

**ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LO PAGADO POR ERROR
y sus efectos respecto a terceros (*)**

(Derecho argentino y sus concordancias con el Derecho español)**

por

Luis Moisset de Espanés

(Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro, T. II, p. 293-320, Tecnos, Madrid, 1976)

SUMARIO:

I.- Introducción

II.- Principios que rigen la repetición. Enunciación y análisis

- a) Distinción entre buena y mala fe
- b) Presunciones
- c) Cesación de la buena fe originaria
- d) La repetición y la mora
- e) Carácter de la acción
- f) Naturaleza jurídica: ¿Hay nulidad?
 - 1) Dogmática extranormativa
 - 2) La solución en el Código argentino
 - 3) El Derecho español

III.- La restitución y sus consecuencias respecto al "accipiens de buena fe"

- a) La cosa
- b) Destrucción, pérdida y deterioro
- c) Los frutos
- d) Las mejoras y gastos

IV.- La restitución y sus efectos respecto al "accipiens" de mala fe.

- 1) Mala fe originaria
 - a) La cosa
 - b) Destrucción, pérdida o deterioro
 - c) Los frutos
 - d) Las mejoras y gastos
- 2) Mala fe sobrevenida
 - a) Momento desde el cual se deben los frutos
 - b) Frutos debidos

V.- Efectos respecto a terceros

- a) Cosas muebles

b) Cosas inmuebles
VI.- Conclusiones

(*) El trabajo corresponde al tema de la clase dictada el día 14 de octubre de 1970 en las oposiciones para proveer la Cátedra Titular de Derecho Civil II (Obligaciones), de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), sobre un punto del programa vigente, sorteado por el Tribunal con 24 horas de anticipación.

(**) Las anotaciones y concordancias con el Derecho español han sido realizadas especialmente para la publicación de este trabajo en el Libro de Homenaje a don Federico de Castro y Bravo, hacia quien sentimos profunda admiración por su talento, y por la gentileza y afecto con que nos acogió en su Seminario de Derecho Civil y guió nuestras búsquedas cuando efectuamos estudios de especialización en Madrid. Hemos seguido la opinión del ilustre notario don Rafael Núñez Lagos, expuesta en el tomo XXX, volumen 2, del Código Civil de Mucius Scaevola, procurando presentar los puntos de contacto y las diferencias entre ambos sistemas, y efectuar una breve valoración crítica. Pedimos disculpas al lector español si en estos análisis incurrimos en algún error en la interpretación de su derecho.

I.- Introducción

1.- Procuraremos analizar las consecuencias de la acción de repetición cuando se ha efectuado lo que nuestro Código denomina un "pago por error", y también los efectos que puede tener esa acción con respecto a terceros a quienes el "accipiens" hubiera transmitido los bienes.

El problema está regulado dentro del Libro Segundo de nuestro Código, en el Título XVI, que trata "Del pago", y destina uno de sus capítulos, el VIII (artículos 784 a 798), que lleva la leyenda "De lo dado en pago de lo que no se debe", a los problemas vinculados con el pago por error, el pago sin causa, las obligaciones putativas, y las liberaciones dadas por error.

Nos reduciremos en esta oportunidad al estudio de la acción de repetición; pero, para sistematizar el problema, es conveniente que primero enunciemos algunos principios que rigen esa acción y que surgen de la propia normativa legal.

2.- El Código civil español, por su parte, se ocupa del problema en el Título XVI del Libro Cuarto, al tratar en el Capítulo I los cuasicontratos, destinando dentro de este punto la Sección 2ª al "cobro de lo indebido".

Nos parece más acertada la terminología empleada por el código español, al poner el acento en la posición del "accipiens", cuya conducta es la que deberá tomarse posteriormente en cuenta para determinar los alcances de la acción. Además, la palabra pago, en el lenguaje técnico del derecho civil argentino, presupone la existencia de una relación jurídica obligatoria, que se extingue mediante ese acto, mientras que en esta figura encontramos una atribución patrimonial que no tiene como base una obligación previa y por esa causa, precisamente, se convierte en fuente de la obligación de restituir.

II.- Principios que rigen la repetición. Enunciación y análisis

3.- En primer lugar, el Código argentino traza una diferencia tajante respecto a las consecuencias de la acción, según que el "accipiens"¹ haya obrado de buena o de mala fe. Esa distinción entre la buena y la mala fe es uno de los principios cardinales que debe tomarse siempre en cuenta para determinar las consecuencias de la acción².

4.- Creemos que esta distinción es válida también dentro del Derecho civil español, en razón de lo que establecen los artículos 1896 y 1897, y las disposiciones del Título V del Libro Segundo, respecto a los poseedores de buena y de mala fe, aplicable a los problemas de mejoras y gastos, en virtud de la remisión contenidas en el artículo 1898.

5.- En segundo lugar, y ya específicamente respecto al "accipiens" que debe restituir la cosa recibida, la doctrina suele plantearse el problema de la mora, que luego analizaremos con más detención.

6.- En tercer lugar, debemos determinar si la acción que se concede al "solvens", es decir a quien efectuó el pago por error, es una acción personal o es una acción real, para saber si sólo puede dirigirse contra el "accipiens", o si puede proseguirse contra cualquier persona en cuyas manos se encontrare la cosa.

7.- Finalmente, otro tópico de importancia, por las reformas que la ley 71.711 ha introducido al Código civil, es el determinar la naturaleza jurídica de esta acción de repetición, es decir, si es una especie dentro de las nulidades, o si es una acción indepen-

¹. En adelante llamaremos "accipiens" a quien recibió la cosa que no se le debía, y "solvens" a quien la entregó.

². Conf. Luis M. REZZÓNICO, Estudio de las obligaciones, T. II, p. 922, 9ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1961.

diente, que no se vincula con las nulidades.

a) Distinción entre buena y mala fe

8.- Efectuaremos un breve análisis de los problemas enunciados anteriormente, ilustrándolos con las normas aplicables. Con respecto a la distinción entre buena y mala fe se hace apelación a ella en todas las normas que se refieren a la acción de repetición (artículos 786, 787, 788 y 789 del Código civil argentino). En consecuencia, resulta indispensable determinar en qué consiste la buena o la mala fe del "accipiens", para poder colocarlo en una u otra categoría.

A tal efecto debemos recurrir a preceptos que no se encuentran en materia de obligaciones, porque Vélez Sársfield se ha ocupado más específicamente de la buena y de la mala fe al tratar de la posesión, en los primeros títulos del Libro Tercero, destinado a los derechos reales.

Las disposiciones sobre la buena o mala fe del poseedor son aplicables a la repetición de lo pagado por error en virtud de la expresa remisión contenida en los artículos 786 y 788, que dicen:

"Art. 786 (Código civil argentino).- El que recibió el pago de buena fe, ... debe ser considerado como el poseedor de buena fe".

"Art. 788 (Código civil argentino).- Si ha habido mala fe en el que recibió el pago, ... debe ser considerado como el poseedor de mala fe".

Veamos, entonces, que expresa el artículo 2356 sobre los poseedores:

"Art. 2356.- La posesión puede ser de buena o de mala fe. La posesión es de buena fe cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho se persuadiere de su legitimidad".

Allí está caracterizada la distinción entre la buena y la mala fe, y se dice que la buena fe existe cuando quien posee la cosa,

sin tener derecho a poseerla, ha incurrido en ignorancia o error de hecho. Si adecuamos este criterio al pago por error, podríamos decir que el "accipiens" es de buena fe cuando siendo acreedor cree, por error, que la prestación que recibe es la que realmente debía entregársele; o cuando no siendo acreedor, está persuadido de que verdaderamente lo es³.

Psicológicamente podría establecerse una diferencia entre la ignorancia, que es el desconocimiento absoluto, y el error, que es un conocimiento incompleto o falso; pero, desde el punto de vista de sus efectos jurídicos, deben ser asimilados totalmente, como bien lo señaló SAVIGNY⁴.

Por último, nos planteamos el interrogante: ¿hay alguna contradicción entre esta norma, que excluye el error de derecho, y el artículo 784, que lo contempla?⁵ ¿Qué ocurriría si el "solvens" efectuó el pago por un error de derecho? En primer lugar, como lo establece el artículo 784, el "solvens" gozaría siempre de la acción de repetición, pues el error de derecho no es obstáculo para reclamar la devolución de la cosa entregada. Pero, en tal caso el "accipiens" no podría alegar jamás buena fe, y su situación tendría que ser juzgada como la de los poseedores de mala fe. Los dos dispositivos, por tanto, no se contradicen, sino que se complementan.

9.- En el derecho español, para determinar la buena fe del "accipiens", se deberá recurrir -a nuestro entender- a lo dispuesto en el artículo 433, y cuando la cosa hubiese sido transmitida a un tercero, la buena fe de este último existirá si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1950.

³. Conf. Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, Tomo II, volumen 2, p. 900, ed. Platense, La Plata, 1972.

⁴. Federico C. de SAVIGNY, "Del error y de la ignorancia", Apéndice VIII al Sistema de Derecho Romano actual (traducción al castellano, ed. Góngora, Madrid, 1879, tomo II, p. 388 y ss.)

⁵. Ver nuestro "El error de derecho en el derecho civil contemporáneo y en el código civil argentino", Bol. de la Fac. de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba (Argentina), año XXV, 1961, N° 1-2, p. 143-208 (en especial p. 170-175); reproducido en Revista de Derecho español y americano, Madrid, Año VII, 1962, N° 29, p. 62 y siguientes.

Vemos que el artículo 1895 nos habla de error, refiriéndose al pago; y el artículo 433, de ignorancia, con relación a la buena fe en la posesión, pero consideramos que también son aplicables al Derecho español las consideraciones que efectuábamos más arriba para equiparar el error a la ignorancia, en cuanto a sus efectos jurídicos.

b) Presunciones

10.- El Código civil argentino establece que, frente a la entrega de la cosa, si no se probase lo contrario deberá presumirse que el "accipiens" actuó de buena fe. Es el principio sentado en el artículo 2362:

"Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume".

Por ejemplo, encontramos una presunción de mala fe en el artículo 2771, que se refiere al comprador de cosas muebles a personas sospechosas, que no acostumbran vender cosas semejantes, o que no tienen capacidad para adquirirlas.

Hay también presunciones -que veremos luego- vinculadas con la transformación de la buena fe originaria en mala fe sobrevenida.

11.- En el Derecho español encontramos también un dispositivo que establece la presunción de buena fe del poseedor (artículo 434), y que se sigue disfrutando con el mismo carácter mientras no se pruebe lo contrario (artículo 436).

c) Cesación de la buena fe originaria

12.- El momento de adquirir la posesión tiene, en el sistema de nuestro código, gran importancia, porque en ese instante queda fijada la calificación que debe darse a la posesión, es decir se determina si el poseedor es legítimo o ilegítimo, de buena o de mala

fe, y si su posesión tiene o no vicios; y nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el mero transcurso del tiempo, la causa de su posesión (artículo 2353 del Código civil argentino).

Pero puede suceder que la buena fe originaria se transforme posteriormente en mala fe y específicamente, con relación al problema que nos interesa, puede ocurrir que el "accipiens" haya recibido la cosa de buena fe, pero luego llegue a conocer que el pago había sido efectuado por error, caso en el cual su buena fe desaparecería.

Este aspecto tiene importancia con relación a la percepción de los frutos porque, de acuerdo a lo establecido en el código, es menester gozar de buena fe en el momento de percibirlos, para poder hacerlos suyos y no estar sujeto a la acción de repetición (artículo 2358 del Código civil argentino).

Si se llega a probar que el "accipiens" conocía que el pago se efectuó por error, su buena fe -insistimos- desaparecerá; la ley presume ese conocimiento a partir del momento en que se le notifica la existencia de una demanda reclamándole la devolución de la cosa, pues aunque él tuviese el íntimo convencimiento de que el pago estaba bien hecho, la demanda ha debido crearle dudas razonables. Dispone al respecto el artículo 2433 (Código civil argentino):

"El poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda, y de los que por su negligencia hubiere dejado de percibir; ...".

En ese momento desaparece su buena fe, porque ha llegado a su conocimiento la existencia de un posible error en el pago, y por tanto su creencia no puede ser "sin duda alguna". Esta mala fe, que denominamos "sobrevenida", puede llegar también por otras vías, que la ley no presume, sino que será menester brindar la prueba de que efectivamente ha tenido conocimiento de la existencia del error en el pago. Dice el artículo 2434 (Código civil argentino):

"Cesa también la buena fe del poseedor para los efectos del artículo anterior cuando tuvo conocimiento del vicio de su pose-

sión".

En este caso llegamos a la conclusión de que ha cesado la buena fe mediante la prueba del efectivo conocimiento que tenía el "accipiens" de que el pago había sido efectuado por error.

Nos hemos detenido a establecer la diferencia entre la buena y la mala fe del "accipiens" porque tiene importantes consecuencias jurídicas respecto a la situación en que se encuentran una y otra parte cuando se ejercita la acción de repetición.

13.- En el Derecho español se considera que la buena fe originaria cesa cuando se interrumpe legalmente la posesión (artículo 450), y los actos interruptivos civiles están contemplados en los artículos 1945 (citación judicial), 1947 (conciliación) y 1948 (reconocimiento).

Además de estas hipótesis, también cesará la buena fe si se prueba que ha llegado a conocimiento del "accipiens" el error que vició el pago (artículo 435), como ocurriría si se lo hubiese constituido judicialmente en mora.

d) La repetición y la mora

14.- Debemos referirnos especialmente a este problema porque un autor de prestigio, LLAMBÍAS, ha sostenido que las reformas introducidas por la ley 17.711 al artículo 509 del Código civil argentino, disponiendo la mora automática, han tenido incidencia sobre la restitución de lo pagado por error, en razón de que esta obligación no tiene fijado un plazo de cumplimiento⁶.

⁶. Jorge Joaquín LLAMBÍAS, *Obligaciones*, T. II, ed. Perrot, Buenos Aires, 1970.

Nos dice el jurista porteño, en la página 1005, nota 692, que: "La ley 17.711 ha venido a dificultar la apreciación del momento que adviene la mora, tratándose de un "accipiens" de buena fe. Ello era muy claro en el régimen del antiguo artículo 509; porque jugaba el principio general de la interpelación del acreedor como dispositivo de la mora del deudor. Pero ahora no hay principio general sino una casuística defectuosa que ha venido a enturbiar la solución apropiada cuando el caso no encaja en alguno de los supuestos "tipificados" por el nuevo artículo 509. Es el caso que ahora se presenta del "accipiens" que ha recibido un pago de buena fe: ¿cuándo queda constituido en mora? ...".

El error de LLAMBÍAS reside en que la ley, para imponer la "accipiens" los

Creemos que hay en esta afirmación una pequeña equivocación, y procuraremos demostrarlo.

El "accipiens" deberá siempre restituir la cosa que se le entregó por error; en cuanto al pago de intereses, restitución de frutos y riesgos por la destrucción, pérdida o deterioros, la ley no toma en cuenta la mora, sino la buena o mala fe del "accipiens".

Si ha obrado de buena fe, no tendrá que pagar intereses, ni restituir los frutos; mientras que si era originariamente de mala fe, además de restituir la cosa tendrá que pagar los intereses correspondientes y devolver los frutos percibidos, los que por su culpa dejó de percibir, e incluso los frutos civiles que podría haber producido la cosa si hubiese estado en manos del propietario (artículo 2439 del Código civil argentino). Por último, si el "accipiens" fue originariamente de buena fe, que posteriormente cesó y se transformó en mala fe "sobrevenida", porque tuvo conocimiento del pago por error, o se le notificó la demanda del "solvens", a partir de ese momento soportará los riesgos de la cosa, y deberá los frutos percibidos y los que por su culpa dejó de percibir.

Pero, insistimos, estas soluciones nada tienen que ver con la mora, sino que son consecuencia directa de la buena o mala fe del "accipiens", y no es menester que se lo haya constituido en mora para transformar la buena fe, en mala fe, sino que basta probar -de acuerdo a los artículos 2433 y 2434, que hemos reproducido más arriba- que había tenido conocimiento de que el pago fue por error, para que se produzcan los efectos de la mala fe.

La interpelación puede ser una de las formas de poner en conocimiento del "accipiens" el error que se había cometido, ya que cuando se reclama la restitución de la cosa y se constituye en mora al "accipiens" se le está haciendo conocer la naturaleza de ese presunto pago. Es evidente que en esa hipótesis queda fijado el momento desde el cual existe conocimiento, pero no es indispensable la constitución en mora para obtener ese resultado.

riesgos por destrucción, el pago de intereses, y la restitución de frutos, no toma en cuenta la mora, sino su buena o mala fe.

En igual sentido Roberto E. GRECO, "La mora del deudor en la reforma de 1968", Revista del Notariado, Buenos Aires, N° 716, p. 475 (en especial ap. X, e, p. 513).

Cuando la mala fe fue inicial, sus efectos se cumplirán con total independencia de la mora, desde el instante mismo en que el "accipiens" recibió la cosa. Vemos, pues, que o se trata de un problema de mora, pese a los párrafos que a este punto dedica LLAMBÍAS, afirmando que se ha complicado el problema de la repetición con el establecimiento de la mora automática.

15.- Creemos que estas consideraciones son aplicables también al Derecho español. Hemos visto que en su doctrina se suele hablar de mora ⁷, pero éste es solamente uno de los caminos para hacer cesar la buena fe del "accipiens", y al mismo resultado se llegará cuando adquiriera conocimiento por otras vías de que el pago se efectuó por error, ya que si se prueba esta circunstancia (artículo 436, deberá considerársele poseedor de mala fe.

En definitiva, la responsabilidad del "accipiens" se establecerá sobre la base de su buena o mala fe.

e) Carácter de la acción

16.- Debemos determinar también si la acción de restitución es de carácter personal, o de carácter real.

Si nos remontamos al Derecho romano⁸, o al antiguo Derecho francés⁹, veremos que la acción de restitución era concebida como una acción personal, y que si el "accipiens" transmitía la cosa a un tercero de buena fe, el "solvens" no podía perseguirla, y sólo le quedaba como recurso reclamar al "accipiens" por su enriquecimiento.

17.- La misma solución ha sido adoptada por muchos códigos

⁷. Ver Rafael NÚÑEZ Lagos, Código civil de Mucius Scaevola, T. XXX, vol. 2, ed. Reus, Madrid, 1961, N°s 121 a 125, p. 304 a 307.

⁸. Digesto Libro 41, Tit.2, Ley 36.

⁹. Robert POTHIER, Oeuvres, París, 1845, T. I (dedicado a las "Coutumes"), N° 113 y 115, p. 42 y 43.

contemporáneos¹⁰, verbigracia por el Código civil español¹¹, que ha mantenido la tradición romanista, recogida posteriormente en las Leyes de Partida¹², considerando que la acción de restitución es una acción personal¹³, y se detiene en el "accipiens" o sus herederos -que ocupan el lugar jurídico del causante-, pero el "solvens" no podrá dirigirse contra los terceros a quienes se hubiese transmitido la cosa.

18.- El Código civil argentino, sin embargo, se ha apartado de esta línea y en el artículo 787 acuerda a la acción carácter real, cuando dice:

¹⁰. La mayor parte de los sistemas jurídicos sólo conceden acción contra el "accipiens", y si éste hubiera transmitido la cosa no es posible perseguirla en manos del tercero, salvo que este último fuese un adquirente a título gratuito: así lo disponen el Código civil alemán (§§ 816 y 822), italiano (artículo 2038), griego (art. 952), y en el continente americano, los códigos de Venezuela (artículo 1182), y Perú de 1936 (artículo 1284).

El Código de México dice textualmente en el artículo 1886: "Si el tercero a quien se enajenó la cosa la adquiere de buena fe sólo podrá reivindicarse si la enajenación se hizo a título gratuito".

Por su parte el Código civil chileno expresa en el artículo 2083: "El que pagó lo que no debía no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe a título oneroso, pero tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya si la especie es reivindicable y existe en su poder. Las obligaciones del donatario que restituye son las mismas que las del autor, según el artículo 2301°.

Esta norma ha sido seguida al pie de la letra por los códigos de Colombia (artículo 2321), Ecuador (artículo 2230), El Salvador (artículo 2052, Nicaragua (artículo 2075) y Uruguay (artículo 1318).

¹¹. El Código civil español está muy emparentado con el nuestro y con otros códigos americanos, no sólo porque el Derecho americano hunde sus raíces en el derecho español, sino porque el Código civil español data de 1889, y las grandes codificaciones de América que lo precedieron le han servido de fuente. Este hecho es poco conocido, tanto de los juristas españoles, como de los americanos; el reciente descubrimiento del Anteproyecto del Código civil español, efectuado por Manuel Peña Bernaldo de Quirós, pone de relieve la influencia de los códigos americanos, a través de las citas que de ellos se hace, del cotejo de sus textos, y de la distribución de materias (ver nuestro "Derecho civil español y americano. Influencias recíprocas", Boletín de la Fac. de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año XXXVII, 1973, N° 1-5, y Revista de Derecho Privado, julio-agosto 1972, p. 599-614).

¹². Partida V, Título 14, Ley 37.

¹³. Conf. Rafael NÚÑEZ LAGOS, en Tomo XXX, volumen 2°, Código Civil MUCIUS SCAEVOLA, N° 196, p. 290, quien expresa: "... la pretensión no actúa directamente sobre la cosa, sino sobre el *accipiens*, que es el que tiene la *obligación de restituirla*. Esto quiere decir que la *condictio indebiti* ha conservado en nuestro Código civil su naturaleza histórica de acción personal. En efecto, ni desde el punto de vista histórico ni desde el del derecho vigente en ningún país, la *condictio* en general, ni la *condictio indebiti* en particular, ha tenido nada de acción real".

"Si el que de buena fe recibió en pago una cosa raíz, la hubiese enajenado por título oneroso o por título lucrativo, el que hizo el pago puede reivindicarla de quien la retiene".

En consecuencia, el "solvens" goza de acción reipersecutoria a la que serán aplicables las disposiciones contenidas en el Libro Tercero, al tratar de las acciones reales, en el Título IX, y en especial en su Capítulo I, destinado a la reivindicación.

Esta norma ha sido acerbamente criticada por la doctrina nacional¹⁴. COLMO, con su lenguaje tan pintoresco y vigoroso, nos dice que es una ignominia jurídica¹⁵, porque se priva totalmente de seguridad a los actos jurídicos y se quebranta el desenvolvimiento económico, en razón de que nadie puede tener la tranquilidad de que las adquisiciones que efectúa serán inatacables.

Por otra parte, esta solución está en pugna con las que el propio Código consagra para resolver situaciones semejantes, como en el caso del heredero aparente¹⁶.

El artículo 787, repetimos, quiebra toda una línea de tra-

¹⁴. Ver Lisandro SEGOVIA, El Código Civil argentino, Imp. Coni, Buenos Aires, 1881, T. I, artículo 787, nota 52, p. 204-205; Baldomero LLERENA, Código Civil argentino, 3ª ed., Buenos Aires, 1931, T. III, artículo 787, p. 299, N° 1; José O. MACHADO, Exposición y comentario del Código civil, 2ª ed., Buenos Aires, 1915, T. II, p. 615-617; Raymundo M. SALVAT, Obligaciones, 6ª ed., anotada por Galli, Tea, Buenos Aires, 1953, T. II, N° 1597, p. 592; Héctor LAFAILLE, Tratado de las Obligaciones, Ediar, Buenos Aires, 1950, T. II, 1185, p. 288; Guillermo A. BORDA, Obligaciones, 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1967, T. I, N° 830, p. 545; Luis M. REZZÓNICO, obra citada en nota 3, p. 924 y 925).

¹⁵. Ver Alfredo COLMO, Obligaciones, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, N° 705, p. 488: "En cuanto al artículo 787, hay que hacer resaltar la grave falta que entraña esa acción reipersecutoria contra terceros que pueden ser de la más perfecta buena fe, es toda una *ignominia jurídica*. Eso es atentar contra la seguridad general, contra los intereses colectivos, en nombre de derechos individuales. Eso es trastornar todo principio económico. Eso es echar por tierra el movimiento de los valores, al sembrarse la desconfianza con tales acciones ocultas, mucho más cuando la acción contra el tercero puede ser totalmente innecesaria, ya que el enriquecido puede ser solvente y responder con la respectiva indemnización".

¹⁶. "Art. 3430 (texto original del Código civil),- Los actos de enajenación de bienes inmuebles a título oneroso que hubiese hecho el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor es pariente del difunto en grado sucesible, y ha tomado la herencia en esta calidad por ausencia o inacción de los parientes más próximos, y cuando la posesión pública y pacífica de la herencia ha debido hacerle considerar como heredero, siempre que el tercero con quien hubiese contratado hubiera tenido buena fe".

dición jurídica y, como lo expresa en su nota, ha tomado como base la opinión de dos juristas franceses, DURANTON y MARCADÉ, opinión que luego ha prevalecido en la doctrina francesa¹⁷.

El texto de la nota al artículo 787 está tomado de MARCADÉ¹⁸, que cita las opiniones contrapuestas de TOULLIER y DURANTON, favorable el primero al carácter personal e la acción de restitución, y el segundo a su carácter real¹⁹.

19.- El problema se origina en Francia en el hecho de que el código Napoleón no contiene ninguna norma expresa sobre el particular, y la doctrina debe esforzarse para determinar el carácter y alcance de esta acción; de allí surge la existencia de las dos corrientes señaladas, y MARCADÉ -que ha sido un agudísimo jurista- luego de sintetizar los argumentos dados por DURANTON para sostener el carácter real de la acción de restitución, se extiende en otras consideraciones muy interesantes, que sedujeron a nuestro codifica-

¹⁷. Ver C. AUBRY y C. RAU, Cours de droit civil français, 4ª ed., Lib. Gen. de Jurisp., París, 1871, T. IV, N° 442, p. 738, nota 37; C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoleon, París, T. XXXI, N° 413 y siguientes; G. BAUDRY-LACANTINERIE y L. BARDE, Traité théorique et pratique de Droit civil, 3ª ed., Sirey, París, 1908, T. IV, N° 2845, p. 492 y siguientes; Théophile HUC, Commentaire du Code civil, París, 1894, T. VIII, N° 400, p. 520 y 530; René DEMOGUE, Des obligations, Lib. Rousseau, París, 1923, T. III, N° 119, p. 183; E. LAURENT, Droit civil français, 3ª ed., Bruselas-París, 1878, T. X, N° 378, p. 399 y siguientes; Marcel PLANIOL, G. RIPERT y Paul ESMEIN, Traité de droit civil français, Obligations, Lib. Gen. de Jurisp., París, 1931, T. VII, N° 746, p. 32.

¹⁸. V. MARCADÉ, Explication du code civil, 8ª ed., T. 5, París, 1889, arts. 1378 a 1380, punto III, p. 290.

¹⁹. Nota al artículo 787 del Código civil argentino: "Esta es otra grave cuestión entre los jurisconsultos. La Ley de Partida 37. Tit. 14 Part. 5, y todos los Códigos extranjeros, sólo obligan al acreedor putativo a la devolución del precio de la cosa, si la hubiese vendido. TOULLIER, T. XI, núms. 97 y 98, fundado en el Derecho Romano, le niega al que hizo el pago el derecho de reivindicación; pero DURANTON, T. XIII, núm. 683, y MARCADÉ, sobre los artículos 1378 y siguientes, sostienen la afirmativa. Lo estricto de los principios del Derecho Romano hacía no considerar al acreedor putativo como poseedor de buena fe, sino como simple deudor de la cosa, cuando en realidad es poseedor de buena fe de la cosa que se le ha dado en pago. Nosotros lo hemos calificado como tal en los artículos anteriores, y decimos que el poseedor de buena fe, que verdaderamente no es dueño de la cosa, no transmite la propiedad de ella cuando la enajena, y puede reivindicarla el verdadero propietario. En las herencias, si el heredero aparente enajena las cosas hereditarias, pueden ser éstas reivindicadas por los verdaderos herederos cuando ha sido vencido en juicio, pues no se le considera sino como poseedor de buena fe. No se pueden transferir otros derechos que los propios, y la enajenación hecha por el que no es propietario, no hace propietario al que la adquiere. El que ha recibido en pago una cosa que no se le debía, no ha podido llegar a ser propietario de ella, pues la tradición que se le hizo fue por un error y por una falsa causa".

dor, pero que solamente son aplicables al sistema francés, que difiere fundamentalmente del nuestro, ya que allí basta el consentimiento para operar la transmisión de la propiedad.

Muchas veces la autoridad de MARCADÉ resultó una guía insuperable para VÉLEZ SÁRSFIELD, y le permitió resolver con acierto difíciles controversias, pero en este punto incurrió en un grave error al seguirlo, pues sus argumentos resultan inaplicables al derecho argentino, que en virtud del artículo 577 del Código civil exige indispensablemente la tradición para transmitir la propiedad ²⁰.

Veamos, pues, cuáles son las razones esgrimidas por DURANTON, a quien siguió MARCADÉ en este punto. Nos dice que quien entrega por error una cosa transmite su propiedad pero, en el mismo acto nos encontramos frente a un cuasicontrato, que genera la obligación de que se le restituya la cosa y, en consecuencia, como en el sistema francés el acto generador de la obligación tiene virtualidad suficiente para transmitir la propiedad, en el mismo instante en que entrega la cosa *readquiere* su propiedad, que de esta forma ¡nunca deja de estar en cabeza del "solvens"! ²¹.

Insistimos: el "solvens" entrega la cosa por error; este acto es un cuasicontrato que genera la obligación de restituir. En virtud de ese cuasicontrato renace la propiedad del "solvens", aún *antes de que se le haga tradición* de la cosa para restituírsela. De esta forma el "accipiens" jamás llega a ser propietario y, por lo tanto, no puede transmitir válidamente a terceros la propiedad de la cosa. Por ello cualquier entrega que efectúe estará sujeta a acciones reipersecutorias, justificadas por el hecho de que esos terceros tampoco alcanzan a ser propietarios, por recibir la cosa de manos de una persona que no es su dueño.

²⁰. "Art. 577 (Código civil argentino).- Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real".

En igual sentido, en el Código español encontramos la parte final del artículo 1095.

²¹. Ver DURANTON, Cours de Droit français, 4^a ed., T. 13, París, 1844, N° 683, p. 667 y siguientes, en especial p. 672, cuando afirma que quien ha recibido la cosa que no le era debida, "*tiene la obligación de restituirla desde el instante en que la recibió*" y fundamenta su aserto en el artículo 711 que establece que la "propiedad se adquiere por efecto de las obligaciones", sin efectuar distinción entre las nacidas de contratos o de cuasi contratos.

Este es el eje del pensamiento de MARCADÉ, expuesto con mayor profundidad en su obra, e ilustrado con cantidad de ejemplos. Sus argumentos pueden ser válidos en el derecho francés, donde no se precisa la tradición para transmitir la propiedad, ¡pero no en nuestro sistema!

20.- En el derecho argentino jamás podrá sostenerse que quien entrega por error la cosa readquiere su propiedad de manera instantánea, porque, pese a que el cuasicontrato de pago indebido sirva de fuente a la obligación de restituir, recién recuperará la propiedad del objeto en el momento en que de manera real y efectiva le hagan tradición de él restituyéndoselo.

En nuestro sistema la entrega de la cosa, aunque fundada en un error, ha transmitido la propiedad al "accipiens"²², y el "solvens" sólo debería gozar de una acción personal; por ello afirmamos que el artículo 787 ha resuelto el punto de manera desacertada.

Un razonamiento semejante encontramos en un trabajo de SCUTO sobre la acción de repetición²³, donde se afirma -con absoluto rigor lógico- que en el pago por error hay una verdadera tradición y, aunque no debería denominárselo "pago", porque no corresponde a una obligación preexistente, tiene virtualidad traslativa del derecho real, es decir, transfiere la propiedad al "accipiens". Por supuesto que esta propiedad está viciada, por las mismas causas que vician al acto que le dió origen, pero el hecho de que el "accipiens" sea propietario tiene como consecuencia que si efectúa una transmisión a terceros, la transmisión será válida, siempre y cuando el tercero sea

²². Así lo reconoce el propio VÉLEZ cuando coloca entre las hipótesis de dominio revocable el adquirido por un pago indebido (artículo 2664).

²³. Carmelo SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito*, en *Rivista de Diritto Civile*, 1917, p. 14: "Sin duda no puede haber un verdadero pago, entendido como modo de extinguir una obligación, si no existe una deuda; pero desde el punto de vista jurídico, siendo el pago un contrato de efectos reales, no penetra en él como elemento causal la obligación de extinguir", y más adelante: "Si no existiese una obligación, no se puede hablar de extinción de obligación, pero el pago existe y es eficaz en cuanto a los efectos reales" (p.17).

Tomamos esta cita de la obra de Don Rafael Núñez Lagos, citada en nota 7, que en la página 261 reproduce estos dos párrafos del autor italiano.

de buena fe²⁴, y a título oneroso²⁵.

f) Naturaleza jurídica de la acción. ¿Hay nulidad?

21.- Debemos preguntarnos ahora si la acción de repetición fundada en el hecho de que se efectuó erróneamente la tradición de la cosa, es una acción autónoma, o constituye sólo una subespecie dentro de las acciones de nulidad²⁶.

No se trata de una mera disquisición teórica, sino que la solución que demos al punto, como veremos luego, tiene importantes consecuencias prácticas, ya que según nos pronunciemos en uno u otro sentido, será o no aplicable el artículo 1051, cuya última parte - reformada por la ley 17.711- pondría una importante valla al progreso de la acción con respecto a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso²⁷.

LLAMBÍAS afirma categóricamente que en este caso, como en muchas otras hipótesis, hay nulidad²⁸. No nos explica las razones que lo impulsan a efectuar esa afirmación, pero de inmediato extrae la consecuencia que señalábamos más arriba, es decir la incidencia del

²⁴. Se lo consideraría de mala fe si se probase que tenía conocimiento de que el "accipiens" había entrado en posesión de la cosa en virtud de un pago por error.

²⁵. En el caso del título gratuito se daría preferencia al "solvens" sobre el tercero, que sólo procura captar un lucro, porque en estas circunstancias el orden jurídico considera más correcto evitar un daño. Esta solución es congruente con otras disposiciones de nuestro Código; por ejemplo las que existen en materia de acción revocatoria o pauliana (artículo 967).

²⁶. Hablamos de acciones de nulidad de manera genérica, sin establecer distinciones entre lo que en doctrina europea suele denominarse nulidad (y en el Código civil argentino "nulidad absoluta"), por contraposición a la "anulabilidad" (en el Derecho argentino "nulidad relativa").

²⁷. Con posterioridad al dictado de esta clase los doctores Alicia J. STRATTA y Jorge MOSSET ITURRASPE presentaron una ponencia vinculada con el tema número I de las Quintas Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 1971), que expresaba en el punto 5:

"El tercero adquirente de buena fe a título oneroso de aquel que recibo en pago indebido una *cosa raíz*, puede repeler la acción de reivindicación de quien dió en pago; con lo cual quedan derogados en lo pertinente los artículos 787 y 2664".

²⁸. "En varias partes de su Tratado, LLAMBÍAS afirma que el error anula el pago (ver obra citada, N° 1683, p. 1000; N° 1668, p. 1003; N° 1689, p. 1004; N° 1690, p. 1005; etc.), y sostiene que no es razonable diferenciar "los pagos anulables" del artículo 787, de los demás actos anulables del artículo 1051 (N° 1694, in fine, p. 1011).

artículo 1051, que de manera indirecta modifica al artículo 787²⁹.

1) Dogmática extranormativa

22.- En realidad el problema de la naturaleza jurídica de la acción de repetición de lo pagado por error es un problema que puede estudiarse en dos campos: a) en el de la pura dogmática extranormativa, prescindiendo de los dispositivos concretos vigentes en un país y en un momento dado, es decir lo que debe ser la institución en sí misma; b) ajustándonos al texto de los preceptos vigentes en un sistema determinado.

Si estudiamos la repetición de lo pagado por error en el terreno de la pura teoría, llegaremos al convencimiento de que esta acción no debe confundirse con las nulidades, ya que no se pretende declarar la inexistencia jurídica del acto, sino solamente que el "accipiens" restituya aquello con lo que se ha enriquecido sin causa.

2) La solución en el Código argentino.

23.- Pero, si analizamos el sistema concebido por VÉLEZ SÁRSFIELD en nuestro código -especialmente cuando el artículo 787 consagra una acción real- advertimos que ha tenido en mira las consecuencias retroactivas de las acciones de nulidad, y por ello afirma que el "accipiens" que recibió la cosa por error no es un verdadero propietario, porque la tradición misma estaba viciada. Nos dice entonces, en el último párrafo de la nota al artículo 787, que "...no ha podido ser propietario de ella, pues la tradición que se le hizo

²⁹. El pensamiento de LLAMBÍAS sobre el particular está expuesto con mucha claridad y rigor en la nota 702, p. 1011, cuya parte final nos permitimos reproducir: "... la solución adecuada debe surgir de la comprensión cabal y complexiva de ambos artículos, 787 y 1051. Ahora bien, si hay *antagonismo textual* entre esos preceptos, y sería absurdo substraer a los pagos anulables de lo que está andado para los actos anulables en el nuevo artículo 1051, corresponde concluir que ha sobrevenido una *imposibilidad lógica* para aplicar el artículo 787 en cuanto admite la acción reivindicatoria respecto de subadquirentes de buena fe a título oneroso. Ante la presencia del nuevo artículo 1051, y por la necesidad de lograr una interpretación armónica de todo el articulado, se impone racionalmente la conclusión consignada en el texto, en el sentido de que sólo procede la reivindicación del pagador contra un subadquirente de mala fe, o que teniendo buena fe hubiera logrado la cosa gratuitamente".

fue por un error o por una falsa causa".

Recordemos que nuestro codificador ha legislado sobre el error como vicio de la voluntad (artículos 923 a 930), que provoca la nulidad del acto (artículo 954, primer párrafo y artículo 1045); por otra parte, de acuerdo a la definición que nos brinda el artículo 944 del Código civil³⁰, la tradición es un acto jurídico³¹ que, en este caso, estaría viciado por el error y, en consecuencia, padecería una nulidad.

Por ese camino llegamos forzosamente a la conclusión de que para VÉLEZ SÁRSFIELD la acción de repetición es una sub especie de las nulidades, fundada en el vicio que afecta a la tradición de la cosa, y ello explica, en cierta medida que le haya conferido carácter real, extendiendo sus consecuencias a los terceros adquirentes.

Admite VÉLEZ SÁRSFIELD que esa tradición opera la transmisión del dominio, pero el "accipiens" sólo adquirirá un dominio revocable, del que podrá ser privado por una "causa que proviene de su propio título" (artículo 2663 del Código civil argentino), y que puede provocar la condena del juez a devolver la cosa, entre otras causas por "restitución del pago indebido" como expresa el artículo 2664 (Código civil argentino). Estas revocaciones del dominio, para nuestro codificador, deben tener efecto retroactivo salvo disposición expresa en contrario (artículo 2669), y por ello admite las acciones reipersecutorias contra terceros poseedores, asimilando las consecuencias de la acción que surge del pago indebido a las nulidades.

Todo esto, insistimos, tiene gran importancia con relación al artículo 1051, que expresa:

"Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser

³⁰. "Art. 944 (Código civil argentino).- Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las partes relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos"

³¹. Utilizamos la expresión "Acto jurídico²" para respetar la terminología empleada por el Código civil argentino en el artículo 944, que hemos reproducido en la nota anterior; esta categoría corresponde a lo que en doctrina europea suele denominarse "negocio jurídico", con la salvedad de que comprende también a los negocios extintivos o de cumplimiento, razón por la cual debe aplicarse a los pagos.

propietaria en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

Esta norma se refiere exclusivamente a las hipótesis de nulidad, sin poner límites similares para las acciones que tengan su origen en otras causas de ineficacia del acto³². El sector de nuestra doctrina que sostiene que la acción de repetición de lo pagado por error es totalmente autónoma, no puede de ninguna manera recurrir al artículo 1051 para poner un límite al artículo 787; nosotros, en cambio, al sostener que la acción de repetición consagrada por ese texto es una especie de las nulidades, llegamos a la conclusión de que el nuevo artículo 1051 restringe sus efectos³³.

Esta interpretación, que correlaciona las distintas normas del código, no fuerza sus textos, sino que se ajusta a la literalidad de los preceptos y a los fundamentos que el codificador suministra en varias notas; además es socialmente provechosa, pues la aplicación del artículo 787 resultaba disvaliosa, ya que provocaba la inestabilidad jurídica, y ahora se encuentra un paliativo a esa norma en los nuevos límites que el artículo 1051 pone al progreso de las acciones de nulidad.³⁴

3) El derecho español

24.- Creemos que la discusión de este problema en el Derecho español resultaría meramente escolástica y desprovista de interés

³². Conf. Manuel ADROGUÉ, El artículo 1051 del Código civil y su influencia sobre el régimen de los derechos reales, L.L. 143-1180, quien nos dice que "el alcance del artículo 1051 es relativamente modesto; cubre la nulidad, pero no los efectos de la revocación y de la resolución..." (Nº 3, p. 1180). En igual sentido Dalmiro ALSINA ATIENZA, Los derechos reales en la Reforma del Código civil, J.A., Doctrina 1969, p. 448 y siguientes (en especial Nº54, p. 462).

³³. Tanto en artículo 787, como el 1051, contemplan únicamente la hipótesis de transmisión de cosas inmuebles.

³⁴. Conf. Jorge J. LLAMBÍAS, (obra citada, Nº 1694, in fine, p. 1011), basándose en "el criterio del mejor resultado de la interpretación"; en igual sentido TRIGO REPRESAS (obra citada, p. 903 y 904).

práctico.

III.- **La restitución y sus efectos respecto al "accipiens"** de buena fe.

a) La cosa

25.- Sentadas estas premisas para el análisis del problema de la restitución, corresponde estudiar ahora cuáles son las soluciones concretas que da el Código. Para ello debemos diferenciar entre el "accipiens" de buena fe, y el de mala fe.

Nos referimos en primer lugar al "accipiens" de buena fe, sea que haya recibido cosas ciertas, o cantidades de cosas, e insistimos en lo dicho más arriba: en principio sólo está obligado a la restitución de la cosa. Dice al respecto el artículo 786 del Código civil argentino:

"El que recibió el pago de buena fe, está obligado a restituir igual cantidad que la recibida, o la cosa que se le entregó con los frutos pendientes, pero, no los consumidos. Debe ser considerado como el poseedor de buena fe".

El primer párrafo, al emplear el vocablo *cantidad*, se está refiriendo a las obligaciones de género, a las de dar cantidades de cosas, y a las de dar sumas de dinero; el segundo párrafo se refiere a las cosas ciertas.

26.- En el derecho español se contempla la hipótesis de que el "accipiens" hubiese enajenado la cosa cierta que recibió indebidamente, y se dispone que en tal caso deberá restituir el precio, o ceder la acción, para hacerlo efectivo del comprador (artículo 1897 del Código civil español).

La solución legal surge de la estricta aplicación del principio del enriquecimiento sin causa, y creemos que en el Derecho argentino -pese a su silencio sobre el particular- deberá arribarse a la misma conclusión, por aplicación analógica de otros dispositivos y, en especial los que ordenan al poseedor de buena fe entregar lo

que se hubiese percibido por la venta de productos de la cosa (art. 2444 del Código civil argentino), y restituir el precio de los objetos muebles que hubiese vendido (artículo 2431, in fine).

b) Destrucción, pérdida o deterioro

27.- El Código civil argentino, en este capítulo, sólo se refiere al deterioro o destrucción en la hipótesis de un "accipiens" de mala fe (artículo 789), aspecto que estudiaremos más adelante.

Con respecto al "accipiens" de buena fe debemos remitirnos a las normas generales, consagradas con relación al poseedor de buena fe en el artículo 2431, que nos dice:

"El poseedor de buena fe no responde de la destrucción total o parcial de la cosa, ni por los deterioros de ella aunque fuesen causados por hecho suyo".

Recordemos que esta norma sólo es aplicable a las obligaciones de restituir cosas ciertas, porque en las obligaciones de dar cosas inciertas, o de cantidad rige el principio de que "el género nunca perece"³⁵, razón por la cual el "accipiens" estará siempre obligado a restituir lo que recibió, sin poder alegar la existencia de pérdidas o deterioros.

Además, si de la destrucción o deterioros hubiesen resultado beneficios para el "accipiens", el principio cardinal del enriquecimiento sin causa exige que restituya esos valores "hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido", como dice el propio artículo 2431.

28.- De manera concordante el derecho español establece en el artículo 1897 que el "accipiens" de buena fe de una cosa cierta, sólo responde por los deterioros o mejoras "en cuanto por ellas se

³⁵. "Art. 604 (Código civil argentino).- Antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito".

En el mismo sentido dispone el artículo 608 para las obligaciones de cantidad.

hubiese enriquecido".

c) Los frutos

29.- El artículo 786 del Código civil argentino provoca un pequeño problema cuando habla de que se restituirán los "frutos pendientes y no los consumidos".

Una correcta clasificación de los frutos permite oponer los "pendientes" a los "percibidos" (ver artículos 2425 y 2426 del Código civil argentino), y luego distinguir -dentro de los frutos "percibidos"- entre los "consumidos" y los "no consumidos".

Vemos, pues, que el artículo 786 ha tratado la situación de los frutos pendientes, y de los "percibidos y consumidos". ¿En qué situación se encuentra el "accipiens" respecto a los frutos percibidos, pero "no consumidos"?

El Código es un todo orgánico, de modo que no podemos interpretar una de sus normas aisladamente; por ello, y basándonos en la remisión que el propio artículo 786 contiene, debemos acudir a las normas que regulan la situación del poseedor de buena fe condenado a restituir la cosa³⁶. Allí vemos que el artículo 2426, en concordancia con el artículo 786, ordena entregar la cosa con los frutos "pendientes". Y el artículo 2423, en su primera parte, soluciona el problema que nos preocupa, cuando dice que:

"El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos..."

Se apropia de todos, tanto de los consumidos, como de los no consumidos; la misma solución será aplicable al "accipiens" de buena fe. Y en este punto hay acuerdo unánime en la doctrina nacional.

Recordemos que hay un principio básico de nuestro sistema (artículo 2412 del Código civil argentino), que considera propietario

³⁶.Conf. GALLI en sus anotaciones a la obra de SALVAT citada en nota 14 (ver N° 14587-a, p. 587): LLAMBÍAS (obra citada, N° 1691, p. 1006); Guillermo A. BORDA (obra citada, T. I, N° 828, p. 543) y CAZEAUX-TRIGO REPRESAS (obra citada, p. 901).

de las cosas muebles al poseedor de buena fe³⁷ y que los frutos -desde el momento de su percepción- son cosas muebles; en consecuencia, el que tiene buena fe en el instante de percibir los frutos, adquiere la propiedad de esas cosas muebles (artículo 2358 del Código civil argentino), sea que las consuma o no. Esta solución no es más que la aplicación a un caso particular de un principio que campea a lo largo de todo el código.

30.- Nada dice el Código civil español, al tratar del cobro de lo indebido, sobre la posición del "accipiens" de buena fe, con respecto a los frutos, pero un análisis integral de todas sus normas nos obligará a llegar a una conclusión semejante a la que recién exponíamos para el derecho argentino: hace suyos los frutos percibidos, y debe restituir la cosa con los frutos pendientes.

En primer lugar tenemos el argumento a *contrario sensu* del artículo 1897, que sólo lo hace responder de las desmejoras o pérdidas de la cosa, y no por los frutos.

En segundo lugar, aunque el artículo 1898 sólo remite al Título de la posesión, con relación al abono de mejoras y gastos, creemos que no se puede prescindir de la aplicación de esas normas en todas las hipótesis que no han sido especialmente contempladas al tratar de la repetición de lo indebido. En consecuencia, será de aplicación el artículo 451 que determina expresamente que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, y explica luego cuándo se consideran percibidos los frutos. Debemos aquí señalar una diferencia con el Código civil argentino en lo que se refiere a los frutos civiles, ya que en el Derecho español se los considera "producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción", mientras que VÉLEZ SÁRSFIELD se pronuncia por la solución contraria, disponiendo que "se juzgarán percibidos solamente desde que fuese cobrados y recibidos, y no por día".

Parece más justa la solución adoptada por el codificador argentino, especialmente tratándose de la repetición de lo indebido, y procuraremos ilustrar nuestra afirmación con un ejemplo: el "acci-

³⁷. Corresponde a lo previsto en el artículo 464 del Código civil español.

piens" ha recibido un inmueble, de buena fe, y lo ha arrendado; al conocer que el inmueble no le pertenece, no se advierte la razón para que continúe haciendo suyos los frutos civiles, ni siquiera que cobre para sí los arrendamientos que todavía no percibió, pues en realidad esos frutos corresponden al verdadero propietario de la cosa.

Antes de terminar con el punto, queremos señalar dos aspectos de interés, previstos por el legislador español, y que no han sido contemplados por el Código civil argentino.

En primer lugar, se concede al "accipiens" una parte del producto líquido de la cosecha, proporcional al tiempo de su posesión de buena fe (artículo 452, párrafo 1º del Código civil español). La ley argentina sólo le otorga derecho a cobrar los gastos hechos para producir los frutos.

En segundo lugar, se concede al propietario la facultad de autorizar al "accipiens" de buena fe para que concluya el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, liberándose de esta forma de pagarle los gastos de cultivo y la parte del producto líquido que le correspondería (artículo 452, párrafo 3º, del Código civil español).

d) Las mejoras y gastos

31.- También aquí debemos recurrir a las disposiciones vinculadas con el poseedor de buena fe. Nos limitaremos a mencionar muy brevemente las normas aplicables. El artículo 2427 del Código civil argentino explica qué son los gastos necesarios o útiles, y ordena que sean pagados al poseedor de buena fe:

"Los gastos necesarios o útiles serán pagados al poseedor de buena fe. Son gastos necesarios o útiles los impuestos extraordinarios al inmueble, las hipotecas que lo gravaban cuando entró en la posesión, los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarias o útiles que existiesen al tiempo de la restitución de la cosa".

Y a continuación el artículo 2428 concede al poseedor de buena fe el derecho a retener la cosa hasta que se le hayan pagado las mejoras necesarias o útiles. Se trata de una aplicación más del

principio del enriquecimiento sin causa, pero ya no tiene como finalidad defender al "solvens", que entregó la cosa por error, sino al "accipiens", que ha efectuado gastos indispensables para su conservación, sin los cuales la cosa se hubiese perdido o destruído; o mejoras útiles que redundan en beneficio del propietario. Si el "solvens" no pagase esos gastos se enriquecería sin causa; por ello el codificador establece el deber de abonarlos y llega aún más lejos, pues concede al "accipiens" la facultad de retener la cosa, hasta que se haga efectivo el pago de esas mejoras.

El principio domina toda la materia e incluso es extensivo en el derecho argentino -como veremos más adelante- al "accipiens" de mala fe³⁸.

Es conveniente recordar aquí el artículo 591 (Código civil argentino), que traza aún más claramente la distinción entre las mejoras necesarias y las útiles:

"Son mejoras necesarias aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada. Son mejoras útiles, no sólo las indispensables para la conservación de la cosa, sino también las que sean de manifiesto provecho para cualquier poseedor de ella. ..."

32.- En el Derecho español, y en virtud de la remisión contenida en el artículo 1898, deberá aplicarse al "accipiens" de buena fe el artículo 453, que da una solución idéntica a la consagrada en el Código argentino, pues le permite cobrar los gastos necesarios y útiles, y retener la cosa hasta que se los satisfagan.

IV.- La restitución y sus efectos respecto al "accipiens" de mala fe.

1) Mala fe originaria

³⁸. En el mismo sentido encontramos el artículo 589, que se refiere a la obligación de dar cosa cierta para restituirla a su dueño, y que dispone: "Si hubiere mejoras o aumentos que con su dinero o su trabajo, o con el de otros por él, hubiere hecho el deudor que hubiese poseído la cosa de buena fe, atenderá derecho a ser indemnizado del justo valor de las mejoras necesarias o útiles, según la evaluación que se hiciere al tiempo de la restitución, siempre que no se le hubiese prohibido hacer mejoras".

33.- Nos ocuparemos primeramente del caso en el cual la mala fe del "accipiens" ha existido desde el momento mismo en que recibió la cosa, para tratar más adelante la hipótesis de que un "accipiens" que originariamente ha sido de buena fe, ha llegado posteriormente a conocer que la cosa se le entregó indebidamente.

1-a) La cosa

34.- Ya hemos dicho que, mientras exista en poder del "accipiens", deberá restituirla siempre, y que si se trataba de cantidades rige el principio de que el género nunca perece.

En este punto no hay diferencias entre la condición del "accipiens" de buena fe, y el de mala fe.

1-b) Destrucción, pérdida o deterioro

35.- El problema está contemplado expresamente en el artículo 789 del Código civil argentino, con relación al "accipiens" de mala fe:

"Si la cosa se ha deteriorado o destruído, aunque sea por caso fortuito, el que la recibió de mala fe en pago, debe reparar su deterioro o su valor, a no ser que el deterioro o pérdida de ella hubiera también de haber sucedido estando en poder del que la entregó".

Se consagra así una solución similar a la contenida en el artículo 2435 para los poseedores de mala fe.

Estas normas hablan solamente de "deterioro o destrucción"; extendemos la solución a la pérdida, aunque pérdida y destrucción no son sinónimos porque una se refiere a que la cosa ha salido del ámbito jurídico de disposición del poseedor, y la otra a un cambio material de naturaleza; sin embargo, creemos que en cuanto a sus efectos son equiparables, y que lo previsto para la destrucción es aplicable a la pérdida.

Adviértase que, por un principio de equidad -como lo dice

VÉLEZ SÁRSFIELD en la nota a este artículo- el "accipiens" no tendrá que indemnizar las pérdidas, pese a su mala fe, cuando la destrucción de la cosa también habría sucedido aunque se encontrase en poder del "solvens". Por ejemplo, Enrique entrega por error a su vecino Roberto un toro de raza; ambos tienen su hacienda en campos de la provincia de Santa Fe, al borde del río Paraná, y una creciente extraordinaria arrastra y ahoga a todos los animales. Sin duda el toro hubiera perecido igual en manos de Enrique y, por tanto, Roberto no le debe nada.

Sin embargo esta excepción encontraría a su vez una excepción, si Roberto fuese no solamente un "accipiens" de mala fe, sino un poseedor vicioso, como dispone el artículo 2436:

"Si la posesión fuese viciosa, pagará la destrucción o deterioro de la cosa, aunque estando en poder del dueño no lo hubiese éste evitado...".

Se trata de un castigo a la posesión viciosa, que generalmente llega a traducirse en figuras delictivas contempladas por el derecho penal. Y, debemos preguntarnos: ¿es posible que, en el pago por error, el "accipiens" sea no solamente de mala fe, sino además poseedor vicioso? Sí; cuando hubiese provocado el error del "solvens", induciéndolo con engaños a efectuarle la tradición de la cosa, su posesión estaría viciada por el estelionato a que hace referencia el artículo 2364 del Código civil argentino³⁹.

36.- el Código civil español resuelve el punto en forma muy similar en el artículo 1896, párrafo 2º, pero no prevé la situación del poseedor vicioso.

1-c) Los frutos

37.- Sobre este particular el artículo 788 del Código civil

³⁹. En el derecho argentino la posesión de mala fe puede ser viciosa, o sin vicios; será viciosa la posesión de muebles cuando fuesen adquiridos por hurto, estelionato o abuso de confianza, y en materia de inmuebles, cuando hubiese mediado violencia, clandestinidad o abuso de confianza (artículo 2364 del Código civil argentino).

argentino dispone que:

"Si ha habido mala fe en el que recibió el pago, debe restituir la cantidad o la cosa, con los intereses o los frutos que hubiese producido o podido producir desde el día del pago. Debe ser considerado como el poseedor de mala fe".

En primer lugar señalemos que, tratándose de mala fe originaria, los frutos son debidos desde el día mismo en que el "accipiens" recibió la cosa; además, si la negligencia del "accipiens" ha hecho que la cosa no produzca frutos, la ley sanciona esa negligencia y lo condena a restituir el valor de los frutos que pudieron haberse producido. Este dispositivo se completa con lo dispuesto en el artículo 2439, para el poseedor de mala fe, cuando dice que:

"Está igualmente obligado a indemnizar al propietario de los frutos civiles que habría podido producir una cosa no fructífera, si el propietario hubiese podido sacar un beneficio de ella".

Pero, aunque el "accipiens" debe restituir los frutos percibidos, o su valor, un principio de equidad impone que de esas sumas pueda descontar los gastos que efectuó para la producción y recolección, tal como lo dispone la última parte del artículo 2438 (Código civil argentino).

38.- El Código civil español sólo se refiere a la restitución por el "accipiens" de mala fe de los frutos percibidos o debidos percibir por las cosas que normalmente son fructíferas (artículo 1896, párrafo 1º).

Consideramos más acertada la previsión incluida en el artículo 2439 del Código civil argentino, porque el poseedor de mala fe "debe indemnizar al propietario de todo daño que le hubiese causado su indebida posesión", como dice VÉLEZ SÁRSFIELD en la nota al mencionado artículo 2439.

1-d) Las mejoras y gastos

39.- El "accipiens" de mala fe tiene también derecho a que se le indemnicen las mejoras y gastos, tanto necesarios (artículo 2440), como útiles (artículo 2441 del Código civil argentino), porque de lo contrario -como hemos dicho- se operaría un enriquecimiento sin causa a favor del "solvens".

Sin embargo ha una diferencia con respecto al "accipiens" de buena fe, porque en este caso el artículo 2440 sólo le concede la facultad de retener en razón de las mejoras necesarias, pero no por las mejoras útiles.

"El poseedor de mala fe tiene derecho a ser indemnizado de los gastos necesarios hechos en la cosa, y puede retenerla hasta ser pagado de ellos...".

40.- El derecho español resuelve estos puntos de manera diametralmente opuesta, y que sólo otorga al "accipiens" de mala fe derecho a que se le reembolsen las mejoras necesarias, y en ningún caso le concede la facultad de retener.

A nuestro entender el Código civil argentino ha resuelto correctamente el punto relativo a las mejoras útiles, porque ellas significan un aumento de valor en la cosa, que redundará en manifiesto provecho del "solvens", y sería injusto que obtuviese ese beneficio sin compensarlo, no constituyendo un óbice para su pago lamala fe del "accipiens".

En cambio, nos parece acertada la solución del Código español al negarle facultades de retener al "accipiens" de mala fe, cualquiera sea el tipo de mejoras que haya efectuado; no es lícito que quien ha aprovechado el error de la otra parte pretenda mantenerse en posesión de la cosa, sino que debe proceder a restituirla sin dilación. ¡Ya habrá tiempo después para que se le reembolsen los gastos que efectuó, si tiene derecho a cobrarlos!

2) Mala fe sobrevenida

41.- Ya en el apartado II-c de este trabajo, hemos estudiado la cesación de la buena fe originaria, y su transformación en mala fe sobrevenida. Hay que señalar algunas diferencias entre la situación de este "accipiens", y el que tuvo mala fe desde el primer momento. Esas diferencias se refieren a la restitución de los frutos.

2-a) Momento desde el cual se deben los frutos

42.- En este caso los frutos no se deben desde el instante en que el "accipiens" recibió la cosa, sino desde el día en que cesó su buena fe; generalmente ese momento quedará fijado en el día que se le notificó la demanda, como dispone el artículo 2433 del Código civil argentino, pero puede ser anterior, si se probase la fecha en que efectivamente tuvo conocimiento del error que había existido en el pago (arg. artículo 2434)⁴⁰.

2-b) Frutos debidos

43.- Para determinar cuáles son los frutos que se deben en el caso de cesación de la buena fe, hay que recurrir al artículo 2433 del Código civil argentino, que establece:

"El poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda, y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir; pero no de los que el demandante hubiera podido percibir".

El último párrafo es el que nos sirve para fijar la diferencia entre la situación del "accipiens" que tuvo mala fe originaria, y aquél cuya mala fe es sobrevenida.

Uno y otro deben los frutos percibidos y los que por su negligencia hubiesen dejado de percibir (artículos 2433 y 2438 del Código civil argentino); pero cuando la mala fe es sobrevenida no

⁴⁰. Conf. TRIGO REPRESAS, obra citada, p. 900.

tiene aplicación el artículo 2439, y el "accipiens" no debe indemnizar los frutos que la cosa hubiera podido producir de estar en manos del "solvens". Pongamos por caso que Pedro recibió, por error, un inmueble rural y otro urbano, y se radicó en el segundo, descuidando la explotación del campo.

Si Pedro es un "accipiens" de mala fe originaria, deberá los frutos del campo que recogió; los que por su negligencia se dejaron de producir; y la renta que la casa que ocupa hubiera podido reeditar al "solvens", todo desde el momento en que recibió la cosa.

En cambio, si Pedro fue inicialmente de buena fe, que se transformó en mala fe sobrevenida, deberá solamente lo que el campo produjo, y lo que por su culpa dejó de producir, desde el momento de la cesación de su buena fe; y no deberá nada por la casa que ocupa, aunque el demandante -si la hubiese tenido en su poder- hubiera podido arrendarla.

44.- Ya hemos visto que en el derecho español el "accipiens" de mala fe debe los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (artículo 455), debiendo entenderse que en esta última locución quedan comprendidos tanto los que no se percibieron por negligencia del "accipiens" (que corresponden a la hipótesis contemplada en el artículo 238 del Código civil argentino), como los que el "solvens" podría haber obtenido de encontrarse la cosa en sus manos (es decir los del artículo 2439 del Código civil argentino).

Ahora bien, una vez que sobreviene la mala fe, la situación del "accipiens" -en el derecho español- es totalmente equiparable a partir de ese momento a la de quien tenía mala fe originaria; les decir, no se establece la matización que encontramos en el Código civil argentino.

V.- Efectos respecto a terceros

45.- En primer lugar, y con carácter general, destaquemos que si la cosa ha sido transmitida a un tercero, el "solvens" además de la acción contra el "accipiens" por indemnización del daño que le

ha causado con su enajenación, puede gozar de una acción reivindicatoria -en las hipótesis que la ley prevé- y optar a su arbitrio por una u otra acción. En tal caso, si obtiene del "accipiens" una indemnización completa del daño, cesa su derecho a reivindicar la cosa que se encuentra en poder del tercero (artículo 2779 del Código civil argentino); pero el tercero no podrá exigirle que demande previamente al "accipiens"⁴¹.

Para determinar si el "solvens" puede ejercer la acción reivindicatoria contra terceros, es conveniente distinguir previamente si el objeto del pago por error fue una cosa mueble o inmueble⁴².

a) Cosas muebles

46.- Es de aplicación en esta materia el principio general contenido en el artículo 2412, lo que nos obliga a distinguir entre terceros de buena fe y de mala fe. Los terceros de mala fe, es decir aquellos que conocían la existencia del error en el pago que dió origen a la posesión que ahora se le transmite, tendrán que soportar la acción reivindicatoria y restituir la cosa al "solvens".

Los terceros de buena fe, en cambio, si la transmisión ha sido por título oneroso, no están sometidos a acciones reipersecutorias y se convierten en verdaderos propietarios de la cosa, aunque quien se las transmitió no fuese el verdadero dueño, pues aquí tiene aplicación el artículo 3271, que admite con respecto a las cosas muebles la transmisión de un derecho mejor o más extenso, y el artículo 2413, que dispone que cuando estos poseedores tienen buena fe, no están sometidos a las acciones de nulidad, resolución o rescisión que afectaban al poseedor precedente.

Pero si la transmisión se hubiese efectuado a título gratuito -aspecto no contemplado por los artículos 2412 y 2413-, el tercero estará sometido a la acción reivindicatoria, pues el artículo 2778 así lo dispone, haciendo aplicación de aquel principio básico

⁴¹. En contra COLMO, obra y lugar citados en nota 15.

⁴². Las normas aplicables en uno y otro caso son distintas; pero, luego de las reformas introducidas al artículo 1051, se llega a soluciones muy similares.

que ya hemos señalado: se prefiere evitar daño al "solvens", antes que favorecer el lucro de un tercero.

Advertirán ustedes que no hemos hecho ninguna referencia a las "cosas robadas o perdidas", porque en el pago por error -en virtud de su propia definición- la relación entre "solvens" y "accipiens" excluye estos extremos⁴³.

b) Cosas inmuebles

47.- Encontramos aquí el artículo 787, que establece de modo terminante la acción reivindicatoria en contra de terceros, sin ponerle ningún límite.

No repetiremos lo ya dicho con relación a las críticas que esa norma mereció de la doctrina nacional, pero insistiremos en señalar que sus alcances han quedado limitados después de la sanción de la ley 17.711⁴⁴.

Algunos autores sostienen que la ley posterior deroga tácitamente todas las normas que se le opongan; esa afirmación tiene aspectos discutibles, pero consideramos que no es necesario echar mano a teoría tan peligrosa para llegar a la conclusión de que el artículo 787 ha quedado restringido en sus alcances. Basta para ello recordar la naturaleza de esta acción de repetición que, en nuestro Código, de acuerdo a lo que hemos expuesto, es una especie de las nulidades, provocada por el vicio que afecta a la tradición de la cosa. En consecuencia, le serán aplicables todos los preceptos relativos a las acciones de nulidad, ya que -insistimos- el código es un todo orgánico, cuyas normas no deben aplicarse aisladamente, sino recurriendo a las disposiciones concordantes, para interpretarlas de manera integral.

⁴³. LLAMBÍAS se detiene a analizar el punto y habla de la persistencia de la acción si las cosas fuesen "robadas o perdidas" (obra citada, N° 1694, p. 1008); y lo mismo hace TRIGO REPRESAS que, incluso, llega a imaginar la posibilidad de que el tercero adquiriera por prescripción la cosa robada o perdida, en virtud de lo dispuesto por el nuevo artículo 4016 bis (obra citada, p. 904). Hay aquí un error evidente, pues la hipótesis sólo podría presentarse si el "solvens" hubiese previamente robado la cosa, que luego entregó por error en pago. Y en tal caso la acción no la ejercitará el "solvens", ¡ni es la que nace del pago indebido!

⁴⁴. Ver ponencia de Alicia STRATTA y Jorge MOSSET ITURRASPE, en nota 24.

En este caso deberá acudirse al nuevo artículo 1051, que completa lo dispuesto por el artículo 787, poniendo límites a la acción reipersecutoria, e impidiendo que se ejercite contra terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

En resumen, si el inmueble ha sido transmitido a terceros, el "solvens" tendrá acción reivindicatoria: a) cuando el tercero fuese de mala fe; y b) si recibió la cosa a título gratuito, aunque gozase de buena fe.

Esta solución armoniza con la dada por el propio Código civil argentino a otras situaciones semejantes, como la transmisión de bienes efectuada por un heredero aparente⁴⁵, o por quien es titular en virtud de un acto simulado⁴⁶, o por el adquirente de un bien enajenado fraudulentamente⁴⁷.

VI.- Conclusiones

1) En el pago por error, para establecer la medida de la acción de repetición del "solvens", debe determinarse si el "accipiens" actuó de buena o mala fe. De esta forma pueden distinguirse tres situaciones, a saber: a) buena fe; b) mala fe que sobreviene, con respecto a un "accipiens" que inicialmente había sido de buena fe; c) mala fe originaria.

2) El código presume la buena fe del "accipiens".

3) Presume, también, que la buena fe cesa cuando se le notifica la demanda del "solvens"; pero admite se pruebe que con anterioridad había tenido conocimiento del error que viciaba el pago.

⁴⁵. "Art. 3430.- Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, atenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuese de buena fe...".

⁴⁶. Ver el artículo 996.

⁴⁷. "Art. 970.- Si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiese transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude".

4) La acción de repetición, en pura teoría, debería tener carácter personal, pero nuestro código le ha concedido los efectos de una acción real.

5) El pago por error da nacimiento a un dominio revocable.

6) En nuestro código la acción de repetición ha sido tratada como una especie dentro de las acciones de nulidad.

7) Por ser una acción de nulidad, tendrá aplicación el artículo 1051 y, en especial, el párrafo agregado por la ley 17.711, que limita la reipersecución establecida por el artículo 787, haciendo que no prospere la acción si se la intenta en contra de un adquirente de buena fe y a título oneroso.

8) Cuando se han entregado cantidades de cosas, el "accipiens" está obligado siempre a restituirlas, sin que pueda alegar su pérdida o destrucción, porque el género nunca perece.

9) El "accipiens" de buena fe puede librarse de la obligación de restituir cosas ciertas, cuando se hubiese perdido por caso fortuito o fuerza mayor.

10) El "accipiens" de buena fe hace suyos los frutos percibidos, aunque no los haya consumido.

11) En caso de mala fe sobrevenida debe restituir, a partir del momento de su mala fe, tanto los frutos que hubiese percibido, como los que por su culpa dejó de percibir.

12) En la hipótesis de mala fe originaria debe todos los frutos desde el momento en que recibió la cosa; además de los percibidos, y los que no percibió por negligencia, se agregan en este caso los que la cosa hubiera podido producir de encontrarse en manos del "solvens".

13) El "solvens" debe reembolsar al "accipiens" -tenga o no buena fe- los gastos necesarios y útiles. Si no lo hace, el "accipiens" de buena fe puede retener la cosa; el de mala fe sólo podrá retener en razón de las mejoras o gastos necesarios; y el poseedor vicioso no podrá hacerlo en ningún caso.

14) Si la cosa es mueble, y ha sido transmitida a terceros de buena fe y a título oneroso, no habrá acción reipersecutoria; podrá perseguírsela en manos de terceros de mala fe, o adquirentes a título gratuito.

15) Si la cosa es inmueble, se llega actualmente a una solución similar, por aplicación del nuevo artículo 1051.