

El enriquecimiento injustificado como mecanismo de tutela frente de los derechos de la personalidad

RICARDO GELDRES CAMPOS

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Asistente de cátedra de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



SUMARIO:

- I. Breve panorama actual del enriquecimiento injustificado en nuestro medio.
- II. La revolución copernicana del enriquecimiento injustificado en el derecho comparado: la adopción del modelo tipológico.
- III. Propuesta de una construcción tipológica del enriquecimiento injustificado en el marco del Código Civil peruano.
- IV. Hacia un reconocimiento del enriquecimiento injustificado como mecanismos de protección de los derechos de la personalidad en el Código Civil peruano.

RESUMEN:

Por medio del presente artículo, el autor desarrolla la figura del enriquecimiento ilícito, dónde surgió, cómo es tratado en la doctrina comparada y por qué su uso es limitado en el medio nacional; al respecto, postula una construcción tipológica de los tipos de enriquecimiento en el marco del Código Civil nacional que atiende a las diferencias existentes en los problemas restitutorios, haciendo especial énfasis en la protección de los derechos de la personalidad.

Palabras clave: enriquecimiento injustificado, mecanismos de tutela, derechos de la personalidad, problemas restitutorios.

ABSTRACT:

Through this article, the author develops the figure of illicit enrichment, where it arose, how it is treated in doctrine and why its use is limited in the national environment; in this regard, he postulates a typological construction of the types of enrichment within the framework of the Peruvian Civil Code focused on the existing differences in restitutive problems, placing special emphasis on the protection of personality rights.

Keywords: unjustified enrichment, protection mechanisms, personality right, restitutive issues.

“Un día, mi hija y una compañera de clase estaban montando en sus ponis cuando un hombre se acercó a las dos niñas y les preguntó si podía tomarles unas fotos. Las niñas aceptaron gustosamente. Al cabo de un tiempo, alguien le mostró a mi hija una revista para adolescentes, que contenía una historia salvaje sobre dos chicas en poni, pérdidas en un pantano, y que habían sido rescatadas por el reportero de dicha revista. En cuatro páginas de fotografías aparecía mi hija. Era una historia simpática, nada difamatoria, y las fotos también eran simpáticas, pero se publicaron sin autorización, para ser precisos: sin mi consentimiento como padre. Mi hija no se sintió muy entusiasmada cuando le comenté que tenía la intención de tomar cartas en el asunto, pero se mostró más comprensiva cuando le mencioné que podía ganar algo de dinero. Indagué con alguien que conocía el mercado de los medios de comunicación y le pregunté por las tarifas sobre la compra de este tipo de fotografías.

Me informaron de que dependían de las fotografías, de su tamaño y, sobre todo, de la difusión del periódico en cuestión. Mi fuente estimó que una suma en torno a los 1.000 euros sería el precio de mercado en el caso de esta revista para adolescentes que por cierto tenía una tirada bastante limita-

da. Llamé al director, me presenté como abogado, y le pedí explicaciones. Me dijo que investigaría el asunto, hablaría con sus abogados y se pondría en contacto conmigo de nuevo. Tres días después volvió a llamar, se disculpó y me explicó que todo era culpa del periodista. Acepté sus disculpas y le pedí más. Me dijo: “¿Cuánto tienes pensado?” Me atreví como un jugador de póquer y pedí audazmente 3.000 euros. Me contestó: “¿Aceptaría un cheque?” Dije “Sí”, y me sentí como un tonto por no haber pedido más. En todo caso, el dinero se gastó en ropa”.

La historia que acabamos de relatar está basada en hechos reales que le ocurrieron a un reconocido jurista alemán¹. Para el operador jurídico peruano puede parecer sorprendente, pero el susodicho padre acaba de hacer uso de un mecanismo bastante desconocido en nuestro medio —el enriquecimiento injustificado—, y en las siguientes líneas explicaré por qué:

I. BREVE PANORAMA ACTUAL DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN NUESTRO MEDIO

En nuestro medio el enriquecimiento injustificado ha venido siendo aplicado muy limitada-

1. Schlechtriem, Peter. "Privacy, Publicity and Restitution of Wrongful Gains: Another New Economy?" Oxford University Comparative Law Forum. University of Oxford, 2001. <https://ouclf.law.ox.ac.uk/privacy-publicity-and-restitution-of-wrongful-gains-another-new-economy/>

mente, para resolver problemas relacionados con el enriquecimiento que se produce en la contratación pública —cuando dicho contrato se anula—, en la unión de hecho impropia, en los títulos valores, entre otros. Esta aplicación limitada se sustenta en una concepción bastante arraigada en nuestro medio consistente en que el enriquecimiento injustificado constituye un mecanismo que sirve exclusivamente para tapan las “grietas” o “huecos” presentes en el derecho privado, que no pueden ser resueltas por éste. Dicho de otra manera, el enriquecimiento injustificado solo es de aplicación cuando el problema restitutorio planteado no pueda resolverse a través de instituciones jurídicas privada tales como la responsabilidad civil, los derechos reales, el contrato, el pago de frutos, etc.²

En la medida que el enriquecimiento injustificado es un mecanismo ajeno al derecho positivo, tendría por fundamento la equidad o la justicia —fundamentos extrapositivos—. Además, el enriquecimiento injustificado, según esta concepción, es visto como un mecanismo unitario o genérico dispuesto para resolver cualquier

problema restitutorio, bajo la exigencia de los siguientes requisitos: enriquecimiento, empobrecimiento, relación de causalidad entre dichos elementos, ausencia de causa, y que no exista otra acción disponible —subsidiariedad—.

Esta concepción hunde sus raíces en el *Code* francés de 1804 que no reguló el enriquecimiento injustificado, sino solo el pago indebido y la gestión de negocios ajenos, agrupándolos bajo la denominación de “cuasicontratos”. No obstante, por obra de la jurisprudencia a partir del caso Boudier³ se comenzó a aplicar el enriquecimiento injustificado bajo la exigencia de unos requisitos bastante flexibles. Posteriormente, y debido al temor de que esta figura se comience a aplicar ampliamente en perjuicio de otras instituciones jurídicas, la misma jurisprudencia —en las sentencias Clayette y Briauhant— decidió limitar su campo de aplicación, exigiendo el requisito de la subsidiariedad.

Nuestros legisladores, muy influenciados por esta concepción, reconocieron la regla de la subsidiariedad en el artículo 1955 del Código

2. Gastón Fernández, “Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa”, en *Reflexiones en torno al Derecho Civil. A los treinta años del Código*, ed. Rafael Molina (Lima: lus et Veritas, 2017), 65 y ss. En ese mismo sentido: Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre, “El pago indebido y el enriquecimiento sin causa”, en *Actualidad Jurídica*, tomo 99, (Lima: 2002), 11 y ss.; Mario Castillo Freyre y Giannina Molina, “Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa”, en: *Jus Doctrina & Práctica*, N° 2, Grijley, (Lima: 2009), 197 y ss.; Héctor Martínez, “El enriquecimiento injustificado: ¿indemnización o restitución?”, disponible en la web: <https://www.derechocambiosocial.com/revista011/enriquecimiento%20injustificado.htm>; Luciano Barchi, “El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso”, en *Advocatus*, N° 38, (Lima: 2019), 27 y ss.
3. El caso Boudier es como sigue: El arrendador de un predio rural (Patureau), resolvió el contrato de arrendamiento debido al incumplimiento de las obligaciones de su arrendatario (Garnier-Godard). Previo a la resolución de este contrato, el arrendatario había contratado con Boudier (un tercero ajeno al contrato) para el suministro de abonos en el predio. Como Boudier había ejecutado el suministro, y debido a la insolvencia de su parte contractual (Garnier-Godard), formuló una demanda contra el propietario (Patureau) solicitando el pago del valor de los abonos, sobre la base de que el propietario se había enriquecido al haber recuperado el predio, y no haber pagado alguna suma por los abonos recibidos. La Corte de Casación estimó la acción de Boudier (suministrador de abonos) contra el propietario (Patureau), en base a la *action de in rem verso*, considerada por la Corte como una acción que a pesar de no estar regulada por el Derecho positivo debe admitirse, en virtud del principio de equidad, el cual prohíbe que alguien se enriquezca en detrimento de otro (*principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui*); y cuyo único presupuesto de aplicación consiste en que el demandante acredite «l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit». La sentencia puede leerse en: H. y L. Mazeaud - J. Mazeaud - F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations: théorie générale*, 9ª ed., (Paris 1998), 836 y ss. Un resumen de este *arrêt* puede verse en: A. Rouast, “L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile”, en: *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, 39 y ss.; Luís de Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil, Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contra-positição entre as diferentes categorías de enriquecimento sem causa*, Almedina, (Coimbra: 2005), 293 y ss.

Civil, disponiendo que el enriquecimiento indebido no será procedente cuando exista otra acción disponible a favor del demandante.

II. LA REVOLUCIÓN COPERNICANA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN EL DERECHO COMPARADO: LA ADOPCIÓN DEL MODELO TIPOLOGICO

La concepción que se acaba de resumir en el acápite anterior curiosamente no es la predominante en el derecho comparado. De hecho, desde hace buen tiempo, y debido a los aportes de Walter Wilburg y Ernst Von Caemmerer, el enriquecimiento injustificado ha dado un giro copernicano: ya no es concebido como un mecanismo genérico o unitario que sirve para tapar las grietas o huecos presentes en el derecho privado, sino como un mecanismo perteneciente al mismo derecho privado, y que desde allí sirve para resolver todo problema restitutorio presente en la realidad.

Debido a la complejidad de los problemas, los citados autores plantearon la necesidad de que el enriquecimiento injustificado ya no sea visto como un mecanismo unitario, sino como uno diferenciado o tipológico, para lo cual será necesario construir grupos o tipos de enriquecimiento, siendo que cada tipo ejercerá una función distinta, y presentará unos requisitos propios. Dicho de otra manera, para la procedencia de la acción restitutoria ya no será necesario la exigencia de requisitos como lo sostenía la doctrina tradicional, sino que ello dependerá del tipo de enriquecimiento que se invoque.

Wilburg distinguió dos tipos de enriquecimiento: el enriquecimiento por prestación —*Leistungskondiktion*—, y el enriquecimiento de otro modo, que comprende al enriquecimiento por intromisión —*Eingriffskondiktion*—⁴. Por su

parte, Von Caemmerer distinguió hasta cuatro tipos de enriquecimiento: el enriquecimiento por prestación —*Leistungskondiktion*—, el enriquecimiento por intromisión —*Eingriffskondiktion*—, el enriquecimiento por liberación de una deuda pagada por un tercero —*Rückgriffskondiktion*— y el enriquecimiento que resulta de los gastos efectuados en una cosa ajena —*Verwendungskondiktion*—. Cada tipo de enriquecimiento tendrá una función y requisitos propios, de ahí la relevancia de esta construcción teórica⁵.

Para llevar a cabo esta labor tipológica, será necesario que el jurista especialista en la materia identifique, en el derecho positivo, las normas que regulan el enriquecimiento injustificado, y a partir de los conflictos restitutorios similares que detecte, construya “tipos” de enriquecimiento, es decir, un conjunto de casos que por compartir un mismo conflicto de intereses merezca coherentemente una misma solución. Esta labor diferenciadora o tipológica, será de crucial relevancia, puesto que cada “tipo” de enriquecimiento tendrá una función y requisitos propios o comunes. En otras palabras, ya no será necesario acreditar el cumplimiento de los cinco requisitos que exige la concepción tradicional —empobrecimiento, enriquecimiento, relación de causalidad entre estos, ausencia de justa causa, y subsidiariedad— para la procedencia de cualquier pretensión restitutoria, sino que bastará con acreditar los requisitos propios de cada “tipo” de enriquecimiento. La concepción que se acaba de resumir ha sido acogida en muchos ordenamientos jurídicos.

En Italia, Trimarchi⁶, en base a los postulados de Wilburg y Von Caemmerer, ha propuesto, para el *Codice* italiano, distinguir los siguientes tipos de enriquecimiento: i) El enriquecimiento que resulta de haber obtenido utilidades que son

-
4. Walter Wilburg, *Die Lehre Von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau*, (Graz: Leuschner & Lubensky, 1934).
 5. Ernst Von Caemmerer, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, en Dölle, H. / Rheinstejn, M. / Zweigert, K. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel*, I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pp. 333-401.
 6. Pietro Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, (Milán: 1962), 22 y 23

objeto de un derecho ajeno, tales como son los supuestos de enajenación, uso y consumo de cosa ajena —enriquecimiento por intromisión—, ii) El enriquecimiento que resulta de haber obtenido utilidades que constituyen el propósito de una actividad ajena —pago indebido y mejoras—⁷.

En ese mismo sentido, Paolo Gallo ha propuesto distinguir los siguientes tipos de enriquecimiento: i) el enriquecimiento por hecho injusto⁸, el cual se presenta cuando el enriquecimiento es consecuencia de la conducta del enriquecido —enriquecimiento por intromisión—, y ii) el enriquecimiento que no es consecuencia de la conducta del enriquecido, sino del empobrecido. Esta última categoría es amplia, y comprende hasta tres hipótesis: a) el enriquecimiento que depende de la conducta de otro, y que no constituye una prestación —por ejemplo, gastos, mejoras, etc.—; b) el enriquecimiento que resulta de una prestación ajena; y, por último, c) el enriquecimiento que resulta de la conducta altruista en una situación de emergencia⁹.

En Portugal, Cordeiro¹⁰, aunque se muestra algo reacio a aceptar el modelo alemán en el derecho portugués, distingue sin embargo en su obra los siguientes tipos de enriquecimiento: i) la repetición del pago indebido, y ii) el enri-

quecimiento en sentido estricto. Dentro de esta categoría se encuentran los supuestos de enriquecimiento por prestación, el enriquecimiento por intervención y por pago de gastos, así como el enriquecimiento trilateral.

Por su parte, Leitão ha sido el más claro defensor del modelo alemán en el Código Civil de Portugal distinguiendo, a tal efecto, los siguientes tipos de enriquecimiento:

- a) El enriquecimiento por prestación que se produce cuando alguien adquiere un enriquecimiento mediante la prestación de otro sin una causa que lo justifique¹¹;
- b) El enriquecimiento por intervención que se presenta cuando alguien, sin autorización del titular, usa, consume o dispone de derechos o posiciones jurídicas de carácter absoluto, es decir, de aquellas situaciones jurídicas que atribuyen a su titular un monopolio exclusivo de disfrute;
- c) El enriquecimiento por gastos realizados en beneficio de otro —enriquecimiento por incremento del valor de las cosas ajenas, y el enriquecimiento por pago de deudas ajenas—¹²; y,
- d) El enriquecimiento por intermediación del patrimonio del enajenante en los casos de transmisión de bienes a favor de terceros.

7. La propuesta italiana resulta relevante, en la medida que el *Codice* contiene dos disposiciones normativas muy similares a las nuestras en materia de enriquecimiento injustificado. En primer lugar, el artículo 2041, el cual dispone “*Quien, sin una justa causa se ha enriquecido en daño de otra persona está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a esta última de la correlativa disminución patrimonial. Cuando el enriquecimiento tenga por objeto una cosa determinada, aquel que la ha recibido está obligado a restituirla en especie, si existe en el momento de la demanda*”. En segundo lugar, el artículo 2042 que prevé la regla de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa: “*La acción de enriquecimiento no es proponible cuando el perjudicado puede ejercitar otra acción para hacerse indemnizar por el perjuicio sufrido*”.

8. Paolo Gallo, *Trattato di diritto civile*, VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, (Turín: 2018), 69 y ss.

9. Gallo, *Trattato di diritto civile*, VII, cit., 95 y ss.

10. Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII, 257 y ss.

11. Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*, 608 y ss. En ese mismo sentido, siguen la teoría tipológica a diferenciadora: FARIA, Jorge Riveiro de, *Direito das obrigações*, vol. I, 2ª. ed. Almedina, (Coimbra: 2020), 370 y ss.; D. C. Gonçalves, *Comentário sub art. 473-482*, en A. M. Cordeiro (coordinador), *Código Civil comentado*, vol. II, *Das obrigações em geral*, Almedina, (Coimbra: 2021), 390 y ss.

12. Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*, 803 y ss.

Este tipo de enriquecimiento se presenta cuando un tercero se enriquece por virtud de un patrimonio interpuesto entre él y el empobrecido¹³.

En España¹⁴, Díez Picazo¹⁵ fue el primer jurista que destacó la necesidad de abandonar la concepción unitaria del enriquecimiento injustificado porque no permite resolver correctamente todos los problemas restitutivos, y adoptar la concepción tipológica del enriquecimiento injustificado. Al respecto, el citado jurista español es rotundo: *"La imposibilidad de construir explicaciones unitarias impone la conclusión de que todo lo que sea moverse en el plano de la abstracción no permite nunca salir de la abstracción (...) Solo construyendo una tipología es posible comprender el instituto que nos ocupa"*¹⁶. En ese sentido, el citado autor, siguiendo a Wilburg y Von Caemerer, distingue los siguientes tipos de enriquecimiento: i) El enriquecimiento por prestación¹⁷, ii) El enriquecimiento por intromisión que se presenta todas las veces en que alguien usa, consume o dispone de bienes ajenos¹⁸, iii) El enriquecimiento por inversión o desembolso que se produce cuando una persona transfiere a otra dinero o bienes que se encontraban en su posesión o realiza en su favor una prestación de trabajo o servicios¹⁹.

En ese mismo sentido, Xabiel Basozabal, siguiendo a la doctrina alemana, critica la concepción unitaria del enriquecimiento injustificado, al considerar que ella impone la necesidad de adoptar un grado de abstracción muy alto que no responde a las necesidades de resolver todos los problemas restitutorios presentes en la realidad. En los términos del mismo autor:

*"Pero una concepción del derecho de enriquecimiento que pretenda abarcar por igual supuestos de prestación, uso, consumo y disposición de cosa ajena, mejora, y regreso por pago de deuda ajena, necesariamente debe remontarse a un grado de abstracción muy alto, y esta falta de concreción promueve la tentación de usar el derecho de enriquecimiento como derecho general de equidad. Más concretamente, con la crítica de Wilburg a este esquema unitario de datio-conditio se pone de relieve que esta concepción del enriquecimiento sin causa es incapaz de explicar y dar una respuesta satisfactoria a los supuestos de enriquecimientos no derivados de prestación, sobre todo a aquellos derivados de uso, disfrute de cosa ajena"*²⁰.

Por su parte, Vendrell²¹ recientemente ha señalado que *"modernizar el Derecho del enriquecimiento"*

13. Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*, 815 y ss.
14. El Código Civil español, inspirado en su homólogo francés, no consagra alguna norma sobre enriquecimiento injustificado, solo el pago indebido (arts. 1895 al 1901) y la gestión de negocios ajenos (arts. 1888 al 1894) agrupándolos bajo la categoría de los cuasi contratos. No obstante, pese esta regulación, la doctrina de aquel país no ha dudado en seguir el modelo alemán, proponiendo una tipología de enriquecimiento
15. L. Díez-Picazo, "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en De la Cámara, M. / Díez-Picazo, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, (Madrid: 1988), 94-132; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, 6.ª ed., editorial Thomson-Civitas, (Madrid: 2007), 105.
16. Díez-Picazo, "La doctrina del enriquecimiento injustificado", 97 y 98
17. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, cit., 106
18. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, cit., 107 y ss.
19. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, cit., 109 y ss; "La doctrina del enriquecimiento injustificado", 128
20. X. Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas. (Madrid: 1998), 35-51.
21. C. Vendrell Cervantes, "El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en:

(Continúa en la siguiente página)

to equivale a adoptar una aproximación tipológica o diferenciadora, que permita desprenderse de la concepción unitaria, tradicional y, en ocasiones, vulgar o meramente fundada en la equidad”.

De los tipos de enriquecimientos mencionados, solo nos interesa destacar el enriquecimiento por intromisión, en la medida que se encarga de la protección, entre otros, de los derechos de la personalidad, que es el tema que estamos abordando en el presente artículo. El enriquecimiento por intromisión se presenta cuando alguien realiza una invasión o intromisión no autorizada sobre un derecho o posición jurídica de carácter absoluto —es decir, de aquel derecho que atribuye a su titular un monopolio exclusivo de uso o disfrute—. Para hacer frente a este tipo de actos, el ordenamiento jurídico articula a favor del titular del derecho afectado el remedio del enriquecimiento por intromisión para solicitar, contra el usurpador, el valor que habría percibido de haber autorizado la intromisión sobre su derecho.

III. PROPUESTA DE UNA CONSTRUCCIÓN TIPOLÓGICA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Conforme a lo desarrollado en el acápite ante-

rior, la pregunta que surge es la siguiente: ¿es posible adoptar el modelo tipológico del enriquecimiento injustificado en el Código Civil peruano?

Bajo el Código Civil de 1936, el maestro José León Barandiarán²², a propósito de la relación entre perjuicio y provecho, ya proponía una clasificación del enriquecimiento injustificado de acuerdo a lo siguiente:

- a) El enriquecimiento que depende del hecho del empobrecido. En esta categoría, señala el maestro, se encuentran los supuestos de pago indebido propiamente dicho²³, la *condictio turpem vel iniustam causa* —referente a una prestación pactada en vista de una causa ilícita o inmoral—, la *condictio sine causa* en sentido estricto —que comprende todo caso de falta de causa, sea desde el principio, sea que haya venido a faltar después—, la *condictio causa data causa non secuta* —que respecta a una prestación hecha en vista de una causa futura que no se realiza—, y la *condictio causa finita*.²⁴
- b) El enriquecimiento que proviene del enriquecido²⁵ y que puede proceder en los ca-

Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización, coord. por Angel Juárez Torrejón; Pedro del Olmo García (dir.), Xabier Basozabal Arrue (dir.), Thomson Reuters, (Navarra: 2017), 307 y ss.

22. José León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil (Derecho de obligaciones)*, tomo I: *Acto jurídico*, Librería e Imprenta Gil, (Lima: 1938), 291. En ese mismo sentido, Delia Revoredo propone una clasificación (aunque tímida) del enriquecimiento: “El enriquecimiento puede producirse por hecho del empobrecido (generalmente por error de éste); o por hecho del enriquecido (pero en este caso, de mediar dolo o culpa se preferirá utilizar la acción de responsabilidad que corresponda por la integridad del resarcimiento), o puede producirse el enriquecimiento por obra de tercero o por un acontecimiento de la naturaleza”: D. Revoredo de Debakey, “Enriquecimiento sin causa”, en: *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*, tomo VI, Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Delia Revoredo de Debakey (compiladora), Okura Editores, (Lima: 1985), 777

23. “El pago indebido no es sino una de las manifestaciones del enriquecimiento injusto, aunque la más importante y común. Así pues, lo acertado es ocuparse del enriquecimiento sin causa como instituto general, dentro del cual se comprenda el pago indebido, con las indicaciones que particularmente a éste competan”: J. León Barandiarán, “El pago indebido en nuestro Código Civil”, en: *Tratado de Derecho civil peruano. Las obligaciones*, tomo III, vol. II, Walter Gutiérrez C. editor, (Lima: 1992), 669

24. León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil (Derecho de obligaciones)*, 291 y ss.

25. León Barandiarán, cit., 291

sos en que el enriquecido comete un ilícito o no. En ambos casos el perjudicado tendrá a su favor la acción de enriquecimiento. El mismo maestro apunta que, en caso la acción delictual o de responsabilidad civil haya prescrito, el perjudicado podrá recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa.

- c) El enriquecimiento del tercero. Aquí se encuentran los casos de accesión, especificación o confusión entre dos cosas de diferentes dueños, realizada por un tercero. Piénsese en el supuesto del administrador de un fundo agrícola que emplea los abonos correspondientes a un tercero para el fundo de su principal. El constructor que emplea los materiales de un tercero para una construcción de otro²⁶.
- d) El enriquecimiento que proviene de un acontecimiento de la naturaleza o de los animales, encontrándose dentro de la primera a la avulsio, y de la segunda el supuesto en que los animales de Primus se comen los pastos pertenecientes a Secundus²⁷.

Si bien es cierto, no podemos afirmar de forma contundente que el maestro Barandiarán haya adoptado el modelo tipológico de Wilburg y Von Caemmerer, no obstante, la clasificación propuesta resulta importante, puesto que permite demostrar que los problemas restitutorios no son similares, por lo que surge la necesidad de que estos no sean vistos bajo un prisma unitario, sino bajo la construcción de tipos. Por ejemplo, y siguiendo la clasificación mencionada, no es posible que el enriquecimiento por pago indebido sea tratado de igual manera que el enriquecimiento que proviene del enriquecido. O que el enriquecimiento por pago indebido sea tratado de la misma manera que el enriquecimiento del tercero. En ese sentido, es inconcebible que a estos supuestos se le exijan los mismos requisitos —empobrecimiento,

enriquecimiento, relación de causalidad entre estos, ausencia de justa causa, y subsidiariedad—, de ahí la necesidad de llevar a cabo una construcción tipológica en el marco del Código Civil peruano.

En ese sentido, nuestra posición consiste en distinguir los siguientes tipos de enriquecimiento: i) el enriquecimiento que depende del hecho del empobrecido. Aquí se encuentra el supuesto del pago indebido, ii) el enriquecimiento que proviene del hecho del enriquecido. Aquí se encuentra el enriquecimiento por intromisión en el derecho ajeno. Este tipo de enriquecimiento se encuentra reconocido en las siguientes normas:

- a) El que edifica o siembra con materiales, plantas o semillas ajenas, y adquiere lo construido o lo sembrado, deberá pagar el valor de dichos bienes a sus respectivos titulares a fin de evitar el enriquecimiento injustificado —artículo 945 del Código Civil—.
- b) El artífice de buena fe que se convierte en propietario del objeto que se hace con materia ajena deberá pagar el valor de dicha materia a su titular, a fin de evitar el enriquecimiento injustificado —artículo 937 del Código Civil—.
- c) El poseedor de buena fe que enajena bienes hereditarios deberá pagar el precio obtenido al heredero —titular del bien—, —artículo 666 del Código Civil—.
- d) El tercero que explota económicamente un derecho protegido por la Ley del Derecho de Autor deberá pagar un monto equivalente a la remuneración devengada, esto es, el *“valor que hubiera percibido el titular del derecho o la sociedad que lo represente, de haber autorizado su explotación”*, artículos 193 y 194 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

26. León Barandiarán, cit., 291 y ss.

27. León Barandiarán, cit., 443

- e) El tercero que explota una marca o patente deberá pagar “el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido” —literal c) del Artículo 243 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones—.

Dado que el Código Civil y distintas leyes especiales han recogido la figura del enriquecimiento por intromisión, sostenemos que es posible extraer de ellas una regla general conforme al cual, el que usa, consume o dispone de un derecho o bien ajeno sin autorización del titular deberá restituir el costo de licencia o precio de consentimiento. Para la procedencia de esta acción restitutoria no será necesario acreditar los requisitos exigibles por la doctrina tradicional, sino simplemente que el derecho usurpado tiene un contenido de atribución, y que el demandado usurpó el derecho del demandante sin su autorización.

IV. HACIA UN RECONOCIMIENTO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Como habíamos señalado en acápite anteriores, a efectos de la aplicación del enriquecimiento por intromisión resulta relevante determinar si el derecho que se pretende tutelar con este remedio tiene un contenido de atribución, entendido como asignación exclusiva de todos rendimientos derivados del ejercicio del derecho. Con relación al derecho a la imagen, una atenta doctrina nacional se ha pronunciado afirmativamente: “La imagen es un patrimonio moral que solo el titular puede disponer y que los demás deben abstenerse de usarla. Es más, al poder comercializarse la imagen se presenta como un bien disponible del cual su titular puede obtener un provecho económico²⁸”.

Lo anterior es relevante ya que, al menos en relación con el derecho a la imagen, se reconoce que el titular del derecho sólo puede disponer de él, así como obtener un beneficio económico derivado de su explotación.

En ese mismo sentido, es importante traer a colación la Sentencia del 04 de mayo de 2011 emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima que, en el proceso seguido por Corporación Gráfica Navarrete S.A. en contra de Indecopi y los Futbolistas Agremiados de Bolivia — FABOL, sobre nulidad de resolución administrativa, sostuvo lo siguiente:

“El derecho a la imagen, es la facultad que tiene toda persona de impedir que se reproduzca su propia imagen, por cualquier medio, sin autorización, expresa o tácita, así como la facultad para obtener beneficios económicos por la explotación comercial de la misma, por lo que, resulta exigible y obligatorio que el individuo o persona jurídica empleada acredite que cuenta con las autorizaciones respectivas para poder explotar comercialmente la imagen de cualquier persona”.

Por lo demás, esta conclusión también se desprende del primer párrafo del artículo 15 del Código Civil que dispone lo siguiente: “La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

Por lo anterior, dado que se ha reconocido que los derechos de la personalidad conceden a su titular un monopolio exclusivo de disfrute, en el sentido que solo el titular puede obtener los provechos derivados de su explotación, de ello se desprende que los titulares afectados podrán recurrir al remedio del enriquecimiento

28. Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de las personas*, cit., 571

injustificado para hacer frente a cualquier intromisión ilegítima²⁹.

Si bien la citada norma limita su campo de aplicación a los derechos de la imagen y la voz, no hay motivo válido para que la misma no se aplique a otros derechos de la personalidad, como el derecho al nombre, la intimidad y el honor.

Ahora bien, el criterio para cuantificar la pretensión restitutoria no sería otra cosa que el de la licencia hipotética —denominado también “precio del consentimiento”, “costo de autorización” o “valor objetivo del bien o derecho”—, que viene a ser el costo de lo que hubiese percibido el titular del derecho de la personalidad en caso hubiese autorizado la explotación de su derecho.

En doctrina se debate si el precio del consentimiento se fundamenta en la responsabilidad civil o el enriquecimiento injustificado. Si se tiene en cuenta la primera concepción el hecho ilícito se debería configurar cuando alguien usa la imagen de otra persona sin su autorización, no obstante, el precio del consentimiento no podría fundamentarse en aquella, pues ello importaría legitimar o validar un hecho ilícito³⁰, es decir, convertir en lícito un hecho repudiado por el derecho, lo cual resulta contrario a toda lógica. Por lo demás, la doctrina desde hace tiempo ha advertido las dificultades de enmarcar la licencia hipotética dentro del ámbito de la responsabilidad civil:

“Por otra parte, la determinación del “precio del consentimiento” presupone la prueba de que el demandado, de no haber existido el acto ilícito, hubiese permitido el uso de los

signos evocativos de su imagen a cambio del pago de un precio; pues sin dicha prueba no se podría acreditar el nexo de causalidad entre el daño y el acto ilícito, requisito exigible conforme a lo establecido en el artículo 1223 del Codice. No obstante, esta prueba resulta muy compleja, sobre todo si, en el pasado, el demandante no autorizó, a título oneroso, el aprovechamiento de su imagen: circunstancia frecuente —también aquí— en los casos en que el efigiado no pertenezca al círculo de los famosos; razón por la que la jurisprudencia suele negar, en estos casos, la existencia de un perjuicio económico de carácter indemnizable. La “valoración equitativa” en el sentido del artículo 1226 del Codice, tampoco constituye una herramienta eficaz, que compense la imposibilidad de acreditar la cuantía exacta del daño —quantum debeatur—, así como de su existencia —an debeatur—.

Si bien se pueden utilizar otros indicadores para determinar el daño patrimonial sufrido por la persona cuya imagen ha sido difundida ilícitamente - entre ellos, el de las oportunidades de trabajo perdidas - las técnicas de indemnización, destinadas a compensar la diferencia negativa determinada en el patrimonio del perjudicado como consecuencia de la acción ilícita según los criterios dictados por el artículo 1223 del Codice, no son suficientes para proporcionar una protección adecuada”.

En ese sentido, corresponde que el precio del consentimiento tenga por fundamento el enriquecimiento injustificado³¹. Asimismo, es importante tener en cuenta que la responsabilidad civil es un instrumento de restauración, mas no de enriquecimiento del titular del derecho

29. “En ese sentido, los derechos sobre bienes inmateriales son similares a otros derechos; al igual que el sistema jurídico atribuye el valor de uso de los derechos sobre bienes materiales a su propietario, también lo atribuye a los derechos sobre bienes inmateriales”: Gallo, *Trattato di diritto civile*, VII, cit., 61

30. Un sector de la doctrina señala que ello significaría contractualizar un hecho ilícito: P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 433; A. Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, (Padova: 2005), cit., 439; Carapezza Figlia, “Diritto all’immagine e «giusto rimedio» civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia”, cit., 885 y ss.

31. Proto, “Tutele per abuso d’immagine”, cit., 392.

usurpado³². Por lo demás, considerar que el enriquecimiento obtenido por la parte perjudicada constituye una presunción del potencial enriquecimiento es claramente una exageración³³.

Por último, si se afirma que la licencia hipotética se fundamenta en la responsabilidad civil entonces se tendría que llegar a la conclusión de que aquella solo debería aplicarse a las personas famosas —actores o futbolistas, por ejemplo—, puesto que son estas quienes ostentan un derecho de personalidad comercializable, y las que potencialmente podrían acreditar que han dejado de percibir una ganancia como consecuencia del uso no autorizado de su imagen, lo que importaría dejar sin tutela a las personas que no ostentan la calidad de tales —personas no famosos—³⁴.

En doctrina se critica que la licencia hipotética pueda ser objeto de la pretensión restitutoria, en tanto que ella no podría ejercer una función desincentivadora contra conductas usurpadoras intencionales. En efecto, si al usurpador le es indiferente entre usar o disfrutar un derecho ajeno sin autorización y pagar después, o pedir autorización pagando antes, entonces el usurpador no tiene incentivo alguno para negociar en forma previa y seguir el cauce jurídico adecuado. Al respecto, se debe señalar lo siguiente:

“[Q]ue la función primaria del Derecho del enriquecimiento, en especial, la de la con-

dictio por intromisión en derecho ajeno no reside en la necesidad de corregir injusticias, ni evitar que una persona con una conducta reprochable se enriquezca por ello, sino, simplemente en garantizar que la asignación de bienes previamente predeterminada por un ordenamiento jurídico, mediante la concesión de posiciones jurídicas exclusivas protegidas por un derecho subjetivo absoluto o por una situación jurídica-subjetiva de contenido análogo no se vea alterada por la intromisión de terceros³⁵”.

En resumidas cuentas, el objeto de la pretensión restitutoria debe limitarse al valor de mercado de los derechos o posiciones jurídicas usurpados —también llamado precio de autorización o consentimiento—, puesto que, por disposición del ordenamiento jurídico, dichos valores pertenecen en exclusiva al titular del derecho.

En ese mismo sentido, las ganancias obtenidas por el usurpador no podrían formar parte del objeto de la pretensión restitutoria en la medida que en muchas ocasiones las mismas se han generado a partir de las cualidades o capacidades del usurpador, y no del titular del derecho usurpado. Este último solo es titular del derecho usurpado, uno de los factores para la generación de las ganancias, por lo solo le podría corresponder el valor objetivo del referido derecho —o licencia hipotética—³⁶.

32. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 638 y ss.; Nicolussi, “Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato”, cit., 1018; Thiene, “L’immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria”, cit., 350.
33. A. Plaia, “Il risarcimento del danno e la restituzione degli utili nel nuovo sistema italiano ed europeo di tutela della proprietà intellettuale”, en: *L’enforcement dei diritti di proprietà industriale – Profili sostanziali e processuali*, al cuidado de L. Nivarra (Atti del Convegno tenuto a Palermo, 25 e 26 giugno 2004), (Milán: 2005), 28 y ss.; A. Plaia, “La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, (2003), 1026; A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Giappichelli, (2005).
34. A. Barenghi, “Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell’immagine e la sua liquidazione”, en *Dir. inf.*, (1992), 577; Marchegiani, “Il diritto sulla propria notorietà”, en *Riv. dir. civ.*, vol. I, (2001), 236 y ss.
35. Vendrell, “La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, cit., 1175.
36. Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*, cit., 722 y ss.

Debe precisarse que la licencia hipotética no constituye una cesión de derechos con efectos retroactivos, ni una ratificación. Dicho de otra manera, la licencia concedida a favor del titular del derecho infringido no legítima retroactivamente la explotación fraudulenta, no constituye en el infractor un derecho de explotación, ni mucho menos legítima intromisiones futuras. Por esta razón, el titular del derecho infringido, al ejercitar la acción restitutoria por el precio de la licencia hipotética, no renuncia a otras pretensiones que pueden derivarse de la intromisión ilegítima a su derecho —inhibitoria, de remoción o de indemnización por el daño moral o por el daño patrimonial—.

Por otro lado, se debe señalar que el criterio de la licencia hipotética no es desconocido en el ordenamiento jurídico peruano. De hecho, este criterio de cuantificación ya encuentra reconocimiento expreso en materia de derechos de autor, así como de marcas y patentes.

En efecto, los artículos 193 y 194 de la Ley sobre el Derecho de Autor prescriben que, en los casos de infracción al derecho de autor, Indecopi podrá imponer al infractor *“el pago de las remuneraciones devengadas a favor del titular del respectivo derecho o de la sociedad que lo represente”*. Asimismo, se establece que *“el monto de las remuneraciones devengadas será establecido conforme al valor que hubiera percibido el titular del derecho o la sociedad que lo represente, de haber autorizado su explotación. El pago de los derechos de dichas remuneraciones en ningún caso supondrá la adquisición del derecho de autor por parte del infractor”*.

De las normas citadas se advierte que, en los

casos de intromisión o infracción al derecho de autor, el titular del mismo podrá solicitar al infractor el pago de un monto equivalente al que hubiese percibido de haber autorizado la explotación de su derecho —remuneración devengada—. Se trata de un supuesto típico de licencia hipotética.

Por su parte, el literal c) del artículo 243 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones establece que, en los casos de infracción a las marcas y patentes, la indemnización de daños y perjuicios podrá cuantificarse en función al *“precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido”*.

En otras palabras, en los supuestos de infracción o intromisión a las marcas y patentes, el titular del derecho infringido podrá solicitar al infractor el pago de un precio equivalente al que hubiese percibido por concepto de licencia contractual. Si bien la norma dispone que la licencia hipotética es un criterio para cuantificar los daños y perjuicios, por lo que pareciera sugerir que su naturaleza es indemnizatoria, no obstante, en rigor no se trata de un remedio que se fundamenta en la responsabilidad civil, sino en el enriquecimiento injustificado.

De lo anterior, se advierte que el remedio de la licencia hipotética encuentra reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente, en los supuestos de infracción a los derechos de autor, así como de las marcas y patentes. En ese sentido, somos de la opinión de que dicho remedio resulta de aplicación al campo de los derechos de la personalidad.