción”⁴ o “si no existe otra acción que permita obtener la respectiva restitución”⁵

⁴ Véase artículo 1303-3 del Código Civil francés.

⁵ Véase el artículo 2042 del Código Civil italiano y artículo 1955 del Código Civil peruano.

(fíjese que también hay modelos de subsidiariedad pues la misma no es regulada de manera uniforme en las codificaciones civiles).

Haciendo un pequeño recuento histórico, si bien el enriquecimiento injustificado no se encontraba reconocido de forma expresa en el *Code Civil* francés de 1804, mediante un avance jurisprudencial en el caso Boudier de 1892, la Corte de Casación francesa creó la acción general por enriquecimiento injustificado (o *actio de in rem verso*) fundado en la equidad (*équité*) y basándose en el solo hecho que alguien se haya beneficiado a expensas de otro. Posteriormente, entre 1914 y 1915 se crearon requisitos adicionales para evitar el uso arbitrario de esta acción de equidad: que no exista causa legítima (*sans cause légitime*) y que sea subsidiario (*subsidiarité*).⁶

En lo que respecta al Código Civil español, este siguió de cerca al Código Civil Napoleónico y tampoco reconoció legalmente a la acción general por enriquecimiento injustificado. Sin embargo, fue la jurisprudencia la que reconoció el principio contra el enriquecimiento injustificado entre 1925 y 1934, y a partir de 1940 comenzó a desarrollar sus presupuestos para que sea invocado como acción general, entre ellos, se discutía si la acción debía ser o no subsidiaria.⁷

Por otro lado, el Código Civil italiano de 1942 sí reguló expresamente la acción general por enriquecimiento injustificado en sus artículos 2041 y 2042⁸. La novedad del legislador italiano fue su técnica legislativa: le dedicó una disposición normativa a la cláusula general y otra al presupuesto de la subsidiariedad⁹. Ello fue seguida por otras jurisdicciones civilistas en Europa y América como Portugal, Brasil, Argentina, Perú, Paraguay, Bolivia y Panamá (algunas solo con dos disposiciones normativas como las italianas mientras que otras con tres).

Finalmente, con la reforma del *Code Civil* francés del 2016 mediante la *Ordonnance* N.º 2016-131 se incluyeron cinco disposiciones normativas

6 ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H., *Introduction to comparative law*, 2da edición (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 584-590.

7 ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento sin causa*, 3era edición (Granada: Editorial Comares, 1993), pp. 124-129.

8 Título VIII

Del enriquecimiento sin causa

Art. 2041 Acción general de enriquecimiento.

Quien, sin justa causa, se haya enriquecido en detrimento de otra persona, está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a este último por la correlativa disminución patrimonial.

Si el enriquecimiento tiene como objeto una cosa determinada, quién lo recibió está obligado a restituirlo en especie, si existe en el momento de la solicitud.

Art. 2042 Carácter subsidiario de la acción.

No se puede proponer la acción de enriquecimiento cuando la parte perjudicada puede ejercer otra acción para ser indemnizada por el daño sufrido.

9 TRIMARCHI, P., *L'arricchimento senza causa* (Milán: Giuffrè, 1962).

destinadas a regular a la acción general por enriquecimiento injustificado, entre las cuales, se encuentra la cláusula general en el artículo 1303 y la subsidiariedad en el 1303-3¹⁰. Un dato importante a tener presente es que con la reforma del 2016 se reemplazó la denominación “*enrichissement sans cause*” por “*enrichissement injustifié*” para ser coherente con la eliminación de la cause licite como elemento de validez del contrato como se enunció en el original artículo 1108 del Código Napoleónico, el cual ahora fue reemplazado por el actual artículo 1128 que ya no contiene tal mención.¹¹

Lo más importante a destacar del modelo restrictivo es cuáles son los presupuestos que deben presentarse para invocar exitosamente a la acción general por enriquecimiento injustificado, además de la subsidiariedad, claramente. Tradicionalmente son cinco los presupuestos: (1) el enriquecimiento, (2) el empobrecimiento, (3) la conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento, (4) la ausencia de causa o justificación —este último término debe ser preferido debido a las confusiones que genera la mención a la “causa”—, y (5) la subsidiariedad.

Segundo, el modelo no subsidiario o amplio cuenta con una regulación más detallada en relación a los presupuestos, obstáculos y defensas que podrán invocarse. No necesita de una subsidiariedad debido a su especificidad regulatoria. Este modelo lo podemos encontrar en el BGB alemán conforme al primer párrafo de su artículo § 812¹² que contiene la cláusula general, y cuyas disposiciones siguientes no reconocen a la subsidiariedad y se refieren expresamente a la restitución (y no “indemnización”), y en ordenamientos jurídicos de influencia alemana como el austriaco y el suizo.

Un dato esencial respecto al derecho alemán es la tipología de Wilburg y Von Caemmerer, quienes criticaban que la acción restitutoria por enrique-

10 Capítulo III

El enriquecimiento injustificado

Art. 1303. Fuera de los casos de la gestión de negocios y del pago de lo no debido, quien se beneficie de un enriquecimiento injustificado en detrimento de otro debe, a quien se empobreció por ello, una indemnización igual al menor de los dos valores entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

Art. 1303-3. El empobrecido no tiene acción sobre este fundamento cuando dispone de otra acción o se enfrenta a un obstáculo de derecho, tal como la prescripción.

La traducción se encuentra en CORTÉS MONCAYO, E.; HERRERA MORENO, J.; RIAÑO SAAD, A., <<Traducción de la Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016>>, en Riaño Saad, Anabel y Fortich, Silvana (eds), *La reforma francesa del derecho de los contratos y de las obligaciones. ¿Fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020), pp. 671-764.

11 Véase COMBOT, M., <<Unjustified enrichment and civil liability>>. en Borghetti, Jean-Sébastien y Whittaker, Simon (eds), *French civil liability in comparative perspective* (Oxford: Hart Publishing, 2019)

12 § 812 Pretensión de restitución

(1) Quien mediante la prestación de otro o de cualquier otro modo a su costa adquiere algo sin causa jurídica está obligado frente a éste a su restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece posteriormente o si el resultado perseguido con una prestación, según el contenido del negocio jurídico, no se produce.

cimiento injustificado fuese formulada de manera general en lugar que se definan supuestos específicos, para dotar de mayor contenido a la acción y así lograr seguridad jurídica.

Se diferencian dos categorías de casos de enriquecimiento injustificado: (1) los enriquecimientos “mediante prestación” (*Leistung*), donde el demandante realiza la transferencia de manera directa, como el pago indebido, y (2) los enriquecimientos “de cualquier otro modo”, como la intromisión en el derecho ajeno (*Eingriff*), la mejora en propiedad de otro (*Verwendung*), y el pago de deuda ajena (*Rückgriff*).¹³

En el Common Law también se formula una distinción similar, entre casos de *unjust enrichment by subtraction* (o *autonomous unjust enrichment*) y *unjust enrichment by wrongdoing* (o *dependent unjust enrichment*)¹⁴. El primer caso se trata de un enriquecimiento que se da por sustracción, en el sentido que el empobrecimiento del demandante corresponde al respectivo enriquecimiento del demandado, mientras que el segundo caso el enriquecimiento no es autónomo sino dependiente de un acto ilícito (*wrong*), y como tal, no existe una exacta correspondencia entre el beneficio obtenido y el daño causado.

A pesar de esta distinción anglosajona, y de que el segundo supuesto se acerca más al campo de la responsabilidad civil, se considera que ambos casos son de enriquecimiento injustificado. Igualmente, en el derecho alemán los supuestos de *Eingriff* se diferencian claramente de los de *Leistung*, y a pesar de ellos, ambos son considerados como supuestos de enriquecimiento injustificado bajo la cláusula general del § 812 BGB. En todo caso, la distinción es útil para evidenciar que los supuestos de enriquecimiento injustificado son muy distintos entre sí, y como tal, que es mejor desarrollar los casos específicos de enriquecimiento injustificado en lugar de reposar y depender solo de la cláusula general.

Así, en el modelo amplio se puede prescindir de algunos presupuestos tradicionales del modelo subsidiario, como el empobrecimiento, la conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento, y la subsidiariedad; ya que la variedad de casos demuestra que el núcleo está en la obtención de un beneficio “a expensas de otro”, y como tal, la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado se enfoca en el beneficio obtenido más que en el empobrecimiento, el cual a veces no se presente de manera material.

¹³ DANNEMANN, G., *The German law of unjustified enrichment and restitution* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

¹⁴ BURROWS, A., *The law of restitution*, 3rd edition (Oxford: Oxford University Press, 2011), pp. 9-14.

Para lo anterior, debe entenderse de manera amplia “a expensas de otro” ya que su significado natural es “a costa de otro”, lo cual asume la existencia de un efectivo empobrecimiento (que tiene relación con el respectivo enriquecimiento). Entonces, “a expensas de otro” debe entenderse como “aprovechándose de otro”, y así, se prescinde del empobrecimiento. Esto es posible por los avances en el derecho comparado, los cuales apuntan hacia un entendimiento más amplio del enriquecimiento injustificado, que esté enfocado en el beneficio y no en el empobrecimiento, y así se pueda distinguirse claramente de la responsabilidad civil que gira en torno al daño.

Bajo la formulación del modelo amplio, los presupuestos para invocar a la acción por enriquecimiento injustificado son tres: (1) enriquecimiento, (2) obtenido a expensas de otro, y (3) falta de justificación.

5. El disgorgement of profits

El enriquecimiento injustificado es —a veces— aplicado de manera tan amplia que intenta explicar situaciones que realmente no puede explicar, o que no le corresponde hacerlo. El modelo anglosajón es relevante al respecto, en específico, el americano. El *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* (2011)¹⁵ reconoce en su sección § 1 al principio general “*A person who is unjustly enriched at the expense of another is subject to liability in restitution*”, y a continuación contiene una regulación detallada de diversas acciones restitutorias específicas, distintas entre ellas, de manera que no se limita a la sola formulación del principio general.

Pero lo que corresponde destacar es el sub-principio contenido en la sección § 3 “*A person is not permitted to profit by his own wrong*”. Es conocida en el *Common Law* la frase “*a tort must not pay*”, por el cual se presta atención a los casos de daños rentables o ilícitos civiles lucrativos; esto es, supuestos donde alguien comete una infracción de manera consciente con el objetivo de obtener un beneficio derivado de su mala conducta. Estos casos representan una zona gris entre la responsabilidad civil y la restitución, porque se trata de la comisión de un ilícito civil que provoca un daño, pero ante ello se prefiere por una respuesta legal que no gire en torno al daño sino sobre el beneficio obtenido de manera ilícita (*ill-gotten gain*).

Sin embargo, la restitución y el enriquecimiento injustificado no pueden explicar estos ilícitos lucrativos en su integridad. Para empezar, tiene sentido que se acuda a la tutela resarcitoria porque el objetivo es extirpar el beneficio mal habido. Pero el problema se presenta cuando se pretende pa-

15 Véase SEAVY, W.; SCOTT, A., <<Restitution>>, en *Law Quarterly Review*, vol. 54, no. 1, 1938, p. 29-45; KULL, A., <<Three Restatements of Restitution>>, en *Washington and Lee Law Review*, vol. 68, no. 3, 2011, p. 867-880.

gar dicho beneficio en favor del demandante, aunque el beneficio obtenido no tenga origen en su patrimonio ni puede considerarse que proviene del mismo. Y esto es de esperarse ante beneficios que derivan de la comisión de ilícitos (*wrongs*) y no de simples empobrecimientos (como en el pago indebido).

El caso emblemático es la comercialización de los derechos de la personalidad como la intimidad y la imagen. Si alguien sin autorización toma fotos de un famoso para luego publicarlas en una revista y obtener las ganancias por ventas, no hay duda que la víctima podrá accionar legalmente, pero la cuestión está en definir cuánto podrá recuperar. Si acciona por responsabilidad civil deberá probar la existencia y cuantía del daño y solo podrá cobrar el monto del daño; por el contrario, si acciona por enriquecimiento injustificado deberá probar la existencia de un empobrecimiento (o no, según la ley aplicable), y en todo caso, deberá probar la cuantía del enriquecimiento.

La duda surge sobre qué tipos de beneficios pueden ser tomados en cuenta. Si nos referimos a las ventas, no existe relación entre tal ingreso y la respectiva afectación no patrimonial a los derechos de la personalidad. Si el infractor obtiene 100 en ventas ello no significa que la víctima se empobrecerá a su vez en 100. Incluso, es usual que la mayor ganancia por ventas dependa del trabajo mismo del infractor.

Si esto es así, con la “restitución” del beneficio en favor del demandante se terminaría colocando al mismo en una mejor posición de la que se encontraba antes de la infracción, lo cual es ajeno a la función de restauración de la restitución y el enriquecimiento injustificado. Si la víctima terminará mejor que antes, ello significa que el monto dinerario cumplirá funciones similares a los *punitive damages*, esto es, disuasión y punición. Como tal, el enriquecimiento injustificado no podría explicar y justificar una situación donde el demandante termina —paradójicamente— indebidamente enriquecido. De hecho, en la práctica americana es común que los *punitive damages* se liquiden en base a los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor del daño porque el objetivo no solo es disuadir y castigar sino también extirpar (*disgorge*) el beneficio ilícito y así cumplir con el objetivo de que *a tort must not pay*.

A pesar de lo anterior, en el *Common Law* aún existe el debate de cómo entender a esta acción “restitutoria”¹⁶. Algunos prefieren por diferenciarla y denominarla como *disgorgement of profits*, como algo distinto de la res-

16 Véase GIGLIO, F., <<Pseudo-restitutionary damages: some thoughts on the dual theory of restitution for wrongs>>, en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 22, no. 1, 2009, pp. 49-78.

titución y el enriquecimiento injustificado¹⁷. Aquí consideramos que debe ser así.

Una cuestión que queda pendiente como tema de agenda en relación al enriquecimiento injustificado es si conforme a un modelo amplio sería posible liquidar montos dinerarios altos que funcionen como el *disgorgement of profits*, o si por el contrario es preferible dejar al enriquecimiento injustificado libre de las funciones disuasiva y punitiva y reconocer mediante norma expresa al *disgorgement of profits* como una acción distinta. De hecho, algo que no puede omitirse es que toda sanción privada debe cumplir con los principios aplicables a todas las penas, entre ellas, la tipicidad legal tanto en la conducta pasible de sanción como en la sanción respectiva.¹⁸

6. Los artículos 1954 y 1955 del Código Civil peruano

Si tenemos presente el breve repaso por el derecho comparado, podemos observar que la cláusula general peruana conforme al artículo 1954 es más amplia que la cláusula general francesa del artículo 1303 o de la italiana del artículo 2041.

El artículo 1954 peruano es amplio porque se limita a formular el principio general contra el enriquecimiento injustificado al señalar que “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”; nada más, asemejándose así al modelo alemán o anglosajón debido a su amplitud y la mención de la fórmula “a expensas de otro” que no se limita ni requiere un efectivo empobrecimiento, y como tal, tampoco una conexión con el enriquecimiento, como sí ocurre con el artículo 1303 francés que regula el doble límite a la cuantía de la restitución (el menor valor entre el enriquecimiento o el empobrecimiento) o el artículo 2041 italiano que hace mención al correspondiente empobrecimiento.

De hecho, en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019), liderado por el Prof. Gastón Fernández Cruz, se propuso modificar el artículo 1954 del Código Civil peruano para que tuviera una redacción similar a su equivalente italiano¹⁹. Sin embargo, mientras esta propuesta no se vuelva ley, no puede leerse el artículo 1954 peruano como su equivalente italiano; esto es, de manera restrictiva.

17 Véase EDELEMAN, J. *Gain-based remedies. Contract, tort, equity and intellectual property* (Oregon: Hart Publishing, 2002).

18 Véase GARCÍA LONG, S. *La función punitiva en el derecho privado* (Lima: Instituto Pacífico y PUCP, 2019), pp. 377-381.

19 Artículo 1954.- *Noción*

Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado, en los límites del enriquecimiento, a restituir a esta última la correlativa disminución patrimonial.

Bajo esta premisa, el artículo 1954 peruano no requiere la presencia de los cinco tradicionales presupuestos del modelo restrictivo —como usualmente se considera²⁰— sino de tres presupuestos al estilo del modelo amplio: (1) enriquecimiento a expensas de otro, (2) falta de justificación, y (3) la subsidiariedad legal del artículo 1955 peruano.²¹

Así, el modelo peruano podría considerarse como un híbrido según la letra del legislador en comparación a los modelos amplios sin subsidiariedad porque, por un lado, se limita a formular el principio general y así tiene un amplio ámbito de aplicación a diferencia del modelo restrictivo, pero, por otro lado, aún contiene la subsidiariedad por ley.

La otra norma peruana que regula al enriquecimiento injustificado es aquella que reconoce a la subsidiariedad y que señala que la acción a que se refiere el artículo 1954 “no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización”.

La subsidiariedad no es regulada de la misma manera en el derecho comparado²². Podemos identificar una subsidiariedad fuerte (o restrictiva) y una subsidiariedad débil (o adecuada). La subsidiariedad fuerte es la que inicialmente fue propuesta por la jurisprudencia francesa y que finalmente fue regulada por el legislador francés en el 1303-3, el cual tiene un texto muy preciso que señala que no procede la acción cuándo se dispone de otra acción o se enfrenta a un obstáculo de derecho como la prescripción. Al respecto, es importante tener presente el dato histórico.

Como la acción general por enriquecimiento injustificado fue creada por las cortes francesas en base a la equidad y bajo el solo requisito de que

20 Véase ESPINOZA, J. <<Fuente de las obligaciones. Tratamiento doctrinario y jurisprudencial>>, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 142, 2012, p. 115-129; FERNÁNDEZ CRUZ, G. <<Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa>>, en *Reflexiones en torno al Derecho Civil*, (Lima: Ius et Veritas, 2015), p. 385-404.

Otros comentaristas peruanos reconocen la presencia de los cinco presupuestos para el derecho peruano, aunque discuten sobre la posibilidad de prescindir de algunos de ellos. Véase PALACIOS, E., <<Artículo 1954>>, en *Código Civil Comentado*, tomo IX, 4ta edición (Lima: Gaceta Jurídica, 2020), p. 965-701; LEÓN, L., <<La acción reparatoria por enriquecimiento injustificado en el Perú. Notas históricas, comparativas y prácticas>>, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, no. 100, octubre 2021, pp. 27-75.

21 GARCÍA LONG, S., <<“A expensas de otro”. Lo que debemos hacer con el enriquecimiento injustificado en el Perú>>, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, no. 103, enero 2022, p. 109-112.

22 Véase MACQUEEN, H. L., <<Unjustified enrichment, subsidiarity and contract>>, en Palmer, Vernon y Reid, Elspeth (eds), *Mixed jurisdictions compared: private law in Louisiana and Scotland* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009), pp. 322-354; JOOSTE, C.; SCHRAGE, E., <<Subsidiarity of the General Action for Unjust Enrichment (Part 1)>>, en *Journal of South African Law*, vol. 2016, no. 1, 2016, pp. 1-19; JOOSTE, C.; SCHRAGE, E., <<Subsidiarity of the General Action for Unjust Enrichment (Part 2)>>, en *Journal of South African Law*, vol. 2016, no. 1, 2016, pp. 220-235; BASOZABAL, A. X., <<La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero>>, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, no. 2, abril-junio, 2019, pp. 99-167.

alguien se haya enriquecido a expensas de otro, fue necesario crear otros requisitos como la ausencia de causa y la subsidiariedad, para evitar que una acción de equidad pudiera derogar otras disposiciones específicas del derecho vigente. Entonces, el enriquecimiento injustificado no es procedente cuando ya el derecho regule otra acción, sea la que fuese.

Posteriormente, la doctrina francesa empezó a diferenciar entre obstáculos de hecho (como la insolvencia) y obstáculos de derecho (como la prescripción), para discutir cuáles de ellos serían oponibles a la acción general por enriquecimiento injustificado. Aunque se consideraba que el enriquecimiento injustificado debía ser procedente ante un obstáculo de hecho para que el demandante pudiera obtener tutela, el actual artículo 1303-3 parece cerrar esta puerta al señalar que no es procedente la restitución cuando se dispone de otra acción o se enfrenta a un obstáculo de derecho como la prescripción, de manera que si por un obstáculo de hecho la otra acción no sirve, ello sería irrelevante. El legislador italiano tiene otra redacción en su norma que regula a la subsidiariedad (art. 2042). Ella señala que no hay acción por enriquecimiento injustificado cuando la parte perjudicada puede ejercer otra acción para ser indemnizada por el daño sufrido. De manera similar, la equivalente norma peruana (art. 1955) señala que no hay acción cuando el perjudicado puede ejercer otra acción para obtener la respectiva indemnización.

La diferencia entre ambos modelos reside en que, no hay acción por enriquecimiento injustificado cuando se dispone de otra acción (al estilo francés); no interesa cuál sea esa acción, basta que exista otra acción sin importar que sea menos beneficiosa. Por el contrario, cuando se dice que no hay acción por enriquecimiento injustificado cuando hay otra acción para obtener la respectiva "indemnización" (entiéndase, restitución), se está expresando en términos más funcionales, lo cual implica que no se pueda accionar por enriquecimiento injustificado si se tiene otra acción para obtener el mismo resultado, esto es, la restauración patrimonial que se lograría con la restitución (aunque diga "indemnización"). Este es el correcto entendimiento del artículo 1955 del Código Civil peruano.

Ante ello, es mejor hablar de restitución y no de indemnización, porque si nos referimos a la indemnización en términos amplios se confunde con la restitución, de manera que se pensaría al enriquecimiento injustificado como otra fuente del resarcimiento. Ello generará la improcedencia de la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado ante la sola procedencia de una acción resarcitoria. En esta línea, se genera un problema, ya que la indemnización gira en torno al daño y la restitución en torno al beneficio, por lo tanto, las liquidaciones pecuniarias serán distintas, presu-

miéndose que la restitución dará lugar a una liquidación más alta porque usualmente con la comisión de daños se obtienen beneficios más altos que el daño sufrido en su valor. Entonces, el pago de una restitución será más beneficiosa que el pago de un resarcimiento.

Entonces, si en la subsidiariedad se hace referencia a una “indemnización” se corre el peligro de que las cortes peruanas declaren improcedentes las acciones reparatorias por enriquecimiento injustificado ante la sola procedencia de una acción resarcitoria, aunque esta sea menos beneficiosa, con lo cual no se cumpliría la lógica funcional del artículo 1955. Por ello, el texto del artículo 1955 debe hacer referencia a una restitución más no a una indemnización, como lo dice el Código Civil alemán en su cláusula general del artículo § 812(1) y otras jurisdicciones como Suiza, Japón y Cuba.

Pero en nuestro ordenamiento se copió la terminología francesa e italiana que hace referencia a una “indemnización”, que es utilizada de manera amplia. Sin embargo, como vemos, este uso no es inofensivo sino altamente perjudicial. Si se usa correctamente restitución en el presupuesto de la subsidiariedad, será procedente el enriquecimiento injustificado así sea procedente también una acción resarcitoria, siempre que el resarcimiento no permita obtener la restauración patrimonial como lo haría la restitución. El problema no se soluciona si los profesores de derecho conocen las diferencias entre reparación, indemnización, resarcimiento, restitución, entre otros; sino en cómo tales términos serán aplicados en la práctica por las cortes, las cuales ya asumen que el enriquecimiento injustificado sirve para resarcir.²³

La subsidiariedad no es el inconveniente central sino la forma cómo se aplica. Si es usada para descartar acciones reparatorias ante la simple procedencia de una acción de responsabilidad civil, la restitución por enriquecimiento injustificado no servirá en la práctica. Al respecto, es curioso que el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019) haya propuesto corregir el término “indemnización” del artículo 1954 para que diga “restitución”, pero que lo mismo no se haya propuesto respecto al artículo 1955, cuando la misma justificación que describe en su exposición de motivos para el artículo 1954²⁴ también aplica para corregir al artículo 1955.

²³ Véase la Casación N° 4689-2017-LIMA.

²⁴ Exposición de motivos.- El Grupo de Trabajo propone sustituir el término “indemnización” por el de “restitución” por ser acorde a su naturaleza jurídica.

De este modo, se deja claramente establecido que el mecanismo de tutela derivado de un enriquecimiento sin causa no es la tutela resarcitoria, sino la tutela reparatoria, siendo que no son exigibles para la procedencia de esta última la acreditación del daño, la relación de causalidad o el criterio de imputación.

7. Conclusiones

En el Perú, a diferencia de lo que considera la posición mayoritaria, el enriquecimiento injustificado se rige por un modelo amplio que es más cercano al modelo alemán o modelos anglosajones que se enfocan en el presupuesto de “a expensas de otro”, de manera que no se requiere la presencia de un empobrecimiento y la respectiva conexión con el enriquecimiento.

De igual forma, es necesario corregir el término “indemnización” ya que no es inofensivo en su aplicación práctica. Si se equipara la restitución por enriquecimiento injustificado como un supuesto de resarcimiento, siempre que proceda una acción por responsabilidad civil la restitución quedará excluida, y así, seguirá siendo la Cenicienta subordinada al contrato y la responsabilidad civil.

Estas son las dos grandes lecciones para el derecho peruano: (1) los presupuestos para invocar al artículo 1954 del Código Civil peruano son tres y no cinco, y (2) es necesario modificar los artículos 1954 y 1955 para que diga “restitución” y no “indemnización”; en todo caso, mientras esta reforma no se produzca, tales normas deben ser leídas en términos de restitución y no de indemnización.

Solo si se toma en cuenta estas dos recomendaciones, el enriquecimiento injustificado renacerá y mostrará todo su potencial como ya ha ocurrido en el derecho comparado.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. En el entendido que la acción de enriquecimiento injustificado no tendría la naturaleza jurídica de responsabilidad civil ¿El plazo de prescripción sería el de 10 años por acción personal?

Así es. De hecho, una de las principales razones prácticas por el cual uno prefiere ir por la acción por enriquecimiento injustificado es por el mayor plazo de prescripción de 10 años por acción personal, a diferencia del plazo de dos años de la acción por responsabilidad extracontractual, todo de conformidad con el artículo 2001 del Código Civil peruano. Claramente la contraparte tendrá un especial interés en oponerse a la acción por enriquecimiento injustificado al señalar que no es subsidiaria porque existió otra acción procedente que es la que debió haber sido invocada, pero que ya habría prescrito, y que es por esta razón que se busca accionar por enriquecimiento injustificado.

Por ello, el Código Civil francés señala de manera expresa en su artículo 1303-3 que no procede la acción restitutoria cuándo procede otra acción o se tiene un obstáculo legal como la prescripción. Finalmente, el uso del término “indemnización” en los artículos 1954 y 1955 del Código Civil peruano no puede ser usado como excusa para justificar la aplicación del plazo de prescripción de dos años por responsabilidad extracontractual a la acción general por enriquecimiento injustificado.

8.2. En el Código Civil peruano, en el libro de familia, expresamente hay una norma que se remite a la acción por enriquecimiento injustificado, en el caso del reclamo entre dos personas que han convivido, pero no han configurado la unión de hecho propia sino la impropia.

En este caso se trata de una remisión a la acción general. Usualmente las codificaciones civiles emplean diferentes técnicas legislativas cuando se trata del reconocimiento del enriquecimiento injustificado en sus diferentes manifestaciones. Se puede hacer referencia al enriquecimiento injustificado en disposiciones específicas como muestra de la existencia del principio general que inspira al derecho privado. También se puede hacer remisión a la procedencia de la acción general por enriquecimiento injustificado como muestra de la identificación, por parte del legislador, de un supuesto que no tiene una regulación específica, y que como tal, se considera que su solución se encuentra en la acción general por enriquecimiento injustificado, al ser esta residual. Así ocurre en el Perú con el artículo 326 del Código Civil. Debe advertirse que, aunque no existiera esta norma, podría invocarse a la acción general por enriquecimiento injustificado pues la misma remisión no existe en otras jurisdicciones civiles y su ausencia no es obstáculo para invocar al enriquecimiento injustificado.