



“A expensas de otro”

Lo que debemos hacer con el enriquecimiento injustificado en el Perú

“At the expense of another”

What we should do about unjustified enrichment in Peru

Sergio García Long*

Resumen: En este trabajo se hace un breve repaso de los modelos de enriquecimiento injustificado en jurisdicciones del *Civil Law* y *Common Law*, con el objetivo de identificar cuál fue el modelo adoptado por el legislador peruano de 1984. Con ocasión de ello, también se presentan varias críticas y se proponen mejoras para entender al derecho de la restitución y el enriquecimiento injustificado y así desatar su potencial como un área del Derecho Privado igual o incluso más importante que la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil.

Abstract: This paper briefly reviews the models of unjustified enrichment in Civil Law and Common Law jurisdictions, for the purpose of identifying which was the model adopted by the Peruvian legislator of 1984. On this occasion, several criticisms are also presented and improvements are proposed in order to understand the law of restitution and unjustified enrichment and thus unleash its potential as an area of private law equal to or even more important than property, contract and tort law.

Palabras clave: Restitución / Restauración / Enriquecimiento injustificado / Resarcimiento / Responsabilidad civil / Punción

Keywords: Restitution / Restoration / Unjustified enrichment / Compensation / Tort law / Punishment

Marco normativo:

- Código Civil: arts. 1954 y 1955.

Recibido: 21/01/2022 // Aprobado: 24/01/2022

* Abogado *summa cum laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado en Vargas Pareja Abogados. Su actividad profesional y académica se enfoca en Derecho de Contratos, Societario, Fusiones & Adquisiciones, Financiamientos y Arbitraje. Ha sido adjunto de docencia en los cursos de Derecho de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la PUCP.

I. DE REGRESO A LA FAMA

El derecho de la restitución y del enriquecimiento injustificado es una de las materias más complejas que se estudia en el Derecho Privado comparado. Si bien el Código Napoleónico de 1804 no reconoció una acción de restitución por enriquecimiento injustificado¹, otras jurisdicciones sí lo hicieron con posterioridad como el Código Civil de Italia², o no lo hicieron por ley sino vía jurisprudencia como el Tribunal Supremo de España³. Incluso en otras jurisdicciones como la chilena, a pesar de la ausencia de una base legal, la Corte Suprema reconoció la existencia de un principio contra el enriquecimiento injustificado, para que pueda ser invocado por las cortes a efectos de solucionar el caso concreto incluso si ello pudiera contradecir una normativa específica⁴.

Por otro lado, si uno presta atención al Derecho americano, podrá observar un desarrollo más complejo del *law of restitution* con la publicación en 1937 del Restatement of Restitution y en el 2011 del Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment⁵. El Restatement americano reconoce en su sección § 1 al principio general contra el enriquecimiento injustificado, pero a continuación presenta una regulación compleja de diversas acciones restitutorias específicas, cada una con su propia lógica y que interactúan con otras áreas del Derecho Privado (propiedad, contratos y responsabilidad civil). Por el Derecho

inglés, puede pensarse en el Report del Law Commission sobre “Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages” de 1997, el cual explica cómo la compensación, restitución y sanción pueden interactuar entre ellas a través de los *aggravated damages* (o *damages for mental distress* según el Report), *restitutionary damages* y *exemplary damages* (o *punitive damages* en terminología americana). Este tipo de estudios ya no es una novedad para el *Civil Law* si tenemos en cuenta la creciente aceptación de los *punitive damages* por parte de los civilistas.

A pesar de tal desarrollo legal y jurisprudencial que se puede observar en el Derecho comparado, en el Perú el estudio sobre la restitución y el enriquecimiento injustificado aún no ha aprovechado este tipo de análisis. Se han publicado varios trabajos al respecto, pero la mayoría no profundizan en referencias sobre el Derecho comparado, en específico, no presentan un recorrido por diversas jurisdicciones del *Civil Law* y *Common Law*, jurisdicciones mixtas y los instrumentos internacionales de derecho uniforme⁶.

Lo anterior es importante porque se debe partir de la premisa que existen diversos modelos de enriquecimiento injustificado, y que solo una vez que conozcamos tal diversidad podremos concluir cuál es el modelo importado por el legislador peruano. Además, también se deberá observar a detalle cómo quedaron redactadas las normas peruanas que regulan

1 Véase Gutteridge y David (1934, pp. 205-206).

2 Véase Trimarchi (1962).

3 Véase Álvarez-Caperochipi (1993).

4 Véase Letelier (2018).

5 Véase Seavy y Scott (1938); McCamus (2009); Kull (2011).

6 De manera general, véase en el Perú a De los Ríos (2008); Castillo Freyre y Molina (2009); Ramos Núñez (2011, p. 321-327); Espinoza (2012); Fernández Cruz (2015); Geldres (2017); Palacios (2020); Barchi (2020); León (2021).

La doctrina peruana también se ha pronunciado sobre el enriquecimiento injustificado en la contratación pública y el arbitraje. Véase, de manera general, a Campos (2006); Arrarte y Paniagua (2007); Wong (2008); Linares (2009); Jiménez Vargas-Machuca (2013); Morón Urbina (2013); Castillo Freyre y Sabroso Minaya (2016); García Valdez (2017); Montero (2019); Rivera, Clavijo, Capuñay, Lavallo Herrera (2020).

a la acción de restitución por enriquecimiento injustificado (los artículos 1954 y 1955 del Código Civil), para concluir si se importó algún modelo específico y si la importación fue una simple copia o se hicieron cambios al modelo en el camino.

Uno no puede saber qué es su derecho nacional hasta que no sabe lo que no es, y para ello, el Derecho comparado es esencial. Pero a efectos del enriquecimiento injustificado no basta solo con mirar a Francia, España e Italia porque todas ellas reconocen un modelo similar, de manera que las tres jurisdicciones equivalen a una. Si adicionalmente se observa a Alemania, empezamos a tener en cuenta un modelo distinto, el cual es más familiar a modelos del *Common Law* que del *Civil Law*. Entonces, mirar a Alemania representa cruzar por un puente hacia el *Common Law* y observar cómo se ha desarrollado el *law of restitution* en Inglaterra y USA. Con ocasión de este puente, también es relevante observar a las jurisdicciones mixtas como Escocia, Quebec, Louisiana, Sudáfrica, India e Israel⁷. Este *roadmap* (hoja de ruta) se ha vuelto indispensable entre los comparatistas al momento de estudiar al enriquecimiento injustificado⁸, por haberse observado la presencia de diferentes modelos que se distinguen entre ellas según la letra de la ley nacional, las opiniones de los comentaristas y el pronunciamiento de las cortes.

Tampoco se puede omitir a los instrumentos internacionales de derecho uniforme como el Draft Common Frame of Reference - DCFR

(Libro VII, artículos VII. - 1:101-7:101)⁹, el Common European Sales Law - CESL (Parte VII, artículos 172-177)¹⁰ y los TransLex Principles (artículos N° IX.1 - IX.7)¹¹, los cuales proponen una regulación supranacional sobre la restitución o el enriquecimiento injustificado, que parte del Derecho comparado para dirigirse hacia un modelo que pueda ser imitado por las jurisdicciones nacionales.

Incluso, otros comentaristas no se limitan a los casos de restitución sino que debaten en torno al cobro de montos dinerarios que no son restitutorios ni podrían encontrar su justificación en el enriquecimiento injustificado, como son los casos de *disgorgement of profits*, donde el demandante no es colocado en la posición que se encontraría después de efectuada la restauración patrimonial, sino incluso mejor al recibir un pago superior al monto que correspondería para sanar su empobrecimiento (si hubiera alguno)¹².

La falta de desarrollo –en general– del Derecho comparado en el Perú ha provocado que su aplicación sea mínima frente al enriquecimiento injustificado. La doctrina peruana está acostumbrada a mirar mucho a Italia, pero el problema no está en ello, sino en solo mirar a Italia. Eventualmente, otros comentaristas tienen presente a Francia, España y Alemania, pero no hacen referencia a otras jurisdicciones que los comparatistas nunca olvidan como Holanda, Austria, Suiza, Portugal, Grecia, entre otros. Pero lo anterior aún no es suficiente para observar la foto completa, sobre todo frente a aquellas jurisdicciones

7 Sobre el enriquecimiento injustificado en jurisdicciones mixtas, véase Nicholas (1961-1962); Nicholas (1962-1963); MacQueen (2005).

8 Véase Gutteridge y David (1934); Dawson (1951); Zweigert y Kötz (1992, pp. 575-604); Gallo (1992); Dickson (1995); Zimmermann (1995); Schrage y Nicholas (1999); Schlechtriem, Coen y Hornung (2001); Johnston y Zimmermann (2002); Clive (2004); Gordley (2006, pp. 415-432); Basozabal (2008); Visser (2009); Ricart-Martí (2014).

9 Véase Smits (2008); Von Bar y Swann (2010).

10 Véase Sirena (2012).

11 Véase Berger (2010).

12 Véase Friedman (1980); Edelman (2002).

civilistas que, en relación con cierta institución jurídica, puedan haber adoptado un modelo más anglosajón que civilista. USA e Inglaterra no pueden faltar en la ecuación, y mejor aún si también se hace referencia a otras jurisdicciones de influencia anglosajona que siguen al derecho inglés como Canadá, Australia, Singapur, Hong Kong, entre otras. Finalmente, uno no puede omitir a las jurisdicciones mixtas¹³.

El presente trabajo tiene la intención de demostrar que el poco desarrollo del enriquecimiento injustificado en el Perú se debe a la falta de su estudio desde una perspectiva comparada, y que es esta deficiencia lo que a veces provoca que se formulen conclusiones apresuradas, las cuales podrían superarse fácilmente si se observa cómo otras jurisdicciones del *Civil Law* regulan al enriquecimiento injustificado, y de cómo y hasta dónde ha evolucionado el *law of restitution* en el *Common Law*, lo cual es un importante punto de referencia para decidir si la restitución y el enriquecimiento injustificado según un derecho nacional debe quedar tal y como está o si ya llegó el momento de una ansiada reforma legislativa, para –de una vez– reconocerle a la restitución y el enriquecimiento injustificado el lugar que se merecen: no es la cenicienta del Derecho Privado sino la reina del baile, que puede brillar más que sus hermanos mayores la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil.

II. LA RESTITUCIÓN

En el Derecho comparado se usan diferentes términos porque no se tiene el mismo sentimiento en torno a la restitución y el enriquecimiento injustificado. Y aunque se pudiera

partir de una posición determinada, aún se podría discutir en torno a los montos dinerarios que se podrían cobrar por concepto de restitución y enriquecimiento injustificado.

Para empezar, “restitución” significa “restauración”. Cuando uno restituye, presume que pide la devolución de algo que él mismo había entregado previamente (*give back*). A estos casos se conoce como transferencia directa, porque provienen del mismo demandante (empobrecido) hacia el demandado (enriquecido), a través de un acto voluntario de transferencia patrimonial. Como tal, el enriquecido podría ser inocente en la recepción del beneficio. El pago por error es un caso claro. También los enriquecimientos forzados o ejecución de servicios no solicitados.

Sin embargo, se considera que la restitución no debe limitarse a la devolución (*give back*) sino que también debe entenderse como “despojo” (*give up*) de ganancias¹⁴. Así empiezan a extenderse los casos de restitución, para incluir a situaciones que, si bien no son de restitución en sentido estricto, podrían entenderse como tal. Por ejemplo, cuando alguien toma posesión de la propiedad ajena y percibe los frutos del bien, debe “restituir” los frutos al propietario, aunque sea inocente. Igualmente, si alguien sin culpa usa la propiedad ajena como espacio, deberá “restituir” al propietario el valor de la renta que hubiera negociado.

Sin perjuicio de lo anterior, fíjese que la restitución en los casos anteriores no es una restitución en realidad. Quien sin ser propietario percibe los frutos de un bien, deberá entregarlos al propietario por la simple razón que por una regla de propiedad los frutos le

13 En una ocasión previa hemos explicado la influencia del *Civil Law* sobre el *Common Law* y del *Common Law* sobre el *Civil Law*, y de cómo el Derecho Privado en la actualidad es distinto al que existía en los años 80s y 90s. Véase García Long (2018).

14 Véase Birks (1985, p. 12-13); Smith (1992).

corresponden al propietario. De igual manera, si alguien usa sin autorización la propiedad ajena, debe pagarle al propietario el valor de uso porque la regla de propiedad es que el propietario tiene un derecho exclusivo frente a su bien, de manera que si alguien quiere usarlo deberá negociar y pagar la contraprestación respectiva. Esta “restitución” procede incluso si no hay culpa en el enriquecido y si el empobrecido no ha sufrido realmente un daño.

Incluso, en este último caso, uno podría considerar que el mismo resultado podría lograrse conforme a una regla de responsabilidad civil, si se logra probar que el propietario sufrió un daño por no poder disponer de su bien durante la intromisión, de manera que el demandado debería pagar un resarcimiento por el valor de uso del bien (o lucro cesante).

Como vemos, la restitución puede explicar muy bien las situaciones de transferencias directas y podría aceptarse un uso extensivo del término para referirse a situaciones que son distintas pero que pueden considerarse como de transferencia directa si puede identificarse una correlación entre empobrecimiento y enriquecimiento (como si se tratase de una expropiación). Bajo este escenario, puede hablarse de enriquecimiento injustificado, o para ser más precisos, de una acción restitutoria por enriquecimiento injustificado, porque se puede observar que alguien se beneficia injustificadamente “a expensas de otro”.

Sin embargo, la situación se complica frente a situaciones donde no hay una transferencia directa, y, sobre todo, cuando se presentan elementos típicos de la responsabilidad civil y ajenos a la restitución y el enriquecimiento injustificado. Este es el caso de la comisión

intencional de un ilícito civil o daño extracontractual (o *wrong* como dicen los anglosajones) con la intención de obtener un beneficio derivado que no proviene del demandante. Para los anglosajones, estos casos han sido considerados como una situación específica de restitución conocida como “*restitution for wrongs*”¹⁵ y el lema empleado ha sido “*a tort must not pay*” (un daño no puede ser rentable), o como dice la sección § 3 del Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment “*a person is not permitted to profit by his own wrong*” (no se permite que una persona se beneficie de su propio mal). En estos casos no se habla de cualquier beneficio que debe restituirse, sino de un beneficio ilícito.

Pensemos en el director de una sociedad que vulnera sus deberes fiduciarios frente a la sociedad por usar información confidencial para obtener una ganancia en una operación con terceros. La sociedad podría demandar al director por el daño sufrido y cobrar el resarcimiento. Pero la particularidad de casos como este es que el director, con la infracción consciente, obtiene un beneficio superior a lo que correspondería pagar por resarcimiento. Bajo este escenario, aunque el director se vea obligado a pagar el resarcimiento, aún mantendrá gran parte del beneficio. Apparentemente, el problema podría solucionarse si es procedente una acción restitutoria, sea una acción específica ya regulada por la ley societaria o a través de la acción general por enriquecimiento injustificado. Sea cual fuese la vía legal, aún quedaría un problema por resolver: cuál debe ser la cuantía de la restitución. Si la ganancia es expropiada del patrimonio del demandante, no habrá mayor discusión. Pero si la ganancia es obtenida de otras fuentes, incluso con esfuerzo del mismo demandado, no habría justificación para que

15 Véase Birks (1982); Friedman (2000); Edelman (2001); Virgo (2015). Birks (2001) prefiere diferenciar entre el *unjust enrichment* y el *wrongful enrichment*. También se distingue entre *unjust enrichment by subtraction* (o autónomo) y *unjust enrichment by wrongdoing* (o dependiente). Véase Burrows (2011, pp. 9-14).

el demandante termine mejor que antes de la infracción con el pago de la restitución que supera el monto del resarcimiento.

Por los motivos anteriores, en el *Common Law* procede el pago de *punitive damages* frente a la infracción de deberes fiduciarios, porque se conoce que el infractor (a) actúa de manera intencional, (b) para obtener un beneficio, (c) que no proviene del demandante, y (d) cuya cuantía supera el daño ocurrido. En tal caso el *tort of law* es insuficiente, al igual que el *law of restitution*, y por ello, la solución se encuentra en el otorgamiento de *punitive damages*. Por ejemplo, en los conocidos casos americanos *Grimshaw v. Ford* (1981) y *Liebeck v. McDonald's* (1994), la condena punitiva se calculó sobre la base de los beneficios obtenidos por el infractor porque la intención fue despojar al demandado de los beneficios ilícitos¹⁶.

Al respecto, es importante conocer que en el Derecho francés se propusieron diversos proyectos de reformas para incorporar a los *dommages-intérêts punitifs*, pero uno en específico: ante situaciones de *faute lucrative* (culpa lucrativa). Por ejemplo, el artículo 1371 del Proyecto Catalá señalaba que “Aquel cuya culpa es manifiestamente deliberada, y en particular una culpa lucrativa, puede ser condenado, además de los daños y perjuicios compensatorios, a los daños y perjuicios punitivos (...)”.

Entonces, aunque se llame “*restitution for wrongs*”, lo cierto es que el pago dinerario no se realiza por concepto de restitución. Allí existe el despojo de una ganancia ilícita, pero se trata de un despojo particular porque la ganancia es obtenida de un tercero distinto al demandante y la cuantía es

superior a lo que correspondería por resarcimiento. Entonces, si tal monto despojado es pagado en favor del demandante, no se produciría una restauración sino –por el contrario– un enriquecimiento injustificado en el supuesto empobrecido por recibir una ganancia inesperada (*windfall*), de manera similar como ocurre con el pago de *punitive damages*. Así, quien era inicialmente el empobrecido, termina siendo el enriquecido.

Un caso puede ser muy ilustrativo. En *Beck v. Northern Natural Gas Co.* (1999)¹⁷, la compañía demandada tenía una concesión para almacenar gas en el subsuelo e invadió sin culpa el terreno del demandante. Esta invasión le permitió a la compañía almacenar mayor cantidad de gas, lo cual produjo unas ganancias adicionales en su favor por US\$ 12 millones. El demandante solicitó el pago de tales ganancias, sin embargo, la corte solamente le concedió US\$ 2 millones, por ser el monto que correspondía por una renta en este tipo de almacenamientos. En este caso, la restitución no podía superar los US\$ 2 millones porque las ganancias hasta los US\$ 12 millones le pertenecían al demandado, cuya fuente no era el patrimonio del demandante y que incluso fueron obtenidas por el trabajo de la compañía demandada. Si se hubiera pagado un monto mayor en favor del demandante, este hubiera terminado enriquecido.

Por lo anterior, se prefiere hablar de un “*disgorgement*” (despojo o degüelle) como algo distinto al *restitution*, para hacer mayor énfasis en la función que cumple el *disgorgement*¹⁸. Como tal, si se paga en favor del demandante, este remedio se acerca más a la disuasión y punición para funcionar como una sanción pecuniaria, y así se aleja de la restitución, el enriquecimiento injustificado,

16 Véase García Long (2019, pp. 170-171).

17 Véase Edelman (2001, pp. 1872-1873).

18 Véase Friedman (1980); Worthington (1999); McInnes (2000); Edelman (2002); Grantham y Rickett (2003).

el contrato y la responsabilidad civil. A pesar de ello, hay comentaristas que insisten en que la “*restitution*” puede ser usada de manera amplia pues finalmente la restitución se enfoca en el beneficio y no en el empobrecimiento¹⁹. Entonces, lo lógico es que la función de la restitución sea el despojo del beneficio, sea el demandado inocente o culpable. Entonces, *restitution* sería igual que *disgorgement*.

Sin embargo, consideramos que los beneficios no pueden ser tratados por igual si no son iguales. Si algo debe quedar claro es que la restitución busca restaurar una alteración patrimonial, lo cual significa colocar al empobrecido en la situación que se encontraría si no hubiera ocurrido el empobrecimiento, de manera que quede indemne; entonces, a través de la restitución el demandante no puede quedar en una mejor posición o, en otras palabras, pasar de ser el empobrecido a ser el enriquecido.

III. LA ACCIÓN GENERAL POR ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

El término “enriquecimiento injustificado” es usado en diferentes acepciones. Primero, se hace referencia al principio general contra el enriquecimiento injustificado, el cual es usado de manera transversal en el Derecho Privado para evitar situaciones –como su nombre lo dice– donde alguien se beneficie indebidamente a expensas de otro. Segundo, el término es usado para referirse a una acción reparatoria (específica) de alcance general. Es específica porque se diferencia de otras acciones reparatorias, pero es general porque su intención es brindar una solución allí donde no exista otra acción (por ello que discute en torno a su naturaleza subsidiaria). Esta acción ha sido denominada como “enriquecimiento sin causa” en español, “*enriquecimento sem*

«A pesar de que la acción reparatoria por enriquecimiento injustificado no cumpla funciones disuasiva y punitiva, algunas leyes nacionales están redactadas de manera tan amplia que uno podría insinuar que en virtud de una acción por enriquecimiento injustificado se podría liquidar por restitución un monto alto que represente una ganancia inesperada para el demandante».

causa” en portugués, “*arricchimento senza causa*” en italiano, “*enrichissement sans cause*”, “*enrichissement illégitime*” y “*enrichissement injustifié*” en francés, “*unjust enrichment*” y “*unjustified enrichment*” en inglés, entre otros.

La discusión se enfocó en si existía tal principio general contra el enriquecimiento injustificado a pesar de la ausencia de una base legal y si sería posible invocarla como fuente de obligaciones para solucionar controversias concretas. Por otro lado, se discutía sobre la procedencia de una acción reparatoria por enriquecimiento injustificado a pesar de no existir base legal, con el fin de otorgar una solución que no dependa de la regulación legal específica sobre el pago indebido y la gestión de negocios.

19 Véase Giglio (2007).

Partiendo del Código Napoleónico de 1804, el mismo no reconoció a la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado. Sin embargo, en 1892 la Cour de cassation creó tal acción en el famoso caso Boudier bajo la simple premisa de que alguien se haya enriquecido indebidamente a expensas de otro, para luego entre 1914 y 1915 reconocer como presupuestos adicionales a la ausencia de causa (*sans cause légitime*) y la subsidiariedad de la acción (*subsidiarité*), en específico, la subsidiariedad en el caso Clayette de 1914.

Finalmente, con la reforma del 2016, se reconoció legislativamente a la acción general por enriquecimiento injustificado conforme a los nuevos artículos 1303, 1303-1, 1303-2, 1303-3 y 1304-4. Esta técnica legislativa, si bien no se aparta del modelo tradicional y restrictivo de enriquecimiento injustificado creado por la doctrina francesa, tiene la novedad de consistir en cinco disposiciones normativas que regulan al enriquecimiento injustificado, lo cual es distinto a otras regulaciones civilistas más breves, y como tal, la nueva regulación francesa se pronuncia sobre aspectos adicionales como ciertas defensas que podría alegar el demandado (algo que es más común en el *Common Law*)²⁰.

Artículo 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 en empobrecimiento.

Artículo 1303-1

El enriquecimiento es injustificado cuando no proviene ni del cumplimiento de una

obligación por el empobrecido ni de su intención liberal.

Artículo 1303-2

No hay lugar a indemnización si el empobrecimiento proviene de un acto realizado por el empobrecido en vista de un beneficio personal.

La indemnización puede ser moderada por el juez si el empobrecimiento proviene de una culpa del empobrecido.

Artículo 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.

Artículo 1303-4

El empobrecimiento constatado el día del gasto, y el enriquecimiento tal cual subsiste al día de la solicitud, son evaluados al día de la decisión judicial. En caso de mala fe del enriquecido, la indemnización debida es igual al más alto de estos dos valores²¹.

En Código Civil italiano regula a la acción general por enriquecimiento injustificado en solo dos disposiciones normativas, el artículo 2041 que reconoce a la cláusula general y el artículo 2042 sobre el presupuesto de la subsidiariedad²².

Artículo 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, quien lo recibió está obligado a restituirlo en especie, si existe en el momento de la solicitud.

20 Sobre el enriquecimiento injustificado en Francia, véase Séjean (2015); Descheemaeker (2017); Combout (2019).

21 La versión traducida al español de la Ordonnance N° 2016-131 se encuentra en Cortés, Herrera y Riaño (2020).

22 Sobre el enriquecimiento injustificado en Italia, véase Trimarchi (1962); Nicolussi (1998); Gallo (1999).

Artículo 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.

La técnica legislativa italiana fue seguida por otras jurisdicciones civilistas, sobre todo latinas, que también se limitaron a regular dos (a veces tres) disposiciones normativas para la acción general por enriquecimiento injustificado, una para la cláusula general y otra para la subsidiariedad. Por ejemplo, véase los artículos 961 (cláusula general) y 962 (subsidiariedad) del Código Civil de Bolivia, artículos 1817 (cláusula general) y 1818 (subsidiariedad) del Código Civil de Paraguay, artículos 1794 (cláusula general) y 1795 (subsidiariedad) del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículos 884 (cláusula general), 885 (afectación de la causa) y 885 (subsidiariedad) del Código Civil de Brasil, artículos 473 (cláusula general), 474 (subsidiariedad) y 475 (casos donde no procede la restitución) del Código Civil de Portugal, y artículos 1643-A (cláusula general), 1643-B (subsidiariedad) y artículo 1644-C (plazo de prescripción) del Código Civil de Panamá.

Por el contrario, otras jurisdicciones civiles que igualmente contienen una regulación normativa breve sobre el enriquecimiento injustificado, no reconocen legalmente el presupuesto de la subsidiariedad, como el artículo 1041 del Código Civil de Austria, el artículo 6:212 del Código Civil holandés, el artículo 1184 del Código Civil de Venezuela, el artículo 1882 del Código Civil de México, los artículos 1616-1617 del Código Civil de Guatemala, los artículos 100-103 de Código Civil de Cuba, los artículos 141 y 142 del Código

Civil de Argelia, los artículos 182 y 183 del Código Civil de Libia, y los artículos 66 y 67 del Código de Obligaciones y Contratos de Marruecos.

Un modelo distinto se encuentra en el BGB alemán, el cual contiene una regulación amplia para el *Ungerechtfertigte Bereicherung* (artículos § 812-822, once disposiciones normativas en total), que regula de manera conjunta a los casos de enriquecimiento injustificado “mediante la prestación de otro” (*Leistung*) y aquellos que podrían ocurrir “o de cualquier otro modo”, de conformidad con el artículo § 812²³.

§ 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.

(2) Como prestación también se considera el reconocimiento realizado mediante contrato de la existencia o no existencia de una relación obligacional.

(Énfasis agregado)

Conforme a la redacción del legislador alemán, y en virtud a los trabajos de Wilburg y Von Caemmerer, en el Derecho alemán un enriquecimiento injustificado podría ocurrir (1) si el demandante ejecuta una prestación (*Leistung*) en favor del demandado, (2) si el demandado realiza una intromisión (*Eingriff*) en la propiedad del demandante, (3) si el demandante realizó gastos o mejoras (*Impensen, Aufwendungen, Verwendungen*) en la propiedad del demandado, y

23 Sobre el enriquecimiento injustificado en Alemania, véase Zimmermann y Du Plessis (1994); Kupisch (1999); Dannemann (2009).

(4) si el demandante pagó una deuda ajena (*Rückgriff*)²⁴. En otras palabras: prestación, intromisión, mejora y regreso. Los casos anteriores proceden cuando no hay justa causa (*Grund*), y no aplica la subsidiariedad, que no es reconocida legalmente.

Influenciadas por el BGB, otras jurisdicciones contienen un modelo similar que consiste en una regulación extensa –en comparación a los modelos restrictivos– para definir el ámbito de aplicación del enriquecimiento injustificado, de manera que la subsidiariedad es innecesaria. Véase los artículos 62-67 del Código de Obligaciones de Suiza, artículos 703-708 del Código Civil japonés²⁵ y artículos 985-988 del nuevo Código Civil de China²⁶.

El modelo tipológico alemán es considerado superior al modelo italiano (inspirado en la jurisprudencia francesa) que se limita a enunciar la cláusula general y la regla de la subsidiariedad, en lugar de definir situaciones específicas de enriquecimiento injustificado. Por ello, el modelo alemán es más familiar al Common Law, donde se prefiere por un *law of restitution* en lugar de un *law of unjustified enrichment* (aunque los términos “*restitution*” y “*unjustified enrichment*” sean usados de manera indistinta).

En efecto, en el derecho americano el Restatement del 2011 contiene una amplia regulación sobre las diferentes acciones reparatorias. El Capítulo 2 “Transferencias sujetas a anulación” contiene los subtemas “Beneficios conferidos por error”, “Consentimiento o autoridad defectuosos” y “Transferencia bajo coacción legal”, el Capítulo 3 “Intervención no solicitada” contiene los subtemas “Intervención de emergencia”, “Prestación

ejecutada a un tercero” e “Intervención en interés propio”, el Capítulo 4 “Restitución y contrato” contiene los subtemas “Restitución a una parte ejecutante sin derecho a reclamar según el contrato” y “Recursos alternativos por incumplimiento de un contrato ejecutable”, el Capítulo 5 “Restitución de daños” con los subtemas “Beneficios adquiridos por un daño u otro incumplimiento de deberes” y “Derivación de derechos patrimoniales por causa de muerte”, y el Capítulo 6 “Beneficios conferidos por un tercero”.

Fíjese que el Restatement parte del principio general reconocido en su sección § 1, según el cual “*A person who is unjustly enriched at the expense of another is subject to liability in restitution*” (Una persona que se enriquece injustamente a costa de otra está sujeta a responsabilidad por restitución), y a pesar de ello, no se limita a tal principio y regula una serie de situaciones reparatorias, lo cual favorece la seguridad y certeza jurídica, a diferencia del modelo civilista que se limita a formular la cláusula general y subsidiariedad.

Otra regulación similar a la alemana sobre la redacción “o de cualquier otro modo”, se encuentra en Israel con la Ley de Enriquecimiento Injustificado de 1979, cuyo artículo 1(a) señala que procede la restitución cuando una persona haya obtenido injustificadamente “algún bien, servicio u otro beneficio” y que “es indiferente que el beneficio se haya obtenido por un acto del beneficiario o del benefactor, o de cualquier otra manera”²⁷.

Deber de
restitución

**1. (a) Cuando una persona
(en adelante: beneficiario)
obtenga algún bien, ser-
vicio u otro beneficio de**

24 Véase Johnston y Zimmermann (2002, p. 4).

25 La versión traducida al inglés se encuentra en Lönholm (1898).

26 La versión traducida al inglés se encuentra en Chen, Ge, He, Liu, Wu y Xiong (2021).

27 La versión en inglés fue publicada en *The Restitution Law Review* (1993).

otra persona (en adelante: benefactor) sin causa legal, el beneficiario restituirá al benefactor, y si la restitución en especie es imposible o no es razonable, le pagará el valor del beneficio.

(b) Es indiferente que el beneficio se haya obtenido por un acto del beneficiario o del benefactor, o de cualquier otra manera.

(Énfasis agregado)

Como es de esperarse, la ley israelita fue celebrada por los comparatistas por su amplia redacción, porque permitiría que proceda una restitución ante una variedad de casos, a diferencia de otras jurisdicciones nacionales que reconocen modelos restrictivos de enriquecimiento injustificado, usualmente pensados bajo la lógica de transferencia directas.

IV. LAS FUNCIONES DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

1. La función restitutoria

La restitución cumple una función de restauración, por el cual, el demandante es colocado en la posición que se encontraría de no haberse producido el empobrecimiento a su expensa. En este sentido, restitución es sinónimo de restauración. Sin embargo, también se suele formular a la restauración como la función que tiene como objetivo despojar al demandado del beneficio obtenido a efectos de corregir el empobrecimiento. Estas dos formulaciones, aunque parezcan similares

(sobre todo si se asume que debe existir una correlación entre enriquecimiento y empobrecimiento), pueden afectar de distinta manera la cuantía de la restitución.

Mientras algunas codificaciones civiles señalan que el enriquecido está obligado a la restitución en la medida de su enriquecimiento²⁸, otras jurisdicciones regulan de manera expresa un doble límite, por el cual se deberá pagar el menor valor entre el enriquecimiento y el empobrecimiento²⁹. Incluso en ciertas jurisdicciones que no reconocen legalmente el doble límite, la doctrina (como en Italia³⁰) y/o jurisprudencia (como en Perú³¹) consideran que el empobrecimiento es un límite a la cuantía de la restitución.

Este doble límite pretende sustentarse en la función restitutoria o de restauración patrimonial de la acción por enriquecimiento injustificado. Por un lado, se parte de la premisa que la restitución se enfoca en el beneficio obtenido y no en el empobrecimiento, pero, por otro lado, se asume que el enriquecimiento podría ser mayor al empobrecimiento, y como tal, que en virtud de una acción por enriquecimiento injustificado no se podría producir –a su vez– un enriquecimiento en el demandante que supere su empobrecimiento; entonces, el enriquecimiento debe operar como un límite. Entonces, se reconfirma que la función del enriquecimiento injustificado es la restitución o restauración.

2. La función compensatoria

La función compensatoria puede interactuar con la función restitutoria, hasta el punto de confundirse entre ellas.

28 Véase el artículo 6:212 del Código Civil de Holanda, artículo 2041 del Código Civil de Italia, artículo 703 del Código Civil de Japón, artículo 1882 del Código Civil de México, artículo 1616 del Código Civil de Guatemala, artículo 1817 del Código Civil de Paraguay, artículo 1794 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículo 182 del Código Civil de Libia, y artículo 1493 del Código Civil de Quebec.

29 Véase artículo 1303 del Código Civil de Francia y el artículo 2298 del Código Civil de Louisiana.

30 Véase Sirena (2003); Grondona (2015).

31 Véase la Casación N° 513-2008-Piura y Revoredo (1984, pp. 775-779)

En principio, la responsabilidad civil es distinta a la restitución: (a) el resarcimiento gira en torno al daño (*harm-based*) mientras que la restitución en el beneficio (*gain-based*), (b) el resarcimiento se enfoca en la víctima mientras que la restitución en el infractor, (c) el resarcimiento necesita de la ocurrencia de un daño para su procedencia mientras que la restitución puede pagarse incluso si no ha ocurrido un efectivo empobrecimiento, (d) el resarcimiento necesita de un criterio de imputación (usualmente la culpa) mientras que la restitución puede proceder incluso ante partes inocentes, (e) el límite de la cuantía del resarcimiento es el daño mientras que el de la restitución es el enriquecimiento (salvo que se reconozca el doble límite)³².

En virtud de lo anterior, cuando se habla del enriquecimiento injustificado es usual que se insista en reemplazar los términos “resarcimiento” o “indemnización” por “restitución”, “daño” por “empobrecimiento”, y no hacer referencia a la “culpa” del demandado o demandante.

A pesar de que en teoría las diferencias estén claras, cuando se trata de la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado es difícil pasar por alto la mezcla de funciones. Por ejemplo, el doble límite es un claro ejemplo de ello. Si el enriquecimiento injustificado fuera realmente una tutela que se enfoca en el beneficio, la restitución no tendría que limitarse a la cuantía del empobrecimiento. Igualmente, en los casos de intromisión, si un invasor usa la propiedad ajena deberá pagar al propietario el valor de uso como si fuera una renta. Si el propietario no ha sufrido otro daño que la falta de obtención de una renta porque no pudo disponer de su bien, la cuantía de la restitución sería la misma que de un

resarcimiento por lucro cesante. La diferencia sería de forma, pero no de fondo.

De hecho, hasta la fecha muchas codificaciones civiles usan el término “indemnización” o “resarcimiento” dentro de la regulación legal dedicada al enriquecimiento injustificado (Francia, Italia, Perú y Argentina), mientras que otras prefieren por referirse de manera correcta a una “restitución” (Alemania, Japón, Israel, Cuba y Suiza); incluso algunas usan ambos términos (Portugal y Brasil). Este uso no es inofensivo —como se explica más adelante— porque provoca que en la práctica el enriquecimiento injustificado se use de manera incorrecta (como si fuera otra fuente del resarcimiento) y que en la academia se preste poca atención a su estudio a diferencia de la responsabilidad civil (si se asume que la segunda es más importante que la primera).

3. Las funciones disuasiva y punitiva

Cuando entramos al campo del *disgorgement* nos alejamos de la restitución y el enriquecimiento injustificado, aunque algunos consideran que esto no es así.

Hay situaciones remediales que se incluyen como parte del derecho de la restitución cuando en realidad se van más allá de las funciones restitutorias y compensatorias. Si (a) el enriquecido obtiene un beneficio a través de una conducta intencional y lucrativa, (b) el beneficio obtenido es superior al monto que correspondería pagar por resarcimiento o incluso no hay daño, (c) el beneficio mismo no proviene del patrimonio del demandante sino de algún tercero, e (d) incluso el beneficio ha sido obtenido por trabajo y esfuerzo del enriquecido; entonces no hay justificación para que el demandante pueda cobrar el monto total de los beneficios, o al menos

32 Véase Busto y Peña (1997); Sirena (2009); Díez Picazo (2011, pp. 54-56); Gallo (2018, pp. 38-39).

la justificación no está en el enriquecimiento injustificado. Estos casos de “daños rentables” o “ilícitos civiles lucrativos” no pueden ser explicados bajo la lógica reparatoria o compensatoria.

Sería una paradoja que en virtud del enriquecimiento injustificado se pretenda enriquecer injustificadamente al demandante. Por ello, en el *Common Law* está acción no es parte del enriquecimiento injustificado, sino que es reconocida como una acción particular de *restitution* (*restitution for wrongs*). Sin embargo, no se trataría de una restitución porque no hay una restauración patrimonial si el demandante quedará en una mejor posición en comparación al momento anterior a su empobrecimiento. De hecho, el demandante puede invocar la doctrina del *waiver of tort*, por el cual, tiene la opción de demandar por *restitution* para solicitar el pago del beneficio ilícito en lugar de demandar para cobrar el resarcimiento en virtud del daño sufrido.

Al respecto, el Derecho americano es particular porque el Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment reconoce en su sección § 1 al principio general contra el enriquecimiento injustificado (que inspiraría a todas las acciones reparatorias, entre ellas, al *restitution for wrongs*), y a su vez, también reconoce en su sección § 3 al principio que nadie puede beneficiarse de su propio mal, como si el segundo derivara del primero. Sin embargo, varios críticos consideran que el *disgorgement* no es una restitución, como ya hemos explicado.

La forma más sencilla de apreciar la distinción entre el *disgorgement* y la restitución es a través de sus funciones. La restitución solo cumple una función de restauración y por equivalente podría cumplir una función compensatoria, pero no llega a cumplir una

función disuasiva o punitiva. Por otro lado, el resarcimiento cumple una función compensatoria y por equivalente podría cumplir una función reparatoria (piénsese en el resarcimiento in natura), y también podría cumplir una función disuasiva secundaria, pero no llega a cumplir una función punitiva en sí misma. Por el contrario, las sanciones privadas tienen la flexibilidad de cumplir cualquiera de las funciones anteriores, por ejemplo, es usual que en el Derecho americano se otorguen *punitive damages* calculados en virtud de los beneficios ilícitos obtenidos; en otras palabras, son *punitive damages* que imitan al *disgorgement*.

El Derecho francés es muy ilustrativo al respecto pues se propuso la importación de *dommages-intérêts punitifs* en cuatro proyectos de reforma, pero no un modelo amplio de *punitive damages* al modelo americano, sino uno restrictivo al estilo inglés, incluso más restrictivo porque el único supuesto que pretendieron regular fue aquel donde alguien actúa con una culpa lucrativa (*faute lucrative*), esto es, quien comete un daño con la intención de obtener un beneficio³³.

El artículo 1371 del Proyecto Catala de 2005 y el artículo 1386-25 del Proyecto Bételle de 2010 propusieron solucionar los casos de *faute lucrative* con el otorgamiento de *dommages-intérêts punitifs*, esto es, *punitive damages* que funcionarían como el *disgorgement*.

Artículo 1371

Aquel cuya culpa es manifiestamente deliberada, y en particular una culpa lucrativa, puede ser condenado, además de los daños y perjuicios compensatorios, a los daños y perjuicios punitivos, sobre los cuales el juez tiene la facultad de dirigir una parte al Tesoro Público. La decisión del juez de otorgar dichos daños y perjuicios

33 Véase García Long (2019, pp. 290-303).

debe estar especialmente motivada y su monto debe distinguirse claramente de otros daños y perjuicios otorgados a la víctima. Los daños y perjuicios punitivos no son asegurables.

Artículo 1386-25

En los casos en que la ley lo dispone expresamente, **cuando el daño resulta de una culpa delictual o de un incumplimiento contractual cometido voluntariamente y haya permitido a su autor un enriquecimiento que la sola reparación del daño no es capaz de suprimir, el juez puede condenar al autor del daño**, mediante decisión motivada, además de los daños y perjuicios en aplicación del artículo 1386-22, **a los daños y perjuicios punitivos cuya cantidad no puede exceder el doble de la cantidad de los daños y perjuicios compensatorios.**

(Énfasis agregado)

Luego, el Proyecto Terré de 2011 propuso un artículo 54 que señalaba que ante una *faute lucrative* el juez podría condenar al pago de los beneficios en lugar de un resarcimiento y un artículo 69 que regulaba a la *réparation exemplaire* (equivalente al término “*exemplary damages*” del Derecho inglés).

Artículo 54

Cuando el autor del daño actuó intencionalmente con culpa lucrativa, el juez tendrá la facultad de otorgar, mediante una decisión especialmente motivada, **el monto del beneficio obtenido por el demandado en lugar de una compensación por el daño sufrido por el demandante.** La parte excedente a la suma que el demandante habría recibido en daños y perjuicios

compensatorios no puede ser cubierta por un seguro de responsabilidad civil.

Artículo 69

Salvo que se especifique lo contrario, la forma y el monto de la reparación pueden tener solo un significado simbólico.

Cuando el daño es causado por una **culpa intencional, el juez puede condenar al autor del mismo**, mediante decisión especialmente motivada, **a una reparación ejemplar.**

(Énfasis agregado)

Finalmente, como ninguno de estos proyectos fue exitoso por el aún existente rechazo a los *punitive damages* en Francia, el proyecto Réforme de la Responsabilité Civile de 2017 propuso un artículo 1266-1 para combatir a la *faute lucrative* pero ya no a través de los *dommages-intérêts punitifs* sino mediante el empleo de una *amende civile* (multa civil). Aunque se cambió la etiqueta, el fondo fue el mismo. La *amende civile* fue el disfraz usado para encubrir a los *dommages-intérêts punitifs*³⁴.

Artículo 1266-1

En materia extracontractual, cuando el autor del daño lo cometió deliberadamente con culpa para obtener una ganancia o economía, el juez puede condenar, a petición de la víctima o el Ministerio Público y mediante una decisión especialmente motivada, **al pago de una multa civil.**

Esta multa es proporcional a la gravedad de la culpa cometida, a las facultades contributivas del autor y a los beneficios que ha obtenido de ella.

34 Fíjese que el artículo 1266-1 señala que el monto dinerario podrá ser destinado a un fondo de compensación o al tesoro público, de manera similar como lo hace el artículo 1371 del Proyecto Catala. Esto no debe considerarse como un dato para concluir que no estamos ante *punitive damages* porque no se pagan a la víctima. Desde hace años en USA se crearon los *split-recovery mechanisms*, por el cual, gran parte de la condena dineraria se dirige a fines públicos. Esta medida fue implementada para evitar las ineficiencias e incentivos perversos que surgen si la víctima se auto provoca el daño o demanda sin fundamentos por la busca del beneficio que representa recibir *punitive damages* por encima de *compensatory damages*.

La multa no puede ser mayor de diez veces la cantidad de la ganancia obtenida.

Si el responsable es una persona jurídica, la multa podrá aumentarse hasta el cinco por ciento del volumen de negocios más alta sin impuestos en Francia en uno de los ejercicios cerrados desde el ejercicio anterior al año en que la culpa ha sido cometida.

Esta multa se usa para financiar un fondo de compensación relacionado con la naturaleza del daño sufrido o, en su defecto, al Tesoro Público.

(Énfasis agregado)

Entonces, si la intención remedial va más allá de una simple restauración patrimonial porque el objetivo es disuadir y castigar comportamientos reprochables, no se puede seguir usando el término incorrecto. No se trata de una restitución y no puede justificarse en virtud del enriquecimiento injustificado. Se trata de un *disgorgement* de carácter disuasivo y punitivo; en otras palabras, es una sanción privada.

A pesar de que la acción reparatoria por enriquecimiento injustificado no cumpla funciones disuasiva y punitiva, algunas leyes nacionales están redactadas de manera tan amplia que uno podría insinuar que en virtud de una acción por enriquecimiento injustificado se podría liquidar por restitución un monto alto que represente una ganancia inesperada para el demandante. Algo similar ya ocurre en la práctica con el daño moral que suele encubrir sanciones privadas. Si se prestara mayor atención al enriquecimiento injustificado, quién sabe hasta dónde podría llegar una obligación de restitución.

V. DEJEMOS DE HABLAR DE “INDEMNIZACIÓN”

El uso del término “indemnización” no es inofensivo pues a la larga produce confusión en los operadores jurídicos. No todos los abogados son profesores de derecho o

«¿Cómo puede concluirse que los presupuestos del enriquecimiento injustificado en el Perú son los mismos que los presupuestos de la norma italiana? Por la redacción del artículo 1954 del Código Civil no puede considerarse que el empobrecimiento y la conexión son presupuestos para invocar al enriquecimiento injustificado en el Perú».

académicos. Entonces, no se puede insistir en el uso de un término inexacto; es preferible afilar las denominaciones de las herramientas legales para que sean correctamente usadas, caso contrario, con los años se generará una confusión irreversible (algo que ya se evidencia en la jurisprudencia peruana). Sobre todo, si los profesores de derecho y académicos son los que tienen más claro la distinción entre “indemnización” y “restitución”, ¿cómo es que recomiendan su uso indistinto?

Uno de los principales obstáculos que frenan el desarrollo del enriquecimiento injustificado en jurisdicciones civilistas es —precisamente— el uso de una terminología inapropiada que oscurece la posibilidad de observar los verdaderos contornos de la restitución.

1. “Indemnización” versus “restitución”

Se usa el término “indemnización” o “resarcimiento” en un gran número de codificaciones civiles, por ejemplo, en Francia, Italia, Perú y Argentina.

El artículo 1303 del Código Civil de Francia señala lo siguiente:

Artículo 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 en empobrecimiento.

(Énfasis agregado)

El artículo 2041 del Código Civil de Italia señala lo siguiente:

Artículo 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.

(...)

(Énfasis agregado)

El artículo 1954 del Código Civil de Perú señala lo siguiente:

Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a **indemnizarlo**.

(Énfasis agregado)

El artículo 1764 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina señala lo siguiente:

Artículo 1794.- Caracterización. Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a **resarcir** el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda.

(Énfasis agregado)

Por el contrario, otras codificaciones civiles usan correctamente el término “restitución” como Alemania, Suiza, Japón y China.

El artículo 812 del BGB señala lo siguiente:

§ 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 este 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.

(...)

(Énfasis agregado)

El artículo 62 del Código Civil de Suiza señala lo siguiente:

A. Requisito **Artículo 62**

I. En general 1 Una persona que se ha enriquecido sin justa causa a expensas de otra está obligada a la **restitución**.

2 En particular, se debe **restituir** los beneficios monetarios obtenidos sin motivo válido alguno, por un motivo que no se produjo o por un motivo que posteriormente dejó de existir.

(Énfasis agregado)

El artículo 703 del Código Civil de Japón señala lo siguiente:

Artículo 703

Una persona que, sin ninguna razón lícita, se ha enriquecido con los bienes o servicios de otra persona, por lo que ésta ha sufrido un perjuicio, está obligada a **restituir** en la medida en que el enriquecimiento siga existiendo.

(Énfasis agregado)

El artículo 985 del nuevo Código Civil de China señala lo siguiente:

Artículo 985

Cuando una persona se enriquece injustamente sin base legal, la persona que sufre así un perjuicio tiene derecho a solicitar al enriquecido la **restitución** del beneficio, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias

- (1) el pago se realiza para cumplir una obligación moral;
- (2) el pago se realiza para satisfacer una obligación aún no vencida; o
- (3) el pago se realiza para satisfacer una obligación a sabiendas de que no hay obligación de pagar.

(Énfasis agregado)

¿Cuáles son las consecuencias de usar el mismo término para referirse a remedios distintos? Que se resuelvan mal las controversias. Por ejemplo, en la Casación N° 4689-2017-Lima se discutió sobre la anulación de un laudo que amparó una pretensión de restitución por enriquecimiento injustificado, y respecto a los antecedentes del caso la Casación detalló que el tribunal arbitral amparó la pretensión por enriquecimiento injustificado porque se cumplieron sus presupuestos, entre ellos la subsidiariedad, pues consideró que “el único mecanismo resarcitorio” en favor del accionante era “el que corresponde justamente al enriquecimiento sin causa”.

Felizmente otra jurisprudencia sí ha sido más atenta y distinguió correctamente a la restitución del resarcimiento. Por ejemplo, la Casación N° 513-2008-Piura señaló que “(…) el término “indemnizatorio” contenido en la norma materia de análisis no consiste en la búsqueda de la reparación del daño sufrido y como tal abarque a los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y extra patrimoniales, sino a buscar la reducción del

patrimonio del demandado, dentro de los límites del enriquecimiento injustificado que ha obtenido”.

En general, la jurisprudencia peruana se llena de pronunciamientos contradictorios por confundir la restitución con el resarcimiento en virtud de la letra de la ley peruana, lo cual no se corregirá hasta que los legisladores se remanguen las mangas, se aflojen las corbatas y hagan las modificaciones necesarias. Pueden empezar por eliminar el término “indemnización” de los artículos 1954 y 1955 del Código Civil.

2. Superando la subsidiariedad

Muchas jurisdicciones civiles señalan en su ley que la acción por enriquecimiento injustificado es subsidiaria, lo cual ha sido considerado como un gran obstáculo para el desarrollo del enriquecimiento injustificado. Sin embargo, el problema no está en el reconocimiento mismo de la subsidiariedad, sino en cómo la misma ha sido regulada legalmente y cuál es el entendimiento que le ha dado la jurisprudencia³⁵. Si nos basamos en la letra de ley, existe un modelo restrictivo de subsidiariedad que parece que deja de lado cualquier discusión sobre la improcedencia del enriquecimiento injustificado cuando existe otra acción (Francia y Louisiana), pero también existe un modelo de subsidiariedad adecuada (reconocido por la mayoría de codificaciones civiles), el cual podría ser fácilmente superado si no se hubiera usado el término “indemnización”.

El artículo 1303-3 del Código Civil de Francia tiene una redacción muy estricta y directa sobre la subsidiariedad porque señala que no podrá accionarse por enriquecimiento injustificado cuando el demandante “dispone de

35 Véase Michael (1968); Smith (2002); Van Maane (2006); MacQueen (2009); Jooste y Schrage (2016, partes I y II); Basozabal (2019).

otra acción”, y –agrega a continuación– “o se enfrenta a un obstáculo de derecho, tal como la prescripción”, lo cual es una defensa en favor del demandado (como lo pensaría un anglosajón).

Artículo 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.

(Énfasis agregado)

Si bien es cierto que la jurisprudencia francesa se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre el rol de la subsidiariedad en el enriquecimiento injustificado, sobre todo si cabe diferenciar entre obstáculos legales (como la prescripción) y obstáculos de hecho (como la insolvencia)³⁶, no puede omitirse que el texto francés del artículo 1303-3 tiene una redacción restrictiva, y este dato no puede ser pasado por alto cuando se compara con disposiciones legales similares de otras jurisdicciones. Si bien antes se consideraba que los obstáculos de hecho no serían un inconveniente para accionar por enriquecimiento injustificado (recordemos Boudier, un caso de enriquecimiento indirecto), el actual artículo 1303-3 parece tomar partido al respecto cuando expresamente dice que no podrá accionarse por enriquecimiento injustificado ante un obstáculo de derecho, de manera que quedarían excluidos los obstáculos de hechos para superar la subsidiariedad.

De manera similar, el artículo 2298 del Código Civil de Louisiana señala que no podrá accionarse por enriquecimiento injustificado “si la ley establece otro medio o declara una norma contraria”.

Artículo 2298. La persona que se ha enriquecido sin causa a costa de otra persona está obligada a indemnizarla. El término

“sin causa” se utiliza en este contexto para excluir los casos en que el enriquecimiento resulta de un acto jurídico válido o de la ley.

El remedio declarado aquí es subsidiario y no será disponible si la ley establece otro remedio para el empobrecimiento o declara una norma contraria.

(...)

(Énfasis agregado)

Según las leyes civiles de Francia y Louisiana, no será procedente la acción por enriquecimiento injustificado si existe otra acción conforme a ley; así de simple. No interesaría si la acción no es efectiva o es menos beneficiosa. Si la ley ya dispone otra acción, no puede invocarse al enriquecimiento injustificado para derogar a tal acción. Este es un modelo restrictivo de subsidiariedad, que se basa en el desarrollo jurisprudencial francés que señalaba que una acción creada por *équité* no puede ser usada para derogar disposiciones específicas de derecho. Entonces, si la ley ya otorga un remedio (legal) en favor del demandante, este no puede invocar otro (basado en la equidad).

Por el contrario, otras jurisdicciones prefieren por un modelo de subsidiariedad adecuada, por el cual, no es procedente la acción por enriquecimiento injustificado cuando el demandante tenga otra acción para “obtener la respectiva indemnización” (entiéndase, restitución). Bajo este modelo, sí interesa cuál es la otra acción y no que simplemente exista otra acción. Solo será improcedente la acción reparatoria cuando exista otra acción que permita obtener el mismo resultado, esto es, la respectiva restauración patrimonial como lo haría la restitución por enriquecimiento injustificado.

El artículo 2042 del Código Civil de Italia señala lo siguiente:

36 Véase Van Maenen (2006, pp. 412-413).

Artículo 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.**

(Énfasis agregado)

El artículo 886 del Código Civil de Brasil señala lo siguiente:

Artículo 886. No procederá la restitución por enriquecimiento si la ley concede al perjudicado **otros medios para compensar el perjuicio sufrido.**

(Énfasis agregado)

El artículo 962 del Código Civil de Bolivia señala lo siguiente:

Artículo 962. (Carácter subsidiario de la acción)

La acción de enriquecimiento no es admisible cuando el perjudicado puede ejercer **otra acción para obtener, se le indemnice por el perjuicio que ha sufrido.**

(Énfasis agregado)

El artículo 1955 del Código Civil de Perú señala lo siguiente:

Artículo 1955

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.**

(Énfasis agregado)

El artículo 1795 del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina señala lo siguiente:

Artículo 1795. Improcedencia de la acción. La acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado **otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.**

(Énfasis agregado)

En teoría, si procede otra acción que no permite obtener los mismos resultados que la restitución, sería procedente la restitución por enriquecimiento injustificado. Por ejemplo, así sea procedente una acción resarcitoria, ello no impedirá la posibilidad de invocar enriquecimiento injustificado si el resarcimiento será menos beneficioso. Sin embargo, el inconveniente con este modelo de subsidiariedad es que usa el término “indemnización” (o un término similar), lo cual podría ser un obstáculo para superar la subsidiariedad si la restitución es equiparada con la indemnización, generando que el modelo de subsidiariedad adecuada se convierta en un modelo similar al de subsidiariedad restrictiva.

Si se usa correctamente el término “restitución” en el presupuesto de la subsidiariedad, procederá la restitución por enriquecimiento injustificado aunque también proceda una acción de indemnización, siempre que esta acción no logre la restauración como lo haría la restitución. Por el contrario, si se confunden los remedios y se equipara la restitución con la indemnización, no será procedente la restitución por enriquecimiento injustificado ante la sola procedencia de una indemnización, aunque esta acción sea menos beneficiosa; y este es un inconveniente porque si la restitución se enfoca en el beneficio y la indemnización en el daño, podrían dar lugar a liquidaciones distintas. Si la restitución liquida un importe mayor al resarcimiento, se perjudicaría al demandante si solo podrá cobrar el menor monto del resarcimiento, aunque la restauración patrimonial solo sea posible cobrando un mayor monto por restitución.

Incluso existen codificaciones civiles que usan ambos términos, “indemnización” y “restitución”, cuando formulan el presupuesto de la subsidiariedad de la acción, a pesar de que previamente se haya usado el término “restitución” en la respectiva cláusula general. Esto se puede observar en Portugal

y Brasil, y podemos considerarlo como un modelo de subsidiariedad híbrida en virtud de su redacción legal.

Los artículos 473 y 474 del Código Civil de Portugal señalan lo siguiente:

Artículo 473

(Principio general)

1. Quien, sin causa justificada, se enriquece a expensas de otro, está obligado a **restituir** con que injustamente se entregó.
2. La obligación de **restituir**, por enriquecimiento injusto, tiene por objeto de manera especial lo que se recibe indebidamente, o lo que se recibe en virtud de una causa que dejó de existir o en vista de un efecto que no se produjo.

Artículo 474

(Naturaleza subsidiaria de la obligación)

No hay lugar para la **restitución** por enriquecimiento, cuando la ley brinda al empobrecido otro medio para ser **indemnizado o restituido**, negando el derecho a la **restitución** o asignando otros efectos al enriquecimiento.

Artículo 475

(Falta del resultado previsto)

Tampoco procederá la **restitución** si, al realizar la prestación, el autor sabía que el efecto previsto era imposible o si, actuando contra la buena fe, impidió que se produjera.

(Énfasis agregado)

Con ocasión de la subsidiariedad, el artículo 474 portugués equipara al resarcimiento con la restitución, en el sentido que si procede una indemnización no será procedente la restitución (aunque ambas cumplan funciones distintas).

De manera similar, los artículos 884, 885 y 886 del Código Civil de Brasil señalan lo siguiente:

Enriquecimiento sin causa

Artículo 884. El que, sin causa justificada, se enriquezca a costa de otro, deberá **restituir** la cantidad indebidamente ganada, con reajuste monetario.

Párrafo único. Si el enriquecimiento tiene por objeto una cosa determinada, se exigirá a la persona que la recibió que la **restituya**, y si la cosa ya no existe, la **restitución** se hará por el valor del bien en el momento en que se exigió.

Artículo 885. La **restitución** es debida, no solo cuando no ha habido causa que justifique el enriquecimiento, sino también si la causa ha dejado de existir.

Artículo 886. No procederá la **restitución** por enriquecimiento si la ley concede al perjudicado otros medios para **compensar** el perjuicio sufrido.

(Énfasis agregado)

Conforme a la norma brasileña, si la ley ya otorga otros medios para compensar el perjuicio, no será procedente la restitución por enriquecimiento injustificado. En otras palabras, a pesar de que el enriquecimiento injustificado da lugar a una acción por restitución, si es procedente una indemnización sería improcedente la restitución (aunque —nuevamente— cumplan funciones distintas).

Por un lado, da la impresión de que las jurisdicciones nacionales quieren diferenciar a la restitución del resarcimiento, pero, por otro lado, el legislador insiste en usar terminología de responsabilidad civil (indemnización, reparación, compensación, resarcimiento, daño, perjuicio) en la regulación legal sobre enriquecimiento injustificado. Otra vez, lo importante no es que los profesores de derecho y académicos sepan las diferencias, sino que ello sea comprensible para cualquier operador jurídico (jueces y abogados). No se podrá desarrollar el derecho del enriquecimiento injustificado si no se empieza por una corrección en la redacción de la ley.

Bajo un modelo restrictivo o híbrido de subsidiariedad, pareciera que no habría mayor discusión. Si la ley señala que no será procedente el enriquecimiento injustificado simplemente cuando “exista otra acción” o “cuando exista otra acción que permita compensar”, habrá poco espacio para invocar a la restitución por enriquecimiento injustificado. Nos guste o no, fue el modelo optado por el legislador. Pero si la norma señala que no será procedente la acción restitutoria cuando “exista otra acción para obtener la respectiva indemnización” (entiéndase, restitución), sería posible superar la subsidiariedad con mayor facilidad, siempre que se entienda que será procedente la acción restitutoria cuando no exista otra acción para obtener la respectiva restauración patrimonial. Para evitar la necesidad de realizar esta interpretación o esfuerzo teórico, se debe modificar y precisar las leyes nacionales que regulan un modelo de subsidiariedad adecuada.

En el Perú, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019) liderado por el profesor Gastón Fernández Cruz, se percató del uso incorrecto del término “indemnización” en el artículo 1954 del Código Civil y propuso corregirlo de la siguiente manera³⁷:

SECCIÓN CUARTA
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

CÓDIGO CIVIL VIGENTE	ANTEPROYECTO
Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.	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.

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 restitutoria**, siendo que no son exigibles para la procedencia de esta última la acreditación del daño, la relación de causalidad o el criterio de imputación.

(Énfasis agregado)

Sin embargo, faltó la propuesta de realizar la misma modificación para el artículo 1955 del Código Civil que regula a la subsidiariedad, para que no diga “indemnización” sino “restitución”. Tal omisión es extraña porque las razones expuestas en la exposición de motivos del Grupo de Trabajo para modificar al artículo 1954 son las mismas que servirían de justificación para modificar también al artículo 1955.

3. Restitución + indemnización

Existen situaciones donde es posible acumular la acción restitutoria con la indemnizatoria. Pero ello no será posible si la restitución se equipara a la indemnización.

Empecemos con la regulación general del artículo 101 del Código Civil de Cuba, el cual señala lo siguiente:

Artículo 101

1. La persona natural o jurídica que sin causa legítima se enriquezca a expensas de otra está obligada a la **restitución**.
2. La **restitución** procede si se ha recibido una prestación sin causa legítima o en virtud de una causa que ha dejado de existir, no se ha producido o se ha anulado posteriormente.

37 Véase Fernández Cruz (2019, p. 238).

3. En caso de imposibilidad de devolver el mismo bien adquirido, debe **indemnizarse** su valor.
4. La obligación de **restituir** se extiende a los beneficios logrados.
5. En todo caso, procede la **indemnización de daños y perjuicios**.

(Énfasis agregado)

«Conforme al Derecho peruano, la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado se enfoca en el presupuesto de ‘a expensas de otro’, y como tal, lo fundamental es que el demandado se haya beneficiado indebidamente aprovechándose de otro, siendo irrelevante la presencia de un empobrecimiento y su conexión con el enriquecimiento».

El artículo 101 cubano es tan claro en el uso del término “restitución” que la distingue de la indemnización en dos situaciones concretas. El párrafo tercero señala que si no es posible la restitución del mismo bien adquirido, se pagará su valor pero como indemnización, mientras que el quinto párrafo señala que en todo caso procede la indemnización, con lo cual, se permite la acumulación de la acción restitutoria con la acción resarcitoria porque ambas están correctamente distinguidas: con el resarcimiento se compensa el daño sufrido mientras que con la restitución

se despoja al enriquecido del beneficio obtenido y que se considera que le corresponde al demandante. Otra cosa será cómo interactúan ambas cuantías; por ejemplo, bajo qué situaciones a la restitución se le debe descontar el resarcimiento.

Igualmente, el artículo 897 del nuevo Código Civil de China señala lo siguiente:

Artículo 987

Cuando la persona enriquecida sepa o deba saber que el enriquecimiento carece de base legal, la persona perjudicada podrá exigir a la persona enriquecida la **restitución del beneficio así recibido y la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la ley**.

(Énfasis agregado)

La norma china también reconoce la posibilidad de acumular la acción restitutoria con la indemnizatoria cuando el enriquecido supo o debía saber que el enriquecimiento carecía de base legal (lo cual tiene un interesante carácter disuasivo).

Otro ejemplo de acumulación está en la responsabilidad de directores, la cual cuenta con una regulación deficiente en la Ley General de Sociedades peruana, lo cual se pretendió corregir con el Anteproyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades (2018). Uno de los aspectos a subsanar fue cuáles son las acciones procedentes contra los directores. La actual ley societaria solo regula a la acción resarcitoria pero no una acción restitutoria autónoma e independiente por ganancias ilícitas. Ante ello, el artículo 148 del Anteproyecto precisó que el director está obligado a indemnizar, pero también a devolver el enriquecimiento indebido.

Artículo 148.- Deber de lealtad en el ejercicio del cargo

- 148.1 El director desempeña el cargo con la lealtad de un representante leal, obrando de buena fe y en el

mejor interés de la sociedad, procurando evitar incurrir en conflicto de intereses.

- 148.2 La infracción del deber de lealtad determina no solo la obligación de indemnizar el daño causado a la sociedad, **sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento indebido obtenido.**
- 148.3 Cada director tiene el mismo deber de lealtad para con la sociedad.
- 148.4. La actuación del director no debe estar destinada a promover o defender los intereses de los accionistas que los eligieron o de las personas vinculadas a estos o al propio director.

(Énfasis agregado)

En virtud de la redacción propuesta, se entiende que el director debe pagar la indemnización más la restitución, por separado³⁸. Es importante prestar atención a la redacción de la norma jurídica pues en otras situaciones no se regula una acumulación de acciones (resarcimiento y restitución) sino se regula solo a la acción resarcitoria y se hace referencia al beneficio obtenido para que sea usado como método de cuantificación. Por ejemplo, en el 2011 se publicó la Ley N° 29720 que promueve las emisiones de valores mobiliarios y fortalece el mercado de capitales, cuyo artículo 4 modifica el artículo 181 de la Ley General de Sociedades sobre pretensión social de responsabilidad contra los directores, aunque no modifica directamente el texto del artículo 181 sino que añade reglas adicionales a efectos de aplicar el artículo 181 a sociedades con acciones inscritas en la bolsa de valores. En específico, el artículo 4 de la Ley N° 29720 señala algo que no indica el

artículo 181 de la Ley General de Sociedades: que la indemnización incluye al beneficio ilícito.

Artículo 4. Pretensión social de responsabilidad

Para los fines de la aplicación del artículo 181 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, tratándose de emisores con acciones inscritas en las bolsas de valores, para poder ejercer directamente la pretensión social de responsabilidad se requiere ser titular de al menos el diez por ciento del capital social de dicho emisor.

En tal caso, no constituye requisito previo para iniciar la pretensión social de responsabilidad la celebración de la junta general de accionistas ni la falta del acuerdo respectivo.

Durante el proceso judicial, los demandantes pueden solicitar al directorio de forma genérica todos los documentos relacionados al acto o decisión que se investiga y el directorio debe proporcionarlos. Dicho pedido se tramita a través del juez competente.

La indemnización por daños y perjuicios a favor de la sociedad incluye la restitución del beneficio obtenido en dicha transacción, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar.

(Énfasis agregado)

Según la redacción del artículo 4, no se reconoce una acción restitutoria autónoma e independiente que pueda acumularse a la acción de resarcimiento, sino que la restitución termina siendo absorbida por el resarcimiento para que funcione como un método de cuantificación del daño.

Claramente será mejor si la ley es redactada de tal manera que se reconozca una acción

38 En el Derecho chileno se reconoce la acumulación de acciones conforme al artículo 42 de la Ley de Sociedades Anónimas de Chile, la cual señala que “Los beneficios percibidos por los infractores a lo dispuesto en los tres últimos números de este artículo pertenecerán a la sociedad, la que además deberá ser indemnizada por cualquier otro perjuicio”. Véase Pino Emhart (2019).

restitutoria adicional y cumulativa a la acción de resarcimiento; pero incluso si se trata solo de reconocer el beneficio ilícito como un método de cuantificación del resarcimiento, uno podrá apreciar la importancia de distinguir a la restitución del resarcimiento en lugar de referirse a ellos con base en el mismo término. Si se distinguen, pueden concurrir ambas a la vez; si no se distinguen, solo aplicará una de ellas (el resarcimiento).

Otro ejemplo está en la acción del provecho por dolo ajeno, la cual no está reconocida en el Perú pero sí en Chile conforme a los artículos 1458 y 2316 del Código Civil chileno³⁹.

Artículo 1458. El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

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

Artículo 2316. Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos.

El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho.

(Énfasis agregado)

Como su nombre indica, si alguien se aprovecha del dolo ajeno con la obtención de una ganancia, está obligado a responder por esa ganancia. Dentro del contexto de una acción por responsabilidad civil, ello significa que la víctima puede dirigirse contra el autor del daño por el resarcimiento y contra cualquier otro tercero por el beneficio obtenido en provecho del dolo ajeno. Como indican los

comentaristas chilenos, esta acción permaneció dormida por mucho tiempo y resucitó con ocasión del caso Inverlink. Por ello, aún se discute sobre cómo funciona esta acción y cuál es su naturaleza. En nuestra opinión, se trata de una interesante acumulación de acciones resarcitoria y restitutoria, contra personas distintas, la resarcitoria contra el autor del daño y la restitutoria contra el beneficiario del daño cometido por el autor.

4. El doble límite en la cuantía de la restitución

Conforme a las leyes civiles de Francia y Louisiana, el demandado deberá pagar el menor valor entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

El artículo 1303 del Código Civil de Francia señala lo siguiente:

Artículo 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 en empobrecimiento.**

(Énfasis agregado)

El artículo 2298 del Código Civil de Louisiana señala lo siguiente:

Artículo 2298. (...)

La cuantía de la indemnización debida se mide por el grado de enriquecimiento o de empobrecimiento del otro, el que sea menor.

El grado de enriquecimiento o empobrecimiento se mide a partir del momento en que se presenta la demanda o, según las circunstancias, a partir del momento en que se dicta la sentencia.

(Énfasis agregado)

39 Véase en el derecho chileno a Pizarro Wilson (2009); Pino Emhart (2016).

Como hemos señalado, incluso en ciertas jurisdicciones civilistas donde la ley no reconoce este doble límite, se considera que el mismo existe porque en teoría el enriquecimiento injustificado tiene como finalidad corregir el empobrecimiento sufrido por el demandante.

El problema con este límite es que impide que la acción de restitución por enriquecimiento injustificado sea realmente un remedio basado en el beneficio (*gain-based*), y así, pueda otorgar una solución allí donde no llega la responsabilidad civil. Esto es particularmente importante en jurisdicciones donde no se reconoce aún una restitución cumulativa al resarcimiento ante casos de ilícitos civiles rentables, como las infracciones de deberes fiduciarios, de confianza o ante la explotación comercial de derechos de la personalidad (imagen, honor, intimidad). Si solo será procedente la acción de resarcimiento, el infractor pagará el daño, pero mantendrá el mayor beneficio obtenido. Tal situación podría solucionarse si la ley nacional reconoce la acción general por enriquecimiento injustificado y si la misma puede acumularse a la acción de resarcimiento. Por el contrario, si la restitución estará limitada por el empobrecimiento del demandante, seguirá subordinada a la responsabilidad civil.

Es cierto que bajo la lógica del enriquecimiento injustificado la restitución debe limitarse a corregir el empobrecimiento del demandante, de manera que se justificaría que, si el empobrecimiento es menor al enriquecimiento, deba pagarse el menor valor. Pero también es cierto que bajo la lógica del doble límite se ingresa a una zona gris donde se confunde a la restitución con el

resarcimiento porque al final la restitución se liquidaría en función del empobrecimiento, con lo cual, no habría mayor distinción con el resarcimiento que se liquida en virtud del daño; empobrecimiento y daño sería iguales, así como restitución y resarcimiento.

Si la restitución se enfoca en despojar el enriquecimiento y el resarcimiento en borrar el daño, ello debería ser la premisa que diferencie la liquidación de la cuantía del remedio. Pero fíjese que esto requiere admitir que la restitución pueda llegar incluso más allá de sus tradicionales funciones, y tal vez el enriquecimiento injustificado no sea la mejor vía legal. Si la ley nacional lo soporta, la restitución por enriquecimiento injustificado podría justificar el despojo total de una alta ganancia ilícita y que ello sea pagado en favor del demandante, aunque el monto que hubiera recibido por resarcimiento sea uno menor, caso contrario, tal vez mejor sería pensar en otro tipo de acción de restitución o incluso en algo distinto como el *disgorgement*.

VI. NO SE NECESITA DEL EMPOBRECIMIENTO Y LA CONEXIÓN

En el Derecho peruano parece existir cierto consenso entre la doctrina y jurisprudencia sobre cuáles son los presupuestos para invocar a la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado. Aparentemente los presupuestos serían cinco: (1) enriquecimiento, (2) empobrecimiento, (3) conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, (4) falta de justificación, y (5) subsidiariedad⁴⁰.

Estos presupuestos están inspirados en el modelo del Derecho francés e italiano

40 Por la doctrina, véase Espinoza (2012); Fernández Cruz (2015). También reconocen estos cinco presupuestos Palacios (2020) y León (2021), aunque presentan críticas al respecto. En la Exposición de Motivos del Código Civil de 1984, Revoredo (1984, p. 775-779) también menciona a tales cinco presupuestos. En la jurisprudencia, véase la Casación N° 1925-2009-Ica y la Casación N° 513-2008-Piura.

conforme a ley, y en el Derecho español conforme a su jurisprudencia (aunque a veces la jurisprudencia española intente prescindir de la subsidiariedad).

Sin embargo, el aparente consenso en el Derecho peruano es en efecto uno aparente. Una mirada más cuidadosa y detallada, teniendo en cuenta al Derecho comparado, nos permite concluir que el modelo optado por el legislador peruano no es uno restrictivo como el regulado en Francia, Italia y España, sino uno más amplio al estilo alemán o anglosajón, y como tal, los presupuestos no son los cinco usualmente formulados.

El artículo 1954 del Código Civil (la cláusula general) es tan amplio que se limita a formular el principio general contra el enriquecimiento injustificado, enfocándose en el corazón del enriquecimiento injustificado: el enriquecimiento “a expensas de otro”.

Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

La redacción de la norma peruana está hecha de tal manera que se limita a reproducir el principio general, al estilo de la Cour de Cassation en el caso Boudier de 1892, o incluso como lo señaló Pomponio cuando dijo que “Es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro” (*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*) (Dig. 50, 17, 206) o que “Es equitativo naturalmente que nadie se haga más rico con perjuicio de otro” (*Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*) (Dig. 12, 6, 14). Igualmente, la sección § 1 del Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment señala que “*A person who is unjustly enriched at the expense of another is subject to liability in restitution*”.

Bajo esta formulación general, procede la acción por enriquecimiento injustificado

cuando alguien se enriquece indebidamente “a expensas de otro”, sin hacer mención a un empobrecimiento o su conexión con el enriquecimiento, los cuales podrían configurarse en el caso concreto, pero no son necesarios para que sea procedente la acción restitutoria. Este es el caso de la cláusula general alemana conforme al artículo § 812 del BGB, que no hace mención alguna a un empobrecimiento o enriquecimiento porque su redacción señala que procederá la restitución cuando alguien se enriquece “de cualquier otro modo”, lo cual habilita la configuración de distintos supuestos de enriquecimiento injustificado distintos de aquellos que se obtengan “mediante la prestación de otro”.

Vale señalar que la expresión “a expensas de otro” no debe leerse de manera restrictiva como “a costo de otro” (que presume la existencia de un empobrecimiento) sino como “aprovechándose de otro”, de manera que es irrelevante la presencia de un efectivo empobrecimiento porque lo determinante es que alguien se enriquezca aprovechándose del otro (por ejemplo, usando sin autorización el derecho ajeno para obtener un beneficio, aunque el propietario no sufra un daño).

Por el contrario, el artículo 2041 del Código Civil de Italia, de 1942, y como tal, anterior a la ley peruana de 1984, sí reconoce en su letra la necesidad de que existe un correspondiente empobrecimiento.

Artículo 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**.

(...)

(Énfasis agregado)

Igualmente, el actual artículo 1303 del Código Civil francés reconoce como presupuesto

la presencia de un empobrecimiento y su conexión con el enriquecimiento cuando señala que el demandado deberá pagar “una indemnización igual al menor de los dos valores entre el enriquecimiento y en empobrecimiento”.

Como se puede observar, la letra de las normas francesas e italianas no es igual a la usada por el legislador peruano según el artículo 1954 del Código Civil, la cual es más similar a la sección § 1 del Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment.

Incluso, habiéndose observado que el artículo 1954 peruano es distinto al artículo 2041 italiano, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019) propuso modificar el artículo 1954 para que dijera –como lo dice el artículo 2041 italiano– que el demandado está obligado “a restituir a esta última [el demandante] la correlativa disminución patrimonial”. En otras palabras, la propuesta fue “italianizar” la norma peruana. Pero mientras esta propuesta no sea exitosa, la norma peruana sigue reconociendo –según su letra– un modelo más amplio y distinto que el modelo italiano.

Entonces, si es claro que la norma peruana no es igual a la norma italiana, ¿cómo se concluye que los presupuestos del enriquecimiento injustificado en el Perú son los mismos que los presupuestos legales según la norma italiana? Por la redacción del artículo 1954 del Código Civil, no puede considerarse que el empobrecimiento y la conexión son presupuestos para invocar al enriquecimiento injustificado en el Perú. Los cinco clásicos presupuestos aplican para jurisdicciones donde la ley nacional así lo requiere, pero ello no es el caso en el Perú. El legislador peruano no importó al modelo italiano, ni francés, ni español.

Conforme a la letra de los artículos 1954 y 1955 del Código Civil, el modelo peruano de enriquecimiento injustificado requiere la

presencia de los siguientes tres presupuestos: (1) enriquecimiento a expensas de otro, (2) falta de justificación, y (3) subsidiariedad.

Existe cierta jurisprudencia peruana que parece haber estado atenta a lo anterior y que se acerca a la formulación que proponemos. La Casación N° 215-2005-Lima hace énfasis en la obtención de un beneficio “a expensas de otro”, y como tal, se enfoca en el enriquecimiento. Aunque hace mención a alguien “que se ha empobrecido” lo hace dentro del requisito “a expensas de otro” y prescinde de la conexión.

El enriquecimiento, cuando opera independientemente de una causa jurídica, quiebra el equilibrio entre dos patrimonios de una manera injusta, y cuando tal situación se produce la ley otorga un crédito al empobrecido contra el enriquecido, otorgándole una acción “*in rem verso*”, derivada de un principio de equidad. Las condiciones para su interposición son: a) que el demandado debe haberse **enriquecido** por la percepción de un beneficio, material, intelectual y aún moral; (b) este beneficio debe haberse obtenido **a expensas del demandante, quien se ha empobrecido**; (c) que tal enriquecimiento sea **injusto**; y d) que el demandante **no tenga otro remedio** para obtener satisfacción, por lo que tal acción tiene carácter residual o subsidiaria.

(Énfasis agregado)

En conclusión, conforme al Derecho peruano, la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado se enfoca en el presupuesto de “a expensas de otro”, y como tal, lo fundamental es que el demandado se haya beneficiado indebidamente aprovechándose de otro, siendo irrelevante la presencia de un empobrecimiento y su conexión con el enriquecimiento. Bajo este modelo reconocido por ley, se podría aplicar el enriquecimiento injustificado más allá de lo que permiten modelos restrictivos como el francés, italiano y español, para que sirva al estilo de los modelos alemán o anglosajones.

De esta manera, habrá que verificar hasta dónde puede llegar el enriquecimiento injustificado en el Perú según la cuantía de la restitución. Si el enriquecimiento injustificado gira exclusivamente en torno al beneficio en virtud del presupuesto de “a expensas de otro”, podría permitir el pago de altas sumas dinerarias que vayan más allá de la restauración o compensación para acercarse a la disuasión y punición. Esto podría generar una intersección de funciones como ha ocurrido en el *Common Law* con el *disgorgement* y los *punitive damages*⁴¹, o en el *Civil Law* con el daño moral, que es compensatorio en teoría pero punitivo en la práctica⁴².

En todo caso, será labor de la doctrina y jurisprudencia peruana evaluar (a) si conviene usar de manera amplia al enriquecimiento injustificado para que funcione como el *disgorgement*, o (b) si es preferible mantener una posición restringida a pesar de la amplitud del artículo 1955 (y que el *disgorgement* sea reconocido por una especial expresa).

Así, el enriquecimiento injustificado podría dar un salto a la fama y servir allí donde la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil se muestran insuficientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez-Caperochipi, J. A. (1993). *El enriquecimiento sin causa*. 3ª edición. Granada: Editorial Comares.
- Arrarte Arisnabarreta, A. M. y Paniagua Guevara, C. (2007). Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra. En *Advocatus*, N° 16, pp. 181-200.
- Barchi, L. (2020). El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso. En *Advocatus*, N° 38, pp. 27-40.
- Basozabal Arrue, X. (2008). Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. En *InDret*, N° 4, pp. 1-54.
- Basozabal Arrue, X. (2019). La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado: pautas para salir de un atolladero. En *Revista de Derecho Civil*, Vol. VI, N° 2, abril-junio, pp. 99-167.
- Benatti, F. (2008). *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*. Milán: Giuffrè.
- Berger, K. P. (2010). *The creeping codification of the new lex mercatoria*. Second edition. USA: Wolters Kluwer.
- Birks, P. (1982). Restitution and wrongs. En *Current Legal Problems*, Vol. 35, N° 1, pp. 53-76.
- Birks, P. (1985). *An introduction to the law of restitution*. Oxford: Clarendon Press.
- Birks, P. (2001). Unjust enrichment and wrongful enrichment. En *Texas Law Review*, Vol. 79, N° 7, pp. 1767-1794.
- Burrows, A. (2011). *The law of restitution*. 3ª edición. Oxford: Oxford University Press.
- Busto Lago, J. M. y Peña López, F. (1997). Enriquecimiento injusto y responsabilidad extracontractual. En *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, N° 1, pp. 141-166.
- Campos Medina, A. (2006). La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos. En *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, pp. 307-328.
- Castillo Freyre, M. y Molina Agui, G. (2009). Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa. En *Ius Doctrina & Legislación*, N° 02, febrero, p. 185 y ss.

41 Véase Benatti (2008); Pardolesi (2012).

42 En otra ocasión ya hemos explicado cómo estas prácticas punitivas encubiertas podrían ser revocadas por cortes de jurisdicciones del *Civil Law* como el Perú. Véase García Long (2021).

- Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R. (2016). El enriquecimiento sin causa en el arbitraje de contratación pública. En *Arbitraje PUCP*, N° 6, pp. 19-29.
- Chen, L.; Ge, J.; He, J.; Liu, Q.; Wu, Z. y Xiong, B. (2021). *The Civil Code of the People's Republic of China*. Boston: Brill Nijhoff.
- Clive, E. (2004). Chapter 33. Unjustified enrichment. En Hartkamp, A.; Hesselink, M.; Hondius, E.; Joustra, C.; du Perron, E. y Veldman, M. (eds). *Towards a European Civil Code*. Third fully revised and expanded edition. Nimega: Kluwer Law International, pp. 585-605.
- Combout, M. (2019). Unjustified enrichment and civil liability. En Borghetti, Jean-Sébastien y Whittaker, Simon (eds). *French civil liability in comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, p. 353-376.
- Cortés Moncayo, É.; Herrera Moreno, J. y Riaño Saad, A. (2020). 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, pp. 671-764.
- Dannemann, G. (2009). *The German law of unjustified enrichment and restitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Dawson, J. P. (1951). *Unjust enrichment: a comparative analysis*. Boston: Little, Brown & Co.
- Descheemaeker, E. (2017). The new French law of unjustified enrichment. En *Restitution Law Review*, Vol. 25, The Global Futures of Unjust Enrichment: Global Perspectives, pp. 77-103.
- De los Ríos Woolls, G. (2008). El enriquecimiento sin causa. En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Volumen I. Lima: Palestra Editores, pp. 541-554.
- Dickson, B. (1995). Unjust enrichment claims: a comparative overview. En *The Cambridge Law Journal*, Vol. 54, N° 1, pp. 100-126.
- Díez Picazo y Ponce de León, L. (2011). *La doctrina del enriquecimiento sin causa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Edelman, J. (2001). Unjust enrichment, restitution and wrongs. En *Texas Law Review*, Vol. 79, pp. 1869-1878.
- Edelman, J. (2002). *Gain-based remedies. Contract, tort, equity and intellectual property*. Oregon: Hart Publishing.
- Espinoza, J. (2012). Fuente de las obligaciones. Tratamiento doctrinario y jurisprudencial. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 142, pp. 115-129.
- Fernández Cruz, G. (2015). 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, pp. 385-404.
- Fernández Cruz, G. (2019). *Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano*. Lima: Instituto Pacífico.
- Friedman, D. (1980). Restitution of benefits obtained through the appropriation of property or the commission of a wrong. En *Columbia Law Review*, Vol. 80, N° 3, pp. 504-558.
- Friedman, D. (2000). Restitution for wrongs: the basis of liability. En Cornish, W. R.; Nolan, Richard; O'Sullivan, Janet y Virgo, Graham (eds). *Restitution. Past, present and future. Essays in honour of Gareth Jones*. Oxford: Hart Publishing, pp. 133-154.
- Gallo, P. (1992). Unjust enrichment: a comparative analysis. En *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, N° 2, pp. 431-465.
- Gallo, P. (1999). Remedies for unjust enrichment in the history of Italian law and in the Codice Civile. En Schrage, Eltjo J.H. (ed). *Unjust enrichment. The comparative legal history of the law of restitution*. 2nd edition. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 275-288.
- Gallo, P. (2018). *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*. Torino: G. Giappichelli Editore.

- García Long, S. (2018). El nacimiento y ascenso de los civil lawyers. En *Themis*, N° 73, pp. 271-294.
- García Long, S. (2019). *La función punitiva en el derecho privado*. Lima: Instituto Pacífico & PUCP.
- García Long, S. (2021). Casación 1 - Daños punitivos 0. Comentario a la Casación N° 464-2018-La Libertad. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 101, noviembre, pp. 153-178.
- García Valdez, L. (2017). Arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa en la contratación pública. En *Derecho y Cambio Social*, N° 47, pp. 1-11.
- Geldres Campos, R. (2017). Bases para una nueva concepción del enriquecimiento sin causa: un análisis desde la teoría de la diferenciación. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 49, julio, pp. 109-140.
- Giglio, F. (2007). Restitution for wrongs: a structural analysis. En *Canadian Law Journal*, Vol. 20, N° 1, pp. 5-34.
- Gordley, J. (2006). *Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press.
- Grantham, R. y Rickett, C. (2003). Disgorgement for unjust enrichment? En *The Cambridge Law Journal*, Vol. 62, N° 1, pp. 159-180.
- Grondona, M. (2015). Arricchimento senza causa. En D'Angelo, Andrea (ed). *Le obbligazioni restitutorie*. Torino: G. Giappicheli Editore, pp. 35-68.
- Gutteridge, H. C. & David, R. J. A. (1934). The Doctrine of Unjustified Enrichment. En *The Cambridge Law Journal*, Vol. 5, N° 2, pp. 204-229.
- Israel (1993). Unjust Enrichment Law 1979. En *The Restitution Law Review*, Vol. 1, pp. 213-214.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2013). La arbitrabilidad de las obras adicionales en la contratación pública. En *Advocatus*, N° 28, pp. 121-143.
- Johnston, D. y Zimmermann, R. (2002). Unjustified enrichment: surveying the landscape. En Johnston, David & Zimmermann, Reinhard (eds). Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective. Cambridge University Press, pp. 3-35.
- Jooste, C.; Schrage, E. (2016). Subsidiarity of the General Action for Unjust Enrichment (Part 1). En *Journal of South African Law*, Vol. 2016, N° 1, pp. 1-19.
- Jooste, C.; Schrage, E. (2016). Subsidiarity of the General Action for Unjust Enrichment (Part 2). En *Journal of South African Law*, Vol. 2016, N° 2, pp. 220-235.
- Kull, A. (2011). Three Restatements of Restitution. En *Washington and Lee Law Review*, Vol. 68, N° 3, pp. 867-880.
- Kupisch, B. (1999). Ungerechtfertigte Bereicherung. En Schrage, Eltjo J. H. (ed). Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution. 2nd edition. Berlín: Duncker and Humblot, p. 237-274.
- Letelier Cibié, P. (2018). Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general. En *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 2, pp. 649-670.
- León, L. (2021). La acción restitutoria por enriquecimiento injustificado en el Perú. Notas históricas, comparativas y prácticas. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 100, octubre, pp. 27-75.
- Linares Jara, M. (2009). Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa. En *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, pp. 175-190.
- Lönholm, L. (1898). *The Civil Code of Japan*. Tokyo: Kelly & Walsh Lim.
- MacQueen, H. L. (2005). Unjustified Enrichment in Mixed Legal Systems. En *Restitution Law Review*, Vol. 13, pp. 21-33.
- MacQueen, H. L. (2009). 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, pp. 322-354.
- McCamus, J. D. (2009). The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment. En *Canadian Bar Review*, Vol. 90, pp. 439-467.

- McInnes, M. (2000). Disgorgement for wrongs: an experiment in alignment. En *Restitution Law Review*, Vol. 8, N° 4, pp. 516-546.
- Michael, S. (1968). The doctrine of “subsidiarity of the action for recovery of an unjust enrichment” in French and Ethiopian Law. En *Journal of Ethiopian Law*, Vol. 5, N° 1, pp. 173-200.
- Montero Wong, J. R. (2019). Supuestos de enriquecimiento sin causa en los contratos públicos. En *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, N° 16, junio, pp. 89-101.
- Morón Urbina, J. C. (2013). ¡Muchas gracias, que Dios se lo pague! El enriquecimiento sin causa de la administración pública con motivo de la contratación estatal. En *Derecho Administrativo en el siglo XXI*. Vol. 1. Lima: Adrus D&L Editores, p. 77 y ss.
- Nicholas, B. (1961-1962). Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law. Part I. En *Tulane Law Review*, Vol. 36, N° 4, pp. 605-646.
- Nicholas, B. (1962-1963). Unjustified Enrichment in Civil Law and Louisiana Law. Part II. En *Tulane Law Review*, Vol. 37, N° 1, pp. 49-66.
- Nicolussi, A. (1998). *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*: Milán: Giuffrè.
- Palacios, E. (2020). Artículo 1954. En *Código Civil Comentado*. Tomo IX. 4ª edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 965-701.
- Pardolesi, P. (2012). *Contrato e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*. Bari: Cacucci.
- Pino Emhart, A. (2016). La restitución de ganancias ilícitas y la acción del provecho por dolo ajeno. En *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, pp. 227-270.
- Pino Emhart, A. (2019). Las acciones civiles por infracciones al derecho de propiedad intelectual. En *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 8, N° 2, pp. 33-58.
- Pizarro Wilson, C. (2009). La acción de restitución por provecho de dolo ajeno. En *Estudios de Derecho Civil IV*. Santiago: Lexis Nexis, pp. 679-688.
- Ramos Núñez, C. (2011). *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo VI. El Código Civil de 1936. Volumen 3. El bosque institucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Revoredo de Debakey, D. (1984). Enriquecimiento sin causa. En *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI. Lima, pp. 775-779.
- Ricart-Martí, E. (2014). Continuidad histórica de la prohibición de enriquecimiento injustificado. En *Fundamina*, Vol. 20, N° 2, pp. 790-800.
- Rivera Alarcón, A. C.; Clavijo Cedillo, C. M.; Capuñay Revollo, M. A.; Lavalle Zamora, A. A. & Herrera Benedetti, R. R. (2020). Salven la eficiencia: ¿el enriquecimiento sin causa como consecuencia de la nulidad del contrato debería ser llevado a arbitraje? En *Foro Jurídico*, N° 18, pp. 125-140.
- Seavy, W. A. y Scott, A. W. (1938). Restitution. En *Law Quarterly Review*, Vol. 54, N° 1, pp. 29-45.
- Schlechtriem, P.; Coen, C. & Hornung, R. (2001). Restitution and unjust enrichment in Europe. En *European Review of Private Law*, Vol. 9, N° 2/3, pp. 377-415.
- Schrage, E. J. H. y Nicholas, B. (1999). Unjust enrichment and the law of restitution: a comparison. En Schrage, E. J. H. (ed). *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*. 2nd edition. Berlín: Duncker and Humblot, pp. 9-30.
- Séjean, M. (2015). Chapter 6. The disgorgement of illicit profits in French law. En Hondius, Ewoud y Janssen, André (eds). *Disgorgement of profits: gain-based remedies throughout the world*. New York: Springer, pp. 121-138.
- Sirena, P. (2003). La acción general de enriquecimiento sin causa: situación actual y perspectivas futuras. En *Derecho & Sociedad*, N° 20, pp. 233-250.
- Sirena, P. (2009). La restituzione dell’arrecchimento e il risarcimento del danno. En *Rivista di Diritto Civile*, Año 55, N° 1, p. 65-87.
- Smits, J. (2008). A European Law on Unjustified Enrichment? A Critical View of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of

- Reference. En *Stellenbosch Law Review*, Vol. 19, N° 2, pp. 179-188.
- Smith, L. (1992). The province of the law of restitution. En *The Canadian Bar Review*, Vol. 71, N° 4, pp. 672-699.
- Smith, L. (2002). Property, subsidiary, and unjust enrichment. En Johnston, David & Zimmermann, Reinhard (eds). *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*. Cambridge University Press, pp. 588-625.
- Trimarchi, P. (1962). *L'arricchimento senza causa*. Milán: Giuffrè.
- Van Maanen, Gerrit E. (2006). Subsidiarity of the action for unjustified enrichment – French law and Dutch law: different solutions for the same problem. En *European Review of Private Law*, Vol. 14, N° 3, pp. 409-422.
- Virgo, G. (2015). *The principles of the law of restitution*. Third edition. Oxford: Oxford University Press.
- Visser, D. (2009). Chapter 35. Unjustified enrichment in comparative perspective. En Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, pp. 961-992.
- Von Bar, C. y Swann, S. (2010). *Unjustified enrichment*. Munich: Sellier European Law Publishers.
- Wong Abad, J. (2008). Presupuestos adicionales de obra, enriquecimiento sin causa y cláusula arbitral en los contratos administrativos. A propósito de una discusión entre (algunos) jueces y (algunos) árbitros. En *JUS Jurisprudencia*, N° 9, p. 95 y ss.
- Worthington, S. (1999). Reconsidering disgorgement for wrongs. En *Modern Law Review*, Vol. 62, N° 2, pp. 218-240.
- Zimmermann, R. (1995). Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach. En *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, N° 3, pp. 403-430.
- Zimmermann, R. y Du Plessis, J. (1994). Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment. En *Restitution Law Review*, Vol. 2, pp. 14-43.
- Zweigert, K. y Kötz, H. (1992). *Introduction to comparative law*. Second revised edition. Oxford: Clarendon Press.