

**REPETICIÓN DEL PAGO INDEBIDO
y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina (*)**

por

Luis Moisset de Espanés (**)

(Publicado en Themis, Lima, segunda época, 1992, N° 23, p. 55).

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

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 consecuencias respecto al "accipiens" de mala fe.

- a) sistema argentino
- b) Sistema peruano
 - 1) La cosa
 - 2) Destrucción, pérdida o deterioro
 - 3) Los frutos
 - 4) Las mejoras y gastos

V.- Efectos respecto a terceros

- a) Buena fe del tercero
 - 1) Adquisición a título oneroso
 - 2) Adquisición a título gratuito
- b) Mala fe del tercero
- c) sistema argentino. Remisión

VI.- La acción

- a) Procedencia. Prueba
- b) Obligaciones de hacer y de no hacer
- c) Prescripción

VII.- Conclusiones

(*) Agradecemos al Dr. Carlos Cárdenas Quirós quien gentilmente nos alcanzó el presente artículo para su publicación.

(**) Miembro del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

I.- Introducción

Ya en otras oportunidades nos hemos ocupado de este tema, efectuando su análisis en el derecho argentino¹, y realizando una comparación con los dispositivos vigentes en el derecho español².

Procuraremos ahora proyectar ese esfuerzo ocupándonos de la normativa contenida en el nuevo Código civil peruano de 1984.

En el mencionado cuerpo legal, dentro de su Libro VI, destinado a las Obligaciones, la Sección Segunda se ocupa de los efectos de este tipo de relaciones jurídicas, y el Título II, dividido en varios capítulos, trata del pago, que es el modo extintivo por excelencia.

El capítulo VII, último del Título II, comprende los artículos 1267 a 1276 y regula lo que llama "pago indebido", denominación tradicional, que corresponde aproximadamente a la que emplea el Código civil argentino³.

Creemos, sin embargo, que es más correcta la terminología empleada por el Código civil español, que habla del "cobro de lo indebido"⁴, ya que de esta manera se pone el acento en la actitud el "accipiens", cuya conducta se tomará luego en cuenta para determinar los alcances de la acción. Además la palabra pago, en el lenguaje técnico, 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 obliga-

¹. Nos debimos ocupar de él en la clase dictada el 14 de octubre de 1970 en el concurso para proveer la Cátedra 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 veinticuatro horas de anticipación.

². Las concordancias con el derecho español las realizamos especialmente para la publicación del trabajo en el Libro Homenaje a Don Federico de Castro y Bravo (ver T. II, p. 293 y siguientes, ed. Tecnos, Madrid, 1976).

³. "De lo dado en pago de lo que no se debe", artículos 784 a 796, Capítulo VIII, Título XVI, Sección Primera del Libro Segundo. Se regulan en ese capítulo los problemas vinculados con el pago por error, pago sin causa, obligaciones putativas y liberaciones dadas por error.

⁴. Ver Libro Cuarto, Título XVI, Capítulo I (cuasicontratos), Sección segunda (artículos 1895 a 1901).

ción previa y, por tal motivo, se convierte en fuente de la obligación de restituir.

Advertimos que el actual Código supera en los aspectos metodológicos al de 1936, ya que subdivide el título dedicado al pago en una serie de capítulos que permiten diferenciar adecuadamente el pago propiamente dicho, de otras modalidades como la consignación o la dación en pago.

La ubicación del "pago indebido" dentro del título genérico del pago proviene del método adoptado ya en el Código de 1936, que suprimió la categoría de los cuasi contratos. En la Exposición de Motivos del mencionado cuerpo legal se expresaba: "El pago indebido lo incorporamos al finalizar la materia del pago normal por una razón de manifiesta afinidad entre ambos y por haber abolido el Proyecto la irrazonable categoría de los cuasi contratos".

Aceptamos como válido el último argumento; pero, a nuestro criterio, no hay tal analogía entre el "pago normal" y el cobro de lo indebido.

El primero es un acto que **extingue** una relación jurídica obligatoria; el segundo actúa como **fuentes** de una obligación, y tiene como fundamento el enriquecimiento sin causa. Al existir en el moderno Código peruano un libro dedicado a las "fuentes de las obligaciones", en el que hallamos una Sección que se ocupa del "enriquecimiento sin causa"⁵, nos parece que hubiese sido más correcto metodológicamente tratar en ese libro esta verdadera "fuente de obligaciones", como una sección autónoma, luego de la gestión de negocios y antes del enriquecimiento sin causa.

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

En primer lugar el Código civil peruano, como es tradicional en la legislación comparada, traza una distinción tajante respec-

⁵. Sección Cuarta del Libro VII, artículos 1954 y 1955.

to a las consecuencias de la acción, según que el "accipiens"⁶ haya obrado de buena o de mala fe.

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.

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 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.

a) Distinción entre buena y mala fe

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 todos los dispositivos que se refieren a la acción de repetición (artículos 1268, 1269, 1270, 1271, 1272 y 1276 del Código civil peruano y 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, sino en el Libro V del código peruano, al tratar de los derechos reales y más específicamente cuando se ocupa de uno de sus elementos: la posesión, y clasifica los distintos tipos de posesión⁷. Encontramos allí el artículo 908, que nos dice que la posesión es de buena fe "cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que

⁶. El Código civil peruano habla del que "acepta" la cosa o prestación que no se le debía, nosotros emplearemos el vocablo "accipiens", y llamaremos "solvens" a quien efectuó la entrega.

⁷. En el Código civil argentino, por remisión expresa contenida en los artículos 786 y 788, el que recibió el pago de buena o de mala fe, debe ser considerado como el poseedor en iguales circunstancias.

invalida su título"⁸. Esta norma tiene como antecedente directo el artículo 832 del Código de 1936⁹, pero a la hipótesis de "error" se ha agregado la de "ignorancia".

Advertimos que, siguiendo las corrientes más modernas, se admite la buena fe también en los casos de error de derecho¹⁰, lo que parece un verdadero acierto ya que, como decía DEREUX, afirmando una verdad que parece de Perogrullo: "La buena fe es siempre la buena fe y no hay ficción que pueda impedirla..."¹¹. Estamos persuadidos que en todos los casos en que el derecho brinda protección a las personas de "buena fe", víctimas de un error, esa protección debe extenderse tanto a los errores de hecho como a los de derecho, y así lo hemos sostenido¹².

Podemos decir, entonces, en materia de pago indebido, que el "accipiens" será 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 es¹³.

El artículo 906 del Código civil peruano, como hemos dicho más arriba, hace referencia no sólo al "error", sino también a la "ignorancia". Psicológicamente puede establecerse entre ellos diferencias, ya que la ignorancia es el desconocimiento absoluto, y el error que es un conocimiento incompleto o falso; pero, como bien lo

⁸. En el derecho argentino el artículo 2356 establece que "la posesión es de buena fe cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad".

⁹. En la Exposición de Motivos del Código de 1936 se dijo que la nueva norma "consagra la tesis, que aún se controvierte, que el error de derecho, al igual que el error de hecho, respecto del vicio del título, no impide la buena fe del poseedor y existe un memorándum del señor Oliveira, que invoca en apoyo de esta solución la opinión de Planiol".

¹⁰. Ver nuestro "El error de derecho en el derecho civil contemporáneo y en el Código civil argentino", Bol. Fac. de Derecho y C. Sociales de Córdoba, año XXV, Nº 1-2, 1961, p. 5 y siguientes.

¹¹. G. DEREUX, Etude critique de l'adage "nul n'est censé ignorer la loi", Rev. Trim. de Droit Civil, 1907, p. 545.

¹². Trabajo citado en nota 10, p. 40 y 70.

¹³. Conf. Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS, Derecho de las Obligaciones, T. II, vol. 2, ed. Platense, La Plasta, 1972.

señaló SAVIGNY, desde el punto de vista de sus efectos jurídicos deben ser asimilados totalmente¹⁴.

Cuando hablamos del error de derecho del poseedor nos hemos referido a la situación del "accipiens". Las mismas circunstancias pueden darse respecto al "solvens", es decir quien efectuó el pago, que siempre tendrá derecho a reclamar la restitución de la prestación efectuada, sea que haya obrado por error hecho o de derecho (artículo 1267). Sobre este punto no hay discusión, la solución es aceptada desde antiguo en muchos códigos, y en aquellos que no la consagran expresamente, era la interpretación dominante en la jurisprudencia. En el mismo sentido encontramos el artículo 784 del Código civil argentino, que sirvió de antecedente al artículo 1280 del Código peruano de 1936 ¹⁵.

El error de derecho del "solvens" no le impide repetir lo pagado; lo novedoso de la solución del Derecho peruano es que el error de derecho del accipiens no excluye su buena fe, como sucede en sistemas donde, en esos casos, al accipiens se le da el trato correspondiente a los poseedores de mala fe.

b) Presunciones

En casi todos los ordenamientos jurídicos, frente a la entrega espontánea de la cosa, se entiende que el "accipiens" actuó de buena fe, salvo que se brinde prueba que destruya esa presunción.

Se llega a esta conclusión sobre la base de normas generales contenidas en materia posesoria; encontramos así en el Código civil español un dispositivo que establece la buena fe del poseedor (artículo 434), y otro que nos dice que sigue disfrutando del mismo

¹⁴. Federico C. de SAVIGNY, "Del error y de la ignorancia", Apéndice VIII al Sistema de Derecho Romano actual (traducción al castellano, Góngora, Madrid, 1879, tomo II, p. 388 y ss.)

¹⁵. En la Exposición de Motivos del Código peruano de 1936 se decía, con referencia al artículo 1280 de ese cuerpo legal: "Cesa el motivo de la norma que prohíbe alegar el error de derecho cuando alguno pretende aprovechar una situación creada para enriquecerse a costa del que cometió el error, o si por este medio se quiere dar vida a un acto prohibido. La solución adoptada es conforme a la interpretación que invariablemente se ha dado por nuestros tribunales al artículo 1219 del Código anterior, desde el día de su promulgación.

carácter mientras no se pruebe lo contrario (art 436); y en el Código civil argentino los mismos principios se encuentran establecidos en el artículo 2362 ¹⁶.

En el derecho peruano deberá recurrirse a lo dispuesto en el artículo 914, que expresa: "*Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario*".

c) Cesación de la buena fe originaria

El momento de adquirir la posesión tiene gran importancia, porque en ese instante queda fijada la calificación que debe darse a la posesión, es decir 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 posesión¹⁷.

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.

El Código peruano de 1984 resuelve el punto en su artículo 907, al tratar en general de la posesión, expresando que "la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada". Estimamos que esta norma es también aplicable al accipiens de buena fe.

Si se prueba que el accipiens entró en conocimiento de que el pago se había efectuado por error, su buena fe desaparecería; 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, por supuesto siempre que la demanda prospere, pues en caso

¹⁶. "Artículo 2362 (Código civil argentino).- *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*".

¹⁷. Ver artículo 2353 del Código civil argentino.

contrario no habrá lugar a repetición alguna.

Es cierto que, pese a la existencia de demanda el accipiens puede mantener íntimamente su convencimiento de que el pago estaba bien hecho, pero ese "convencimiento íntimo" no basta, puesto que la demanda ha debido crearle duda razonable sobre la legitimidad de su título.

En resumen, cuando el accipiens deja de creer que posee legítimamente, sea porque adquiere conocimiento efectivo de que el pago se efectuó por error, sea porque se entabla en su contra una demanda, se acaba su buena fe, y pasa a recibir el trato correspondiente a quienes recibieron el pago de mala fe.

d) La repetición y la mora

Aclaremos previamente que en el Derecho peruano la regla general, en materia de mora del deudor, es la exigencia de interpelación; mientras que en el derecho argentino, después de las reformas que la ley 17.711 introdujo al artículo 509, la mora es automática. Un autor del prestigio de LLAMBÍAS sostuvo que esa reforma había tenido incidencia sobre la restitución de lo pagado por error ¹⁸.

Creemos que no es así; tanto en el Derecho argentino como en el Derecho peruano el accipiens debe siempre restituir la cosa que se le entregó por error; en cuanto al pago de intereses, restitución de frutos y riesgos por la destrucción, pérdidas o deterioros, la ley no toma en cuenta la mora sino la buena o mala fe del accipiens. Incluso, como lo expresábamos en el apartado anterior, para transformar la buena fe originaria en mala fe sobrevenida, no será menester constituirlo en mora, sino que bastará probar que adquirió conocimiento de que el pago se efectuó por error.

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 verdadera naturaleza de

¹⁸. Jorge Joaquín LLAMBÍAS, Obligaciones, T. II, ed. Perrot, Buenos Aires, 1970, N° 692, p. 1005.

ese presunto pago. Es evidente que en tal hipótesis queda fijado un momento desde el cual existe conocimiento, pero no es indispensable la constitución en mora para obtener ese resultado.

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.

Estas consideraciones son aplicables al Derecho español, cuya doctrina suele hablar de mora ¹⁹, pero solamente como uno de los caminos para hacer cesar la buena fe del "accipiens", resultado al que se llega con prescindencia de la mora, cuando adquiriera conocimiento por otras vías de que el pago se efectuó por error, ya que si se prueba esa circunstancia ²⁰ deberá considerársele poseedor de mala fe.

Opinamos que la misma solución es la consagrada por el derecho peruano, que regula los alcances de la acción de repetición sobre la base de la buena o mala fe del accipiens, y no de la existencia o inexistencia de mora.

e) Carácter de la acción

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

Si nos remontamos al Derecho romano²¹, o al antiguo Derecho francés²², 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.

La misma solución ha sido adoptada por muchos códigos con-

¹⁹. 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.

²⁰. "Artículo 436 (Código civil español).- Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario.

²¹. Digesto 41.2.36.

²². Robert POTHIER, Oeuvres, París, 1845, T. I (dedicado a las "Coutumes"), N° 113 y 115, p. 42 y 43.

temporáneos²³, verbigracia por el Código civil español²⁴, que ha mantenido la tradición romanista, recogida por las Leyes de Partida²⁵, considerando que la acción de restitución es una acción personal, y se detiene en el "accipiens" o sus herederos²⁶ -que ocupan el lugar jurídico del causante-, pero el "solvens" no podrá dirigirse contra los terceros a quienes se hubiese transmitido la cosa.

Comentando el punto ha dicho con mucha precisión Don Rafael Núñez Lagos que "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 Derecho vigente, en ningún país la *condictio*, en particular, ha tenido nada de acción real"²⁷.

Por su parte el Código civil chileno expresa en el artículo 2303: "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 lucra-

²³. 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".

²⁴. 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 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, p. 67 y Revista de Derecho Privado, Madrid, julio-agosto, 1972, p. 599 a 614).

²⁵. Partida V, Título 14, Ley 37.

²⁶. Ver, por ejemplo, artículo 1899, último párrafo, Código civil español.

²⁷. Conf. Rafael NÚÑEZ LAGOS, en Tomo XXX, volumen 2º, Código Civil MUCIUS SCAEVOLA, N° 196, p. 290.

tivo, 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 2301²⁸.

En el nuevo Código Civil peruano la naturaleza personal de la acción es clara, y la posibilidad de reclamar la cosa cuando ha pasado a manos de un tercero se limita a las hipótesis en que éste actuó de mala fe, o la recibió a título gratuito. Vemos así que el primer párrafo del artículo 1271 dispone que *"si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo"*.

En esta hipótesis, en que ha mediado una transmisión a título oneroso, y el adquirente es de buena fe, el solvens solamente podrá pretender subrogarse en el cobro del precio que pudiese adeudar el tercer adquirente, pero no estará facultado a perseguir la cosa.

En el segundo párrafo del mismo artículo 1272 se contemplan los casos en que el tercer adquirente hubiese recibido la cosa a título gratuito, o tuviese mala fe, únicas hipótesis en las que podrá dirigirse en su contra, pidiendo la restitución de la cosa.

De manera concordante el artículo 1270, en sus párrafos primero y tercero, contempla los casos en que un accipiens de mala fe enajena la cosa a un tercero, y vemos que también allí la acción prosperará cuando este último actuó de mala fe, o recibió la cosa a título gratuito. En cambio, si la transmisión fue a título onerosos y el tercero actuaba de buena fe, el solvens carecerá de acción contra él, y sólo podrá dirigirse contra quien había recibido el pago indebido (segundo párrafo del artículo 1270).

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

"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 tuviese".

²⁸. 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).

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 argentina²⁹, llegando a afirmar COLMO, con su lenguaje tan pintoresco y vigoroso, que es una ignominia jurídica³⁰, 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 aparente³¹.

El artículo 787, repetimos, quiebra toda una línea de tradición jurídica y, como lo expresa en su nota, se ha inspirado en la opinión de dos juristas, DURANTON y MARCADÉ, que actualmente prevale-

²⁹. 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).

³⁰. 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".

³¹. "Art. 3430 (texto original del Código civil, antes de las reformas introducidas por la ley 17.711).- 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".

ce en la doctrina francesa³².

El texto de la nota al artículo 787 está tomado de MARCADÉ³³, 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 real³⁴.

En definitiva, en este punto el Derecho argentino ha adoptado una solución que, aunque pueda justificarse en el sistema francés, resulta errónea e incompatible con nuestro propio sistema.

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. En nuestro sistema la entrega de la cosa, aunque fundada en un error, ha

³². Ver, por ejemplo, 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; 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.

³³. V. MARCADÉ, Explication du code civil, 8ª ed., T. 5, París, 1889, arts. 1378 a 1380, punto III, p. 290.

³⁴. 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".

transmitido la propiedad al "accipiens"³⁵ y el solvens sólo debería gozar de una acción personal; por ello afirmamos que el artículo 787 ha resuelto el punto de manera desacertada.

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

a) La cosa

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 referiremos 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".

Aunque el Código peruano no contiene una norma similar, entendemos que la solución es similar y debe restituirse el bien, opinión que ha sido también sostenida por Rubio Correa ³⁶.

Mientras la cosa permanece en poder del "accipiens", sea que por naturaleza se trate de cosas genéricas, o de una cosa deter-

³⁵. Así lo reconoce el propio Vélez Sársfield cuando coloca entre las hipótesis de dominio revocable el adquirido por un pago indebido (ver artículo 2664 del Código Civil argentino).

³⁶. "Nótese que en este caso no se estipula que debe restituir el bien, pero de la norma (así como de la comparación con el segundo párrafo del artículo 1271) es evidente que también debe restituirlo; en efecto, si no puede mantener siquiera los frutos, y responde por la pérdida o deterioro del bien en lo que se hubiera enriquecido por ellos, menos aún podrá retener el bien (si no puede lo menos, no puede lo más)" (Marcial RUBIO CORREA, "Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código civil", Lima, 1987, p. 276-277).

minada en su individualidad, no se plantean problemas y hay que restituir lo que se había recibido. Pero, ¿qué sucede cuando se ha enajenado, y en razón del carácter personal de la acción ya no es posible recuperarla de manos del actual poseedor?

El Código peruano, al igual que el español, contempla expresamente la hipótesis de enajenación de una cosa cierta, y dispone en el primer párrafo del artículo 1272 que *"si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo"* ³⁷.

La solución legal configura una estricta aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa.

Nada dicen en cambio estos Códigos con relación a la hipótesis de que lo recibido fue una cantidad genérica de cosas, entregada luego a un tercero, pero entendemos serían de aplicación los principios generales relativos a este tipo de obligaciones, en virtud de los cuales se considera que el género "nunca perece", salvo que se trate de lo que suele denominarse "género limitado"³⁸, razón por la cual el "accipiens" estaría siempre obligado a la restitución, debiendo para ello conseguir una cantidad de cosas igual a la recibida, de manera similar a lo que veremos en el punto siguiente, al tratar de la destrucción, pérdida o deterioro.

Además, sería también de aplicación el primer párrafo del artículo 1272 en cuanto permite subrogarse en la acción para cobrar el precio que adeudase el tercer adquirente.

En el Código Civil argentino ninguno de estos problemas ha sido contemplado, posiblemente por el carácter real de la acción, que permitirá conseguir la cosa incluso en manos del tercero. Sin embargo, encontramos un par de normas en materia de posesión que conduce, por vía de interpretación analógica, a una solución semejante; nos referimos a los dispositivos que ordenan al poseedor de buena fe

³⁷. De manera concordante el último párrafo del artículo 1897 del Código Civil español dice: "Si la hubiere enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo".

³⁸. Ver artículo 1146 del Código Civil peruano.

restituir el precio de los objetos muebles que hubiese vendido ³⁹ y a entregar lo que hubiese percibido por la venta de productos de la cosa ⁴⁰.

b) Destrucción, pérdida o deterioro

La parte final del artículo 1271 del Código Civil peruano dispone que el accipiens de buena fe "responda de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido". Es una previsión análoga a la del Código español ⁴¹: el único matiz diferencial consiste en que la norma peruana habla de "bien", en forma muy amplia, mientras que la española parece ceñirse muy estrictamente a los casos de entrega de "cosa cierta y determinada".

En realidad, como lo expresábamos más arriba, en las obligaciones de dar cosas inciertas, o de cantidad, rige el principio de que "el género nunca perece" ⁴², razón por la cual el "accipiens" estará siempre obligado a restituir lo que recibió, sin poder alegar la existencia de pérdidas o deterioros (ver artículo 1146 del Código de Perú).

Entendemos, en consecuencia, que la previsión del artículo 1271 se refiere a la destrucción, pérdida o deterioro de una cosa cierta, producidos sin culpa del "accipiens" de buena fe, caso en el cual la única obligación que perdura es la de entregar aquello con lo que "se hubiese enriquecido", y si no hubiese mediado enriquecimiento la obligación quedará disuelta.

c) Los frutos

En este punto el nuevo Código se ha apartado de la solución

³⁹. Ver artículo 2431, in fine, del Código Civil argentino.

⁴⁰. Ver artículo 2444 del Código Civil argentino.

⁴¹. "Artículo 1897 (Código Civil español).- El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de éstas y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido ...".

⁴². Ver artículo 948 del Código de Perú de 1984.

tradicional e, incluso, parece entrar en contradicción con lo que resuelve para el caso de los poseedores de buena fe. En efecto, la primera parte del artículo 1271 dispone que *"el que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos..."*.

Hay aquí una neta diferencia con el resto de los sistemas legislativos, que aceptan que el "accipiens" de buena fe haga suyos los frutos e intereses de la cosa recibida, y no está obligado a restituir nada, dándole un trato similar al que reciben los restantes poseedores de buena fe.

En el propio Código peruano de 1984 el artículo 908 dispone que *"el poseedor de buena fe hace suyos los frutos..."* ¿Por qué, entonces, impone la obligación de restituir al "accipiens" de buena fe?

No conocemos los fundamentos que se pueden haber dado para justificar este tratamiento dispar, que no parece condecir con los principios que rigen en la materia. Por ejemplo, el Código peruano, al igual que casi todos los códigos occidentales, considera que la posesión de buena fe de una cosa mueble hace adquirir su propiedad⁴³; pues bien, los frutos son cosas muebles cuya posesión se adquiere en el momento de percepción (ver artículo 892 del Código peruano). Quien posee de buena fe al tomar posesión independiente de los frutos, cosas muebles, innegablemente dentro de este sistema jurídico debe ser considerado propietario de esas cosas.

Lamentablemente el artículo 1271 es norma especial, que viene a establecer una excepción al principio general del artículo 908, y sus términos parecen claros... Pese a su buena fe el "accipiens" deberá restituir los "intereses y frutos percibidos". De esta manera, si se trata de un poseedor diligente, que se ha esforzado en lograr un buen rendimiento de la cosa, y para ello debió efectuar gastos, se encontrará en peor situación que el "accipiens" perezoso y descuidado, que no trabajó la cosa, ni se preocupó en percibir sus frutos, ya que este último no tendrá que restituir nada, ni deberá rendir cuentas por su descuido, mientras que el primero, que a su buena fe ha sumado laboriosidad y esfuerzo, se quedará sin nada.

⁴³. Ver artículo 948 del Código Civil de Perú de 1984.

Por supuesto que podrá descontar los gastos y trabajos que haya hecho para percibir los denominados frutos industriales y civiles (artículo 893 del Código Civil de Perú). Esta afirmación nos obliga a detenernos algo más en la clasificación de los frutos.

En primer lugar encontramos que se distinguen los frutos naturales, industriales y civiles (artículo 891, Código del Perú; artículo 2424 del Código argentino; y artículo 3355 del Código español), cuyas características se encuentran establecidas con precisión en las propias disposiciones legales.

Pero, además, varias normas, como el ya citado artículo 1271, hablan de los frutos "percibidos", categoría que en algunos casos suele oponerse a la de "pendientes", y en otros a los "dejados de percibir".

Finalmente, en el Código civil argentino se habla también de frutos "consumidos" y "no consumidos", agregando un nuevo problema del que no nos ocuparemos en este trabajo.

En el caso que nos ocupa en este momento, que es el del "accipiens" de buena fe obligado a restituir la cosa, en el sistema peruano deberá entregarla con los "frutos pendientes" y, además, restituir los intereses o frutos percibidos, pero no los que por cualquier causa haya "dejado de percibir", que solamente se reclamarán al "accipiens" de mala fe, como lo veremos más adelante (artículo 1269).

Hemos dicho ya que en el caso de frutos industriales y civiles podrá descontar "los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos", pudiendo computar en este rubro no solamente lo abonado a terceros, sino también el importe que representa el valor de su propio trabajo personal. Por ejemplo, si para levantar una cosecha, en lugar de pagar peones, fue el propio "accipiens", con su familia, el que realizó esa tarea, deberá estimarse ese trabajo, para descontarlo del valor de los frutos que debe restituir.

d) Las mejoras y gastos

Después de recibir la cosa el "accipiens" puede haberse visto en la necesidad de hacer en ella reparaciones, para evitar que

se deteriore o destruya, pagado impuestos, o una hipoteca, haberle introducido mejoras que la hacían más apta para sus usos, o, en fin, haberla hermoñado con obras de tipo suntuario.

Como, a pesar de su buena fe se ve obligado a restituirla, ya que había mediado un pago indebido, ¿podrá recuperar algunos de esos desembolsos? Ninguno de los códigos que venimos estudiando, cuando se ocupan del pago indebido, contiene previsiones sobre estos temas; pero como todo código es un cuerpo orgánico, y sus normas no pueden interpretarse aisladamente, resulta indispensable indagar en otros campos para ver si encontramos preceptos que permitan solucionar esos problemas.

En el Derecho argentino la remisión genérica el artículo 786, en virtud de la cual se considera al "accipiens" de buena fe como un poseedor de buena fe, nos permite acudir a las normas que regulan la situación de los poseedores condenados a restituir la cosa, donde encontraremos los artículos 2427 y 2429, el primero de los cuales, luego de explicar qué debe entenderse por gastos necesarios o útiles, ordena que sean reembolsados al poseedor de buena fe⁴⁴, y el segundo concede a ese poseedor derecho de retener la cosa hasta que se le hayan pagado las mejoras necesarias o útiles⁴⁵.

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 necesarios para su conservación, sin los cuales la cosa se hubiese perdido o destruido; o mejoras útiles, que redundan en beneficio del propietario. Si el "solvens" no pagara esos gastos se enriquecería sin causa, pues se estaría ahorrando, a expensas del "accipiens" unos desembolsos que forzosamente debería haber efectuado

⁴⁴. "Artículo 2427 (Código Civil argentino).- 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".

⁴⁵. En el Derecho argentino el artículo 591 traza aún más claramente la distinción entre las mejoras necesarias y las útiles, diciendo: "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...".

si la cosa hubiese estado en su poder.

Por su parte en el Derecho español, en virtud de la remisión contenida en el artículo 1898⁴⁶, 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 satisfagan⁴⁷.

Creemos que en el Derecho peruano también deberá recurrirse a las normas sobre mejoras que encontramos en materia posesoria. Vemos allí que el artículo 917, sin establecer diferencias entre la buena o mala fe del poseedor, dispone que "tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y, a retirar las de recreo que pueden separarse, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual".

Se ocupa a continuación del momento en que se efectuaron las mejoras, pues si ya ha mediado demanda judicial de restitución de la cosa no parece justo que el poseedor continúe efectuando gastos en ella, que luego deban pesar sobre el dueño, y dispone que si así procediera no se abonarán las mejoras que introduzca, salvo que "se trate de las necesarias", es decir, aquellas indispensables para que la cosa se conserve.

También concede derecho de retención a favor del poseedor que tenga derecho a ser reembolsado de mejoras (artículo 918).

Estimamos de estricta justicia aplicar estas normas; al "accipiens" de buena fe que debe restituir la cosa que recibió indebidamente en pago.

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

a) Sistema argentino. Remisión

El punto lo hemos tratado con detenimiento en el apartado

⁴⁶. "Artículo 1898 (Código Civil español).- En cuanto al abono de mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió la cosa, se estará a lo dispuesto en el título V, del libro II".

⁴⁷. "Artículo 453 (Código Civil español).- Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se lo satisfagan".

IV del trabajo mencionado en la nota 2⁴⁸, concordando sus soluciones con las del Derecho español⁴⁹. Por razones de brevedad remitimos a lo allí expuesto.

b) **Sistema peruano**

1) La cosa

Ya hemos dicho que, mientras exista en poder del "accipiens", la cosa siembre debe ser restituida y, si se trata de cantidades de cosas, rige el principio de que el género nunca perece.

Consideramos que en este aspecto no hay diferencias entre la condición del "accipiens" de buena fe, y el de mala fe.

Pero, ¿qué sucede si la cosa ha salido del poder del "accipiens", que la ha entregado a un tercero? Como el punto presenta particular interés le dedicaremos más adelante el apartado V de este estudio.

2) Destrucción, pérdida o deterioro

El problema, con relación al "accipiens" de mala fe, está contemplado expresamente en segundo párrafo del artículo 1269 del Código Civil de 1984, que nos dice:

" ... responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre".

Entendemos que el vocablo "pérdida" comprende no solamente las hipótesis de "extravío", sino también las de destrucción de la cosa mientras se encuentra en poder del accipiens de mala fe. Es cierto que "destrucción" y "pérdida" no son sinónimos, porque en el primer caso se trata de un cambio material en la naturaleza de la

⁴⁸. Libro Homenaje a Don Federico de Castro y Bravo, T. II, p. 313 a 316.

⁴⁹. Trabajo citado en nota 2, p. 316 y 317.

cosa, mientras que el otro se refiere a la hipótesis en que la cosa ha salido del ámbito jurídico de disposición del poseedor, pero creemos que en cuanto a sus efectos son equiparables, pues en ambas hipótesis el "accipiens" ya no cuenta con la cosa para restituirla; por ello, lo previsto para la "pérdida" es aplicable en los casos de "destrucción", sea que esa destrucción o pérdida tengan su origen en un hecho voluntario del "accipiens", en el hecho de un tercero o incluso provengan de un caso fortuito.

Sin embargo, cuando la causa es extraña al accionar del "accipiens", hay un caso en que puede eximirse de la responsabilidad de restituir la cosa, admitido generalmente en todos los sistemas, y contemplado por el párrafo tercero del artículo 1269 del Código Civil peruano:

" ... Puede liberarse de esta responsabilidad si prueba que la casa no imputable habría afectado al bien el mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó".

Esta norma concuerda con lo dispuesto por el artículo 909 para los poseedores de mala fe, quienes responden *"de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular"*.

Por un principio de equidad, como lo recuerda VÉLEZ SÁRS-FIELD en la nota a uno de los artículos de su Código, el "accipiens", pese a su mala fe, no tendrá que indemnizar las pérdidas 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; ambos tienen su hacienda en un pequeño valle cordillerano que es arrasado por un aluvión. Sin duda el animal hubiera perecido igual en manos de Enrique y, por tanto, Roberto no le debe nada.

3) Los frutos

Lo vinculado con los frutos está resuelto en el primer párrafo del artículo 1269, que expresa:

"El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales o los frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido".

En el caso de que lo entregado fuese dinero, se presume que siempre es fructífero y, en consecuencia, se deben los correspondientes intereses, que son los frutos civiles del capital.

Pero, aunque el "accipiens" debe restituir los frutos percibidos, o su valor, un principio de equidad impone, especialmente tratándose de los llamados frutos industriales, que descuenta los gastos que efectuó para su producción o recolección, tal como lo dispone el artículo 893, que habla de "*los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos*". Esa norma se refiere también a los frutos "civiles", aunque advertimos que su percepción no suele requerir mayores esfuerzos o desembolsos.

El Código peruano sólo se refiere a la restitución por el "accipiens" de mala fe de los "frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera"; consideramos más acertada la previsión incluida en el artículo 2439 del Código Civil argentino que en estos casos extiende la responsabilidad del "accipiens" a indemnizar por "los frutos civiles que hubiera podido producir una cosa no fructífera, si el propietario hubiera podido sacar un beneficio de ella", porque como lo recuerda Vélez en la nota del mencionado artículo 2439, el poseedor de mala fe "debe indemnizar al propietario de todo el daño que le hubiese causado su indebida posesión".

4) Las mejoras y gastos

No hay en esta parte del Código Civil peruano ninguna previsión que contemple el caso de que el "accipiens" de mala fe haya efectuado lo que técnicamente se denominan "mejoras, desembolsando fondos que han servido para mantener la cosa, o acrecentar su valor. ¿Tiene algún derecho a que se le reintegren esos gastos?

Si se le negase derecho podría cometerse una grave injusti-

cia, ya que el "solvens", al recuperar la cosa mejorada se estaría enriqueciendo sin causa. Ya en el apartado anterior, refiriéndonos al "accipiens" de buena fe explicamos por qué debían reconocerse los importes de las mejoras, y que a nuestro criterio podía darse solución al problema aplicando los artículos 917 y 918.

Sin embargo, estimamos que en este punto hay una falencia en el nuevo Código Civil peruano, pues el tratamiento no puede ser el mismo para los casos de buena y mala fe, y si bien se justifica-con base en el principio del enriquecimiento sin causa- que el de mala fe también sea reembolsado por las mejoras que efectuó, no es correcto que se le conceda la facultad de retener, ya que no parece 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.

Adviértase que el propio Código peruano matiza la solución, en el último párrafo del artículo 917, para el caso de mejoras efectuadas en el período posterior a la citación judicial, etapa en la que el accipiens -aunque hubiese tenido buena fe originaria- debe recibir el trato de un poseedor de mala fe. La mencionada norma limita en tal caso el derecho del accipiens al reembolso de las mejoras necesarias, pero, por aplicación del artículo 918, sigue con respecto a esas sumas gozando de la facultad de retener.

La solución peruana difiere, pues, tanto de la consagrada en el Derecho argentino, como de la española. En efecto, estos códigos conceden siempre al poseedor de mala fe derecho a reembolso, tanto de las mejoras útiles como necesarias; pero, el Código Civil argentino sólo admite a su favor la retención por las necesarias, y no por las útiles: mientras que el español, aunque acepta el reembolso, no otorga en ningún caso derecho de retención al accipiens de mala fe.

Una valoración cuidadosa del problema nos inclina a aceptar la solución del Código Civil español como la más justa. Criticamos en el nuevo Código peruano que no se admita el reembolso de las mejoras útiles, ya que -cualquiera sea el momento en que se las haya efectuado- si el propietario se queda con ellas sin abonarlas, se

habrá enriquecido injustamente; en este punto lo superan tanto las soluciones argentina como española.

A su vez, criticamos al Derecho argentino que conceda la facultad de retener al accipiens de mala fe; una cosa es aceptar que, por aplicación del principio del enriquecimiento sin causa, atenga derecho a cobrar tanto las mejoras necesarias, como las útiles, otra muy distinta permitirle que mantenga bajo su poder una cosa a la que no tenía derecho alguno y recibió de mala fe. Esta crítica a la facultad de retener alcanza a la solución peruana.

El Código español, en cambio, pone las cosas en su justo lugar; admite el abono de las mejoras necesarias y útiles, pero niega el derecho de retener.

V.- Efectos respecto a terceros

Hemos dicho ya que en el Derecho peruano la acción de repetición de lo pagado indebidamente es de carácter personal, de manera que para que se justifique dirigirla contra un tercero a quien ha pasado la propiedad de la cosa, será menester que ese tercero conozca que el "accipiens" no tenía derecho a recibirla ni, por ende, a transmitirla.

No existe, propiamente hablando, reipersecutoriedad, lo que limita los derechos del "solvens" con respecto a los terceros. Resulta necesario, pues, distinguir los casos en que el tercero obró de buena fe, de aquéllos en que hubo de su parte mala fe.

a) Buena fe del tercero

Ese al carácter personal de la acción debemos efectuar aquí una subdistinción que atañe al título de adquisición del tercero, diferenciando los casos en que hubo pago de precio por parte del tercero, de las hipótesis de liberalidad.

1) Adquisición a título oneroso

Cuando a la buena fe del tercero se suma el título oneroso,

el "solvens" no recuperará la cosa, ya que no goza de una acción real. Sus acciones quedan, en tal caso, limitadas a dirigirse contra el que había recibido la cosa indebidamente pudiendo, a lo sumo, subrogarse en el cobro del saldo del precio que hubiese quedado impago, como lo prevé el primer párrafo del artículo 1272, cuando dispone:

"Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo".

Aunque la solución no está expresamente prevista para el caso que fuese un "accipiens" de mala fe el que hubiese enajenado la cosa a un tercero de buena fe (ver artículo 1270), entendemos que también en esa hipótesis, si existiese un saldo impago, el dueño de la cosa podría exigir que se lo subrogase en el cobro de esas sumas, por supuesto conservando el derecho de exigir al "accipiens" de mala fe la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En resumen, el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso está a cubierto de cualquier acción reivindicatoria y su responsabilidad se limita a pagar el precio convenido.

La solución es justa y concuerda con la prevista en materia de fraude pauliano por el artículo 197, para los tercero adquirentes de buena fe y a título oneroso, a quienes no afecta la declaración de ineficacia del acto.

2 Adquisición a título gratuito

Pero si el tercer adquirente recibió la cosa a título gratuito, aunque haya procedido de buena fe, "quien efectuó el pago indebido puede reclamar la restitución del bien" (ver artículos 1270, tercer párrafo; y 1272, segundo párrafo).

Se trata de un caso de excepción en que se admite al que efectuó el pago indebido perseguir la cosa en manos de un tercero; el legislador, frente al conflicto que se plantea entre este tercer adquirente de buena fe, y el propietario del bien, ha considerado

justo preferir a este último, a quien trata de evitársele el perjuicio cierto de la pérdida de la cosa, por sobre el tercero que sólo procura obtener una ganancia sin haber efectuado desembolso alguno.

Por un lado el "accipiens" no tenía derecho a la cosa; a ello se suma que el tercero no realizó ningún sacrificio. Estos son los aspectos fundamentales a tomar en consideración, y en nada cambian por la existencia de buena o de mala fe en el tercero, que no ha de sufrir una pérdida, sino que solamente se verá privado de un beneficio. Debe prevalecer, sin duda, el derecho del dueño a que le restituyan la cosa.

Pero, ¿qué sucede con los frutos percibidos en el ínterin por ese tercero? ¿Se le aplicará el trato del "accipiens" de buena fe, regulado por el artículo 1271, y deberá también restituirlos? O, ¿prevalecerá su situación e "poseedor de buena fe", y se aplicará el artículo 908, pudiendo retenerlos? Personalmente opinamos que al tercero de buena fe, en ausencia de previsiones específicas respecto a la restitución de frutos en el capítulo del pago indebido, debe aplicársele el régimen general de todos los poseedores de buena fe, por dos razones: primero, por ser la solución que técnicamente corresponde; y segundo, por ser la solución más justa y concordante con la tradicional situación de los poseedores de buena fe en materia de restitución de frutos.

b) Mala fe del tercero

La mala fe del tercero ha de servir de base para que el propietario de la cosa dirija una acción personal en su contra. Esa mala fe del tercero puede existir tanto en caso que quien primero recibió el pago indebido haya actuado, por su parte, con buena o mala fe.

En estas hipótesis no se juzga la situación del "accipiens", sino la del tercero, para determinar si la acción puede dirigirse en su contra.

Estimamos que la mala fe del tercero consiste en el conocimiento del pago indebido o, dicho en otros términos, saber que el "accipiens", aunque tuviese la cosa en su poder, no tenía realmente

derecho a ella, ni a enajenarla.

Pues bien, si tanto el "accipiens" como el tercero actuaron de mala fe, quien efectuó el pago puede dirigirse contra ambos "solidariamente", reclamando la restitución de la cosa y, además "la indemnización de daños y perjuicios" (primer párrafo, artículo 1270).

En cambio, si el "accipiens" había actuado de buena fe, y solamente el tercero lo hizo de mala fe, es él quien cargará con las obligaciones de restituir e "indemnizar los daños y perjuicios irrogados" (artículo 1272, in fine).

c) Sistema argentino. Remisión

El problema de los efectos de la repetición con relación a los terceros en el Derecho argentino es sustancialmente diferente en virtud del carácter real que se ha dado a la acción. Debe entonces distinguirse si la cosa entregada es mueble o inmueble, pues en materia de muebles va a regir el principio general del artículo 2412 del Código Civil argentino, que protege a los terceros poseedores de buena fe y a título oneroso, permitiéndoles de tener toda acción reivindicatoria en su contra, salvo que se trate de cosas robadas o perdidas.

Tratándose de inmuebles, en cambio, el artículo 787 del Código de Vélez admite la acción reivindicatoria en contra de terceros, sin establecer límites, los que van a surgir del texto del actual artículo 1051 que, luego de las reformas que le introdujo la ley 17.711, impide la acción reipersecutoria en contra de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Hemos analizado con más detenimiento estos problemas en el trabajo mencionado en nota 2, a cuya exposición y conclusiones remitimos.

VI.- La acción

a) Procedencia. Prueba

La leyenda del Capítulo VII habla de "pago indebido" de manera genérica; por ello, aunque el primer artículo se limita a

referirse a hipótesis de error, y luego el artículo 1273, en su primer párrafo parece exigir que se pruebe el "error", estimamos que las previsiones de este capítulo son extensivas a todos los casos de pago "sin causa", haya o no mediado error. Pero, si así no lo fuera, las otras hipótesis de pago sin causa, que en su momento dieron lugar a las "condictio", y permiten repetir cuando el pago se hizo en atención a una causa futura, que luego no se realizó, o a una causa existente, que luego ha dejado de existir o, incluso con fundamento en una causa contraria a disposiciones legales, quedarían englobadas en lo que el nuevo Código prevé sobre "enriquecimiento sin causa" en los artículos 1954 y 1955.

Entendemos, sin embargo, que la inclusión de todas las hipótesis de "pago sin causa" en el capítulo VII, se funda en el segundo párrafo del artículo 1273, que *"presume que hubo error en el pago cuando se cumple una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada"*. Esta presunción, que sólo podría ser destruida por el "accipiens" probando que "la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada" (parte final del artículo 1273) es la que da cabida a la repetición en todos los casos en que no haya habido causa justificada.

Sistematizando diremos que quien intenta la acción deberá "probar el error con que lo hizo" (artículo 1273, primer párrafo), o la inexistencia de causa para el pago (segundo párrafo: que nunca se debió la prestación").

b) Obligaciones de hacer y de no hacer

El Código peruano ha tomado especialmente en cuenta el caso del cumplimiento indebido de prestaciones de hacer, y de no hacer, en las que no ha mediado la "entrega de una cosa" y, por consiguiente, no puede hablarse de repetición, lo que no excluye la existencia de un indebido beneficio por parte del destinatario de la prestación, que en alguna manera deber ser compensado. A tal efecto dispone en el artículo 1276:

"Las reglas de este capítulo se aplicarán, en cuanto sean

pertinentes, a las obligaciones de hacer, en las que no se puede restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer.

En tales casos, quien acepta el pago indebido de buena fe, sólo está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado...".

Se trata de una solución lógica y correcta; si el destinatario de la prestación se ha enriquecido sin causa, su buena fe no es óbice para que se le imponga compensar en la medida de su enriquecimiento.

Pero, si además de enriquecerse indebidamente, lo hizo de mala fe, el tratamiento será distinto y por ello el artículo 1278, en su parte final, prevé que además de restituir "el valor íntegro de la prestación", deberá abonar la correspondiente "indemnización de daños y perjuicios". Lo primero se funda en el enriquecimiento sin causa, lo segundo en la responsabilidad civil que engendra su conducta ilícita al beneficiarse de mala fe con la prestación que no se le debía, en perfecta concordancia con lo previsto en los artículos 1969 y siguientes en materia de responsabilidad extracontractual.

c) Prescripción

Para finalizar advertiremos que el nuevo Código Civil peruano, en su artículo 1274, ha establecido un plazo especial de cinco años para la prescripción de la acción de repetición fundada en un pago indebido.

No hemos encontrado en las obras de Rubio Correa⁵⁰ y Vidal Ramírez⁵¹ explicación alguna sobre este plazo especial de prescripción. Si se aplicase la norma genérica del artículo 2001, por tratarse de una acción personal, el plazo de prescripción sería de 20 años (inciso 1), aunque nada impide al legislador disponer su abreviación cuando lo considere conveniente.

⁵⁰. Marcial RUBIO CORREA, obra citada en nota 36.

⁵¹. Fernando VIDAL RAMÍREZ, La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano, ed. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988.

El hecho de que se ponga en tela de juicio la eficacia de un acto que se consideró extintivo de una obligación, con la consiguiente restitución de la propiedad de una cosa, y la posibilidad de reclamar daños y perjuicios, que cuando son autónomos prescriben a los dos años (inciso 4, artículo 2001), puede constituir el fundamento de la decisión legal de fijar este plazo reducido.

Estimamos, sin embargo, que una buena técnica legislativa recomendaba fijar este plazo al tratar específicamente de la prescripción extintiva, en el Título I del Libro VIII del Código, lo que hubiese permitido apreciar con mejor perspectiva las ventajas o inconvenientes del plazo elegido y, además coordinarlo con el que deberá aplicarse a las acciones subsidiarias de enriquecimiento sin cusa, para las cuales no se ha previsto ningún plazo especial, y que -a nuestro criterio- deberían estar sometidas al mismo plazo de prescripción, lo que no ha de suceder pues, ante el silencio del Código, deberá aplicárseles el plazo de 10 años del inciso 2, artículo 2001, lo que creará una discordancia de plazo par acciones que tienen el mismo fundamento legal.

VII.- Conclusiones

1) Estimamos que, metodológicamente, el "pago indebido" debió ser tratado junto a las restantes fuentes de obligaciones, como una Sección autónoma, después de la gestión de negocios y antes de la Sección destinada al enriquecimiento sin causa.

2) En el pago indebido, para establecer los derechos de que goza el "solvens", debe determinarse si el "accipiens" actuó de buena o mala fe.

3) En el Derecho peruano debe presumirse la buena fe del "accipiens" por aplicación del artículo 914, que se refiere de manera general a todos los poseedores.

4) Se presume que esa buena fe cesa cuando se le notifica la demanda del "solvens" (artículo 907); puede, además, admitirse prueba de que había cesado con anterioridad, si tuvo conocimiento de que se traba de un pago indebido.

5) La acción de repetición es de naturaleza personal.

6) La acción sólo podrá dirigirse contra terceros adquirentes de la cosa si hubiesen actuado de mala fe, o cuando la adquisición fuese a título gratuito.

7) El "accipiens" está siempre obligado a restituir la cosa determinada, cuando se encuentra en su poder.

8) El "accipiens" de buena fe puede librarse de la obligación de restituir cosas ciertas, cuando se hubiesen perdido por caso fortuito o fuerza mayor, casos en los cuales solamente responderá "en cuanto por ello se hubiese enriquecido" (artículo 1271).

9) 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.

10) El "accipiens" de buena fe debe restituir los intereses y frutos percibidos (artículo 1271), solución poco justa y discordante con lo que se dispone para los restantes poseedores de buena fe (artículo 908).

11) El "solvens" debe reembolsar al "accipiens" -tenga o no buena fe- las mejoras necesarias y útiles, pudiendo retener el bien hasta que se le hayan satisfecho (aplicación analógica de los artículos 917 y 918).

La solución es correcta cuando el "accipiens" tuvo buena fe; estimamos, sin embargo, que al "accipiens" de mala fe se le debe reconocer el derecho a cobrar las mejoras, pero no la facultad de retener.

12) En el caso de terceros adquirentes de buena fe, a título gratuito, la acción concedida al "solvens" es de carácter excepcional, y se funda exclusivamente en el propósito de evitar el perjuicio al propietario.

El tercero, en su situación de poseedor de buena fe, podrá ampararse en el artículo 908 para no restituir los frutos percibidos.

13) Lo regulado sobre el pago indebido es aplicable no solamente a los pagos por error, sino también a todos los "pagos sin causa".

14) Es aplicable además, en lo pertinente, a la ejecución de prestaciones de hacer y de no hacer (artículo 1276).

15) La acción de repetición, tanto en lo que se refiere a la restitución de la cosa propiamente dicha, como a la indemnización de

daños y perjuicios, tiene un plazo de prescripción reducido de cinco años (artículo 1274).