

El pago indebido en el Código Civil peruano (segunda parte)

Luciano Barchi Velaochaga

5. El deber de restitución: plazo de prescripción

Artículo 1274.- La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago.

Debemos tener presente que, en nuestro ordenamiento jurídico, la transferencia de la propiedad (así como la de otros derechos) es siempre causal; por tanto, ante la ausencia de causa (título de adquisición), la entrega del bien determinado no tiene el efecto de transferir la titularidad de la propiedad.¹ Así, si el *solvens* era el propietario (*solvens dominus*), seguirá siéndolo y puede recuperar el bien mediante la “acción” reivindicatoria, que es una “acción real”, con la cual concurre la “acción” de repetición por pago indebido, que es una “acción personal”. En tal

1 En el caso de la transferencia de la propiedad de bienes muebles, nuestro CC adopta el “sistema de la doble causa” (o “sistema del título y del modo”): no basta que se realice el modo (tradicción); también se requiere que el título sea válido y eficaz.

sentido, el *solvens dominus* puede, a su elección, recuperar el bien a través de la “acción” reivindicatoria (para lo cual tendrá que probar su propiedad) o mediante la pretensión de restitución por pago indebido.²

Por ende, es preciso tener en cuenta el artículo 927 del CC: “Artículo 927.- La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción”.

Si el *solvens* no es propietario (*solvens non dominus*), entonces solo procede la pretensión de repetición por pago indebido.

La prescripción de la “acción” de recuperación y la adquisición prescriptiva

Si, por ejemplo, se celebrara un contrato de compraventa que luego fuera declarado nulo, y el vendedor hubiera hecho entrega del bien, no se habría transferido la titularidad de la propiedad, aunque sí la posesión.

Se trataría de un pago indebido (*condictio ob causam finitam*) y, por tanto, conforme al artículo 1267 del CC, el *solvens* (el pseudovendedor) tendrá derecho a la restitución del bien por el *accipiens* (el pseudocomprador) y, como lo dispone el artículo 1274 del CC, deberá tenerse en cuenta que la “acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago”.

No obstante, debemos considerar que el *accipiens* ha adquirido la posesión del bien y, dependiendo de su buena o mala fe, se aplicarán las reglas sobre la prescripción adquisitiva.

Si el *accipiens* recibe un bien inmueble, resulta de aplicación el artículo 950 del CC: “Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

En el supuesto de que el *accipiens* lo reciba de mala fe, es de aplicación el artículo 951 del CC: “Artículo 951.- la adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública

2 Según señala Argiroffi, un sector de la doctrina italiana considera que la “acción” reivindicatoria solo procedería (para el *solvens dominus*) una vez que hubiera prescrito la “acción” de repetición. Argiroffi rechaza tal afirmación (1980: 171).

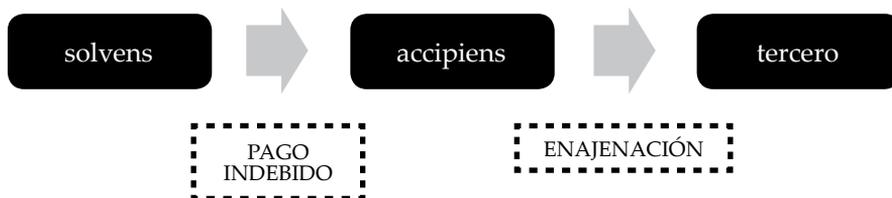
como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay”.

Se produce así una situación particular, tratándose de bienes muebles. En efecto, si el *accipiens* recibe el bien de mala fe, adquirirá la propiedad a los cuatro años, y si es de buena fe, a los dos años. Esto significa, entonces, que producida la adquisición por usucapión, ya no procedería la “acción” para recuperar lo indebidamente pagado. Incluso, si se tratara de un *solvens dominus*, no procedería tampoco la “acción” reivindicatoria. En efecto, si bien la “acción” reivindicatoria es imprescriptible conforme al artículo 927 del CC, también, de acuerdo con ese mismo artículo, ella “no procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción”.

En el caso de bienes inmuebles, a los cinco años habrá prescrito la “acción” de repetición, pero quedará al *solvens dominus* la “acción” reivindicatoria hasta el momento en que el *accipiens* adquiera por usucapión.

6. Enajenación del bien recibido como pago indebido

Este supuesto se encuentra regulado en los artículos 1272 y 1270 del CC, y puede ser graficado de la siguiente manera:



Quien enajena el bien es el *accipiens*, que ha aceptado el pago indebido. Volvamos a nuestro ejemplo. *Primus* y *Secundus* celebran un contrato de compraventa que luego es declarado nulo; si *Primus* (pseudovendedor) hubiera hecho entrega del bien a *Secundus* (pseudocomprador), no se habría transferido la titularidad de la propiedad, aunque sí la posesión: *Secundus* (el *accipiens*) sería un *non dominus*. Se trataría de un pago indebido (*condictio ob causam finitam*).

De manera que cuando el *accipiens* enajena el bien al tercero, estamos frente a un caso de contrato con función translativa sobre bien ajeno (que podrá ser compraventa, donación, permuta).³

Así, las consecuencias de la enajenación del bien por el *accipiens*, que lo ha recibido indebidamente, están relacionadas (o deberían estarlo) con la solución que el CC brinda a las transferencias *a non domino*. En tal sentido, los artículos 1272 y 1270 del CC deberían haber distinguido según el bien entregado indebidamente fuera mueble o inmueble,⁴ cosa que no hace el CC.

¿Cuáles son las consecuencias en el caso de que el accipiens enajenara a un tercero el bien recibido indebidamente, de acuerdo con nuestro CC?

El CC responde esta pregunta distinguiendo si el bien es recibido por el *accipiens* de buena o de mala fe: si lo recibe de buena fe, el artículo aplicable es el 1272; si lo hace de mala fe, el 1270.

- Enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe

Artículo 1272.- 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.

Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos solo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

Sintetizando lo señalado en el artículo 1272 del CC, podemos confeccionar la siguiente tabla:⁵

3 La enajenación a la que se refieren los artículos 1272 y 1270 del CC supone títulos idóneos para transferir la propiedad (compraventa, donación, permuta, etc.), no siendo considerados los contratos constitutivos de derechos personales de goce, como el arrendamiento y el comodato.

4 En este sentido, ver Bustamante (1987: 114); también, Cazeaux y Trigo (1986: 525 y ss.)

5 El hecho de que el *accipiens* enajene el bien no lo libera de la obligación de res-

	Accipiens	Tercero	Título	Consecuencias
1	Buena fe	Buena fe	Oneroso	1) El <i>accipiens</i> restituye el precio del bien o cede la acción para hacerlo efectivo.
2	Buena fe	Buena fe	Gratuito	1) El <i>accipiens</i> restituye el bien.
3	Buena fe	Mala fe	Oneroso	1) El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2) El tercero está obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.
4	Buena fe	Mala fe	Gratuito	1) El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2) El tercero está obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

Fuente: Elaboración propia.

Del artículo 1270 del CC no queda claro a quién le corresponde la restitución del bien cuando este se enajena a título gratuito a un tercero que actúa de mala fe: sólo señala que “quien efectuó el pago puede exigir la restitución”. Ante ello, cabe preguntarse: ¿a quién se le reclama la restitución? ¿Al tercero o al *accipiens*?

También surge la duda cuando la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe: el artículo comentado sólo señala que “quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien”. Aquí, la pregunta es la misma: ¿a quién se le exige la restitución?

Si tenemos en cuenta que el deber de restitución se establece entre el *solvens* y el *accipiens*, entonces la pretensión restitutoria debe dirigirse

tituir los frutos y los intereses percibidos conforme a lo previsto en el artículo 1271. En este sentido, ver Natoli (1992: 193).

contra el *accipiens* (deudor de la obligación de restituir). Si el *solvens* es propietario (*solvens dominus*), podrá ejercer la “acción” reivindicatoria contra el tercero.

Cuando se enajena un bien mueble a título oneroso y el tercero lo recibe de buena fe, este adquiere la propiedad (artículo 978 del CC); por eso, el *accipiens* no restituye el bien, sino el precio. Ello significa, en consecuencia, que el tercero adquirió la propiedad en virtud de los mecanismos de protección de la apariencia, como ya se analizó cuando se examinó el artículo 1269 del CC.

No obstante, si se trata de bienes muebles, debe tenerse en cuenta que se excluyen del mecanismo de protección de la apariencia —como señala el artículo 948 del CC— los bienes perdidos⁶ y los adquiridos con infracción de la ley penal.⁷

La pregunta que nos hacemos es: el *accipiens* que recibe el bien mueble de mala fe, ¿lo adquiere con infracción de la ley penal? Dicho de otra manera: el *accipiens* que recibe el bien sabiendo que no le corresponde, ¿comete un delito? El artículo 190 del Código Penal señala:

Artículo 190.- El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Podríamos, en efecto, afirmar que en la enajenación del bien por el *accipiens* de mala fe no se produce la transferencia de la propiedad a *non*

6 Artículo 932.- Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos.

7 Esta excepción genera una incoherencia en el sistema de transferencias de bienes muebles, pues al adquirente no le basta con la apariencia que genera la posesión, sino que queda obligado a informarse respecto a la procedencia del bien.

domino en virtud del artículo 948, pues aquel habría incurrido, al adquirirlo, en apropiación ilícita. Por tanto, debería restituirse el bien y no su valor como señala el artículo 1270 del CC.

El artículo 1270 del CC habla de “valor” y no de “precio” (contraprestación). Desde esta perspectiva, si el *accipiens* que ha recibido de mala fe un bien que vale 100, lo enajena a un tercero que lo recibe de buena fe, por el precio de 80, entonces el *accipiens* de mala fe debe restituir al *solvens* el valor; es decir, 100 y no 80, que es el precio recibido.⁸

El problema se presenta cuando el bien que vale 100 se enajena a un precio de 120. En Italia, Levi (1989: 171) menciona que, en ese caso, el *solvens* podrá pretender la restitución del precio y no del valor.

7. Casos de improcedencia de la repetición

7.1 La irrepitibilidad de lo pagado en el caso del *accipiens* de buena fe

Hechos impositivos del derecho de restitución se indican en el artículo 1268 del CC:

Artículo 1268.- Queda exento de la obligación de restituir quien, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, limitado o cancelado las garantías de su derecho o dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor.

8 En el Código Civil italiano (artículo 2038), el *solvens* puede también dirigirse directamente contra el tercero para obtener el pago respectivo: “Aquel que ha pagado indebidamente puede exigir el correspondiente de la enajenación y puede también dirigirse directamente para conseguirlo”. Bianca cita el siguiente ejemplo: “El *accipiens* ha recibido de mala fe un terreno que vale 150. Lo revende a un tercero al precio de 100. El comprador ha pagado 50. El *solvens* reclama al comprador el pago de los restantes 50 y exige al *accipiens* el pago de 100 con el fin de conseguir el equivalente del valor del terreno” (1994: 802). En el caso peruano, el *solvens* sólo puede dirigirse contra el *accipiens* de mala fe.

Este es un caso de pago indebido *ex latere solventis*; es decir, quien realiza la atribución patrimonial, lo hace a favor de persona que no es su acreedor. No se genera la obligación de restituir de parte del *accipiens* cuando este, creyendo de buena fe que el pago se hacía por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese:

- a. Inutilizado el título. Como señala Bianca, título es “el documento exclusivo probatorio del crédito” (1994: 805).
- b. Limitado o cancelado las garantías de su derecho. La limitación o cancelación de las garantías pueden referirse, indiferentemente, a garantías reales o personales.
- c. Dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor.

Como señala De los Mozos: “En realidad, lo que en este caso sucede es que tiene lugar un doble error: por parte del que paga y por parte del que cobra” (s/f: 663). El ordenamiento jurídico priva al *solvens* del derecho de repetición respecto del *accipiens* y sólo le permite dirigirse contra el verdadero deudor. Como veremos, de este conflicto de intereses sale ganando el *accipiens* e, indirectamente, el verdadero deudor.

Ahora bien, ¿cuál es la vía en virtud de la cual el *solvens* podrá dirigirse contra el “verdadero deudor”?

El primer párrafo del artículo 203 del Código Civil italiano expresa: “Quien ha pagado una deuda ajena, creyéndose deudor con base en un error excusable, puede repetir aquello que ha pagado, siempre que el acreedor no se hubiese privado de buena fe del título o de las garantías del crédito” (las cursivas son nuestras).

El Código Civil italiano no admite la repetición cuando el acreedor se hubiese privado de buena fe del título o de las garantías del crédito. Como puede apreciarse, no comprende el caso de la prescripción. Ello parece encontrar explicación en el último párrafo del artículo citado: “Cuando la repetición no es admitida, aquel que ha pagado subentra en los derechos del acreedor”.

Como se advierte, según este plexo de normas, el *solvens* se subroga legalmente al acreedor. Si tenemos en cuenta que la subrogación en el crédito es un subingreso o una subentrada de un nuevo acreedor en

lugar del antiguo, ella supone una modificación subjetiva del lado activo (no novativa) de la relación obligatoria; por tanto, el subrogado se ubica en la misma relación obligatoria. Por consiguiente, no tendría sentido subrogarse en una obligación prescrita.

El artículo 1899 del Código Civil español, inspirador del 1268 del CC, establece:

Queda exento de la obligación de restituir el que, creyendo de buena fe que se hacía el pago por cuenta de un crédito legítimo y subsistente, hubiese inutilizado el título, o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor o los fiadores respecto a los cuales la acción estuviese viva.

Este artículo, igual que el 1268 del CC, no habla de subrogación como el italiano. De acuerdo con Luis Pascual Estevill —en un comentario al artículo 1899 del Código Civil español—, “la regla que tratamos establece la subrogación legal, colocándose, de esta manera, el *solvens* en el puesto del *accedor-accipiens*” (1986: 230). Si bien el artículo 1899 del Código Civil español no habla de subrogación, le permite al *solvens* dirigirse no sólo contra el “verdadero deudor”, sino también contra los fiadores, lo cual guarda concordancia con el hecho de que la subrogación “sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor [...]” (artículo 1262 del CC).

Osterling Parodi y Cárdenas Quirós, comentando el artículo 1268 del CC, señalan:

En los dos primeros casos, quien efectúa el pago indebido podría dirigirse sólo contra el verdadero deudor, mas no contra los fiadores, pues sería absurdo decidir que estos restituyeran al tercero que efectuó el pago indebido y luego tuvieran que accionar contra el verdadero deudor sin título —porque se inutilizó— o con las garantías limitadas o canceladas. En el tercer caso, quien pagó indebidamente también podría dirigirse contra el verdadero deudor, pero este, a su vez, estaría en aptitud de oponer la excepción de prescripción. En esta última hipótesis, quien pagó mal no tendría contra quién repetir (1988: 162).

Analicemos cada una de las situaciones enumeradas en el artículo 1268 del CC:

a. Caso de la inutilización del título

Debemos tener en cuenta que la inutilización del título no implica la extinción de la obligación, sino que dificulta al *accipiens* la prueba de la existencia de la relación obligatoria.⁹ es precisamente esta dificultad lo que justifica la irrepetibilidad. Al respecto, Luis Pascual Estevill manifiesta:

La razón que asiste al *accipiens* para justificar su exclusión del compromiso de devolver al *solvens* lo pagado sin causa de deber se encuentra en las dificultades que, para el ejercicio de la *condictio*, se le plantearían por virtud de aquella actuación, activa o pasiva, a la que hemos hecho referencia y vendría a representar su mayor inconveniente (1986: 228).

Así, si la relación obligatoria sigue existiendo, entonces no se produce la extinción de las garantías; por tal motivo, la fianza, como garantía, también se mantendría (artículo 1875 del CC¹⁰). De producirse la subrogación legal, el *solvens* también podría dirigirse contra los fiadores. Cuando el CC excluye la posibilidad de dirigirse contra los fiadores, ¿excluye también la subrogación legal?

Por otro lado, para la fianza, conforme al artículo 1868 del CC, “el fiador se obliga frente al acreedor”, y, en ese sentido, es un título distinto de aquel donde consta la obligación garantizada. En tal dirección, cuando el 1268 del CC refiere que el *accipiens* inutiliza el título, debe entenderse el que “contiene” la obligación con el verdadero deudor, pero no, en principio, el título donde consta la fianza. Por tanto, si se tratara de una fianza solidaria, no existiría razón que impida al *accipiens* dirigirse contra el fiador solidario, por lo que la solución del artículo 1268 del CC no parece razonable. Cosa distinta, es cierto, ocurriría si la fianza fuera con beneficio de excusión.

9 En este sentido, ver también Estevill (1986: 229).

10 Artículo 1875.- La fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal.

b. Caso de la limitación o cancelación de las garantías de su derecho

En caso de que el *accipiens* hubiese “limitado o cancelado las garantías de su derecho”, adviértase que ello tampoco implica la extinción de la relación obligatoria, por lo que aquel podría dirigirse contra su deudor. Lo que ocurre es que el cobro puede verse dificultado al no existir garantías.

Respecto a la fianza, ella se habría extinguido. Queda claro, por tanto, que de producirse una subrogación legal, el *solvens* encontraría “limitadas o canceladas las garantías”, razón por la cual no se podrá dirigir contra los fiadores del *accipiens*.

c. Caso de haber dejado prescribir la acción contra el verdadero deudor

Si se produjera la subrogación legal, el *solvens* se sustituiría en una obligación prescrita y, por tanto, el verdadero deudor podría deducir la excepción de prescripción.

La solución que brinda el artículo 1268 del CC traslada las dificultades que tendría el *accipiens*, contra su deudor, al *solvens*. De considerar que se produce una subrogación legal, creemos que las dificultades del *solvens* son mayores, pues si el título se ha inutilizado, él también tendrá problemas para lograr el cobro del “verdadero deudor”, sin contar que, de acuerdo con nuestro CC, igualmente se vería impedido de dirigirse contra los fiadores. Respecto a las garantías canceladas y la obligación prescrita, tendrá exactamente los mismos problemas que el *accipiens*.

Ahora bien, cuando el artículo 1268 del CC expresa que “El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor”, ¿ello supone una subrogación legal?

Osterling y Cárdenas parecen admitir la subrogación cuando indican que, en el caso de la obligación prescrita, el verdadero deudor puede oponer al *solvens* la excepción de prescripción, pero confunden cuando, en el caso de la inutilización del título, niegan la posibilidad del *solvens* de dirigirse contra los fiadores.¹¹

11 Artículo 1262.- La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor [...].

Cuando el Código Civil italiano o el español establecen que el *solvens* podrá dirigirse contra el verdadero deudor, parecen asimilar esta situación al “pago por tercero”¹², y como señala Díez-Picazo: “[...] el pago del tercero, que es un medio satisfactivo del crédito, no es necesariamente un medio liberatorio del deudor, de manera que el crédito se extingue, pero, por lo general, salvo que el pago haya sido hecho con causa liberal, se produce una obligación o una relación entre el deudor y el *solvens*” (1996b: 485). Como consecuencia del pago del tercero, surge para el *solvens* un derecho para que el deudor le reintegre el desembolso efectuado por él: a este derecho lo podemos llamar “derecho de reembolso”,¹³ y se sustenta en el enriquecimiento sin causa. Así, Trimarchi señala, al referirse al pago del tercero, que ello “determina en el deudor un enriquecimiento, que consiste en la liberación de la deuda respecto al acreedor originario” (2003: 334).

Ese derecho de reembolso puede tener diferentes vías: i) la “acción directa” o “acción de reembolso”;¹⁴ ii) la subrogación; o iii) la “acción *in rem verso*”. En este caso, el Código Civil italiano y el español le conceden al *solvens* la subrogación (legal).

Si bien es cierto que al negarle al *solvens* la *condictio*, se le da el efecto satisfactorio a la atribución patrimonial por él realizada, lo cierto es que, en el caso del artículo 1268 del CC, no hay en estricto un “pago por tercero”, puesto que el *solvens* realiza la atribución patrimonial por error.

De no otorgársele al *solvens* la posibilidad de dirigirse contra el verdadero deudor, este obtendría un incremento patrimonial basado en el beneficio que le genera la atribución patrimonial realizada por aquel (y en la cancelación de las garantías); vale decir, el “verdadero deudor” vería disminuido su pasivo. Como señala Luis Díez-Picazo: “[...] existe también un enriquecimiento positivo cuando disminuye el pasivo del interesado. Por ejemplo: se paga o se extingue una deuda; se libera o cancela un gravamen, etc.” (1996a: 101).

12 En este sentido, ver Barbero (1967: 691).

13 De acuerdo con Tur Faundez, “[...] la posibilidad que tiene quien ha cumplido, de que la carga final del cumplimiento recaiga, en todo o en parte, sobre otra persona, se llama derecho de reembolso” (1996: 27).

14 Es el derecho de reembolso, en sentido estricto.

En este sentido, creemos que el *solvens* podrá dirigirse contra el verdadero deudor vía el enriquecimiento sin causa. Por otro lado, hay que considerar que la atribución patrimonial se hace sin el asentimiento del verdadero deudor; debido a ello, opinamos que al *solvens*, en estricto, le correspondería la “acción” *in rem verso* y, por tanto, sólo tendría derecho a exigir al verdadero deudor la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago. Como señala Díez-Picazo, la “acción” *in rem verso* “no es otra cosa que una forma de indicar la acción de enriquecimiento que se produce en el patrimonio de una persona por intermedio de un tercero. Lo que se denominó la acción *in rem verso* del derecho común no es otra cosa que lo que hoy se denomina acción de enriquecimiento” (1996b: 486). En el mismo sentido, Tur Faundez expresa:

La acción *in rem verso* es una manifestación de la genérica acción de enriquecimiento sin causa (la otra es la *condictio*), que funciona en nuestro derecho cuando la ventaja se adquiere a través de un tercer patrimonio, es decir, cuando existe un enriquecimiento indirecto. Como acción de enriquecimiento sin causa que es, tiene carácter restitutorio frente a las atribuciones patrimoniales impropias (1996: 69).

El artículo 1222 del CC establece: “Artículo 1222.- [...]. Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago”.

El problema es que el artículo 1222 se refiere al “pago por tercero”, que, como insistimos, no se presenta en el supuesto del artículo 1268 del CC, por lo que podría ser discutido atribuirle al *solvens* la “acción” *in rem verso*; pero no debemos olvidar que la “acción” *in rem verso* es una manifestación de la genérica acción de enriquecimiento sin causa. De esta forma, opinamos que el artículo 1268 del CC debería ser leído de la siguiente manera: “El que pagó indebidamente podrá dirigirse contra el verdadero deudor sólo para exigirle la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago” (el texto en cursivas es añadido nuestro).

Por último, cabe preguntarse si el *solvens* podrá dirigirse contra el verdadero deudor sobre la base de la gestión de negocios ajenos:

Artículo 1950.- Quien careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de negocios o la

administración de los bienes de otro que lo ignora, debe desempeñarla en provecho de este.

Al respecto, deberá observarse que el gestor “asume conscientemente” la gestión de negocios de otro, mientras que en el caso del artículo 1268 del CC, el *solvens* realiza la atribución patrimonial por error.

7.2 La irrepitibilidad de lo pagado en las obligaciones naturales

El artículo 1275 del CC establece: “Artículo 1275.- *No hay repetición de lo pagado de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social* o para obtener un fin inmoral o ilícito. [...]”.

Las “obligaciones naturales” son un punto medio entre las relaciones jurídicas de intercambio y las relaciones de intercambio no jurídicas.

Las relaciones jurídicas de intercambio gozan de la protección del sistema legal (remedios frente al incumplimiento), mientras que las relaciones de intercambio no jurídicas están fuera del sistema. Por su lado, las “obligaciones naturales”, si bien no son estrictamente deberes jurídicos para el ordenamiento jurídico, no le son totalmente indiferentes.¹⁵

No son deberes jurídicos, pues, como señala Giorgianni, “[...] es característica indiscutible de la o. n. que el obligado no está obligado por el derecho a cumplir, falta el presupuesto fundamental para que éste sea un deber para el ordenamiento jurídico” (1958: 114).¹⁶ No obstante, el ordenamiento jurídico las reconoce como causa de una atribución patrimonial (improcedencia de la repetición). En este sentido, para Giorgianni, “[...] la relevancia que la o. n. adquiere en la esfera del derecho debe ser buscada en el terreno de la causa de la atribución patrimonial. La *solutio retentio* constituye, a nuestro juicio, el síntoma de que la

15 En el caso del juego y la apuesta, podemos apreciar estos tres aspectos: el artículo 1942 del CC se refiere al juego y la apuesta permitidos, que generan una relación obligatoria; el artículo 1944, al juego y la apuesta prohibidos, que no generan relación jurídica; y el artículo 1943, al juego y la apuesta no autorizados, que generan una “obligación natural”.

16 Giorgianni se refiere a “la falta de acción, a favor del interesado, para constreñir al obligado al cumplimiento”.

ley considera la existencia de la o. n. como *una causa suficiente y lícita de la atribución patrimonial que se ha realizado*" (1958: 116).

Las "obligaciones naturales" son deberes morales o sociales de contenido patrimonial jurídicamente no vinculantes (en puridad, no son auténticas obligaciones). Como señala Levi, los deberes morales o de solidaridad social deben entenderse, no como antítesis de patrimonialidad, sino de juridicidad (1989: 48);¹⁷ en otras palabras, son deberes no jurídicos, pero de contenido patrimonial.

Para Balestra,

Los deberes morales y sociales son aquellos deberes que, advertidos como menos presionantes a los fines de un correcto desarrollo y mejoramiento de las relaciones en el seno de la sociedad civil, son conscientemente confiados — con el fin de evitar un excesivo peso de los deberes jurídicos que consigue siempre una pérdida en términos de intensidad y observancia — a la espontánea adhesión de los consocios. Su fuente no consiste en una ética superior de pocos elegidos, sino en el patrimonio de la moral común a la medida de las concepciones corrientes de la consciencia social (2004: 52).

Podemos distinguir:

- a. Relaciones de intercambio que adquieren juridicidad y, luego, se convierten en "obligaciones naturales". Este sería el caso, por ejemplo, de las relaciones obligatorias prescritas.
- b. Relaciones de intercambio que desde su nacimiento (*ab origine*) son "obligaciones naturales", como, por ejemplo, el juego y la apuesta no autorizados.¹⁸

¹⁷ En este sentido, ver también Giorgianni (1958: 109).

¹⁸ Artículo 1943.- El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y *no otorgan acción para reclamar por su resultado*.

El que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, *no puede solicitar su repetición*, salvo que haya mediado dolo en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz.

Podemos identificar dos características de las “obligaciones” naturales”:

- a. La inexistencia, *ab origine* o sobreviviente, de la pretensión procesal. Visto desde otro punto de vista, no existe coerción (*enforcement*) frente al no espontáneo cumplimiento;¹⁹ y
- b. La irrepitibilidad de lo pagado (artículo 1275 del CC).

Si bien el artículo 1275 del CC distingue la irrepitibilidad de “lo pagado de una deuda prescrita”, de “lo pagado para cumplir deberes morales o de solidaridad social”, ello no niega que la “obligación prescrita” sea una “obligación natural”. Pero parece difícil distinguir lo que se paga para cumplir deberes morales o de solidaridad social, de una liberalidad; distinción que es importante, pues, de tratarse de una liberalidad, estaríamos frente a una atribución patrimonial con causa.

De acuerdo con Balestra,

[...] el espíritu de liberalidad, del cual se nutre la donación, falta en la obligación natural, cuyo substrato está constituido por los preexistentes deberes morales y sociales; en esta perspectiva, se crea una verdadera y propia incomunicación entre los dos institutos, pudiéndose hablar de donación sólo donde se compruebe la inexistencia de deberes morales y sociales (2004: 136).

Desde este punto de vista, las “obligaciones naturales” carecen de

19 “Artículo 1989.- La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo”. El derecho material (en este caso, el crédito) no se extingue. El CC habla de “extinción de la acción”, cuando en realidad debería hablar de “extinción de la pretensión procesal respecto al derecho material”. Ello significa que es posible que el acreedor acuda al órgano jurisdiccional (*ejercicio del derecho de acción*), e incluso obtenga sentencia favorable de no deducirse la excepción de prescripción (*subsistencia del derecho material*). Si se deduce la excepción de prescripción, el acreedor no obtendrá sentencia favorable, dando el juez por concluido el proceso (*extinción de la pretensión procesal*).

espíritu de liberalidad, en el sentido de que este supone actuar sin coacción, sin la existencia de un deber —incluso— moral o social.

Como señala Juan Monroy Gálvez:

El fundamento jurídico de la prescripción extintiva es la sanción al titular de un derecho material, por no haberlo reclamado judicialmente en el plazo que la ley dispone específicamente para tal derecho. Por lo expuesto, nos parece que la prescripción extintiva no ataca el derecho de acción genérico y, en estricto, tampoco el derecho material, sino a la pretensión procesal respecto de ese derecho material (1987: 168).

La prescripción de la obligación “determina el nacimiento de un deber moral y social, como tal advertido por la consciencia social” (Balestra 2004: 227).

El primer párrafo del artículo 2034 del Código Civil italiano dispone: “No es admitida la repetición de cuanto ha sido espontáneamente prestado en ejecución de deberes morales o sociales, *salvo que la prestación haya sido realizada por un incapaz*” (las cursivas son nuestras).

El artículo 1275 del CC no establece la excepción en el caso del incapaz; no obstante, creemos que ella también debe aplicarse, teniendo en cuenta el artículo 1223 del CC.²⁰

Veamos. La incapacidad del deudor no excluye su legitimación para cumplir; así pues, el deudor incapaz no puede repetir la prestación por causa de su incapacidad.²¹ Esto quiere decir que el pago efectuado por el deudor incapaz es válido, pese a su incapacidad, que ello importa la liberación del deudor y que no puede ser legítimamente rehusado por el acreedor.

20 Artículo 1223.- Es válido el pago de quien se encuentra en aptitud legal de efectuarlo. Sin embargo, quien de buena fe recibió en pago bienes que se consumen por el uso o dinero de quien no podía pagar, sólo está obligado a devolver lo que no hubiese consumido o gastado.

21 En ese sentido, el artículo 1191 del Código Civil italiano establece: “El deudor que ha ejecutado una prestación debida no puede impugnar el pago a causa de su propia incapacidad”.

El deudor incapaz no puede repetir el pago hecho en cuanto ha ejecutado lo que le debía al acreedor, y este ha conseguido aquello a lo que tenía derecho. Por tanto, aun si la prestación tiene por objeto la entrega de dinero o bienes patrimoniales, ella no importa por sí misma un peligro de perjuicio del incapaz.

No obstante, el deudor incapaz puede resultar perjudicado por una prestación ejecutada con una modalidad o contenido diversos a los previstos, si tal diversidad implica a su cargo un detrimento económico superior a aquel requerido por el exacto cumplimiento. Cuando ello ocurre, se activan los mecanismos de protección al incapaz. Así por ejemplo, si el deudor incapaz paga una deuda prescrita, la protección al incapaz importa la repetibilidad de lo pagado.

7.3 Irrepetibilidad de lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito

No encontramos razón para incluir este supuesto junto al del pago de la deuda prescrita y para cumplir deberes morales o de solidaridad social. En el caso de los deberes morales o de solidaridad social la irrepetibilidad se justifica, pues, como hemos visto, la “obligación natural” constituye causa de la atribución patrimonial. En cambio, la irrepetibilidad en el pago para obtener un fin inmoral o ilícito responde a una razón distinta.²²

Artículo 1275.- *No hay repetición de lo pagado de una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.*

Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar.

El artículo citado resulta de aplicación, siempre que quien haya realizado la atribución patrimonial esté envuelto en la inmoralidad o ilici-

22 En tal sentido, Barbero considera que la prestación efectuada *ob turpen causam* es, en principio, un indebido (objetivo); por lo tanto, la irrepetibilidad es una excepción a la regla. En cambio, en el caso de las obligaciones naturales no hay “pago indebido”, sino que la atribución patrimonial tiene una válida *causa solvendi*: la propia “obligación natural” (Barbero 1967: 692).

tud (“para obtener”); en este caso, la justificación de la irrepitibilidad radica en el hecho de que al ordenamiento jurídico le es indiferente que la atribución patrimonial quede en manos de quien la ejecutó o de quien la recibió. Conforme al brocardo *In pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*, lo pagado queda con el *accipiens*.

Si la inmoralidad o la ilicitud son solo de quien recibe la atribución patrimonial (ejemplo: concusión, artículos 382²³ y 383²⁴ del Código Penal), entonces la víctima (el *solvens*) tiene derecho a la restitución.

Al respecto, el artículo 795 del Código Civil argentino es más explícito:

El pago hecho por una causa contraria a las buenas costumbres puede repetirse *cuando sólo hay torpeza por parte del que lo recibe*, aunque el hecho o la omisión en virtud del cual el pago ha sido efectuado hubiese sido cumplido. Si hay torpeza por ambas partes, la repetición no tiene lugar aunque el hecho no se hubiese realizado” (las cursivas son nuestras).

Igualmente preciso resulta el artículo 2035 del Código Civil italiano: “Quien ha ejecutado una prestación para un fin que, *también de su parte*, constituya ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir lo que ha pagado” (las cursivas son nuestras).

La jurisprudencia alemana aplica la *soluti retentio* al mutuo usurario, así como a la donación con fin inmoral de parte del donante y a contratos vinculados con prestaciones sexuales (Levi 1989: 94).

Al mutuo usurario, en el caso peruano, resulta de aplicación el segundo párrafo del artículo 1243 del CC: “Artículo 1243.- [...]. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor”.

23 Artículo 382 del Código Penal.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial [...].

24 Artículo 383 del Código Penal.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal [...].

Podemos apreciar que el deudor tiene la opción de pretender la devolución o la imputación al capital. Ello se sustenta en el hecho de que lo pagado en exceso sobre la tasa máxima es un pago indebido; por tanto, no resulta de aplicación la *soluti retentio* prevista en el artículo 1275 del CC.

El texto original del artículo 1275 del CC incluía un segundo párrafo: “Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar” (la institución encargada del bienestar familiar habría sido el Instituto Nacional de Bienestar Familiar). Sin embargo, dicho artículo —creemos— ha sido modificado²⁵ por el Decreto Legislativo 992, que regula el “proceso de pérdida de dominio”.

Esta regla encuentra inspiración en el artículo 1895 del Código Civil de México: “Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin ilícito o contrario a las buenas costumbres no quedará en poder del que lo recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la Beneficencia Pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho a recuperarlo el que lo entregó”.

Si estamos frente a una atribución patrimonial que tiene como causa un contrato ilegal,²⁶ un contrato prohibido²⁷ o un contrato inmoral,²⁸ dicha atribución patrimonial, dada la nulidad del contrato, no tiene

25 Conforme al segundo párrafo del artículo I del título preliminar del Código Civil, “La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella”.

26 De acuerdo con Messineo, “se llama ilegal al contrato contrario a normas imperativas (coercitivas), especialmente prohibitivas (de derecho privado, de derecho público o de derecho penal); lo que se denomina *contra lege agere*” (1986: 481). Para Passagnoli, el contrato ilícito es el contrario a norma imperativa, al orden público y a las buenas costumbres (2006: 437 y ss.).

27 De acuerdo con Messineo, es el contrato contrario al orden público “[...] cuando tenga una finalidad [causa] prohibida porque se dirige contra el ‘orden público’, es decir, contra los principios fundamentales y los intereses generales —deducibles de las normas coercitivas de la ley [aunque no estén formulados en normas concretas]— sobre los cuales descansa el ordenamiento jurídico del Estado [italiano] y que, por tanto, ellos mismos son imperativos e inderogables” (1986: 485).

28 De acuerdo con Messineo, “[...] es contrato inmoral aquel que tiene una finalidad [causa] que choca contra las buenas costumbres” (1986: 488).

causa (*condictio ob causam finitam*). La irrepetibilidad impuesta por el ordenamiento jurídico no supone, sin embargo, la extinción del derecho de propiedad; por tanto, lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1275 del CC implica una suerte de “confiscación”, la cual no debería ser de aplicación cuando el bien es de propiedad de un tercero inocente (así por ejemplo: si *Primus*, para obtener un fin inmoral o ilícito, entrega a *Secundus* un bien de propiedad de *Tertius*, quien desconoce el hecho).

8. Atribuciones patrimoniales sin causa que consisten en hacer y no hacer

Artículo 1276.- Las reglas de este capítulo se aplican, en cuanto sean pertinentes, a las *obligaciones de hacer* en las que no proceda restituir la *prestación* y 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. Si procede de mala fe, queda obligado a restituir el íntegro del valor de la *prestación*, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 1276 del CC contiene algunas imprecisiones. En primer lugar, se refiere a las “obligaciones de hacer” y a las “obligaciones de no hacer”, cuando en realidad debería referirse a atribuciones patrimoniales sin causa que consisten en un hacer o un no hacer. La referencia a “obligación” y a “prestación”²⁹ no es exacta, pues, de tratarse de un error esencial, estaríamos en un supuesto en donde no existe relación obligatoria.

Bianca, en Italia, analiza si el instituto del pago indebido se refiere sólo a las “prestaciones de dar” o si también comprende las “prestaciones de hacer”. El autor italiano señala que existen dos tendencias en la doctrina y la jurisprudencia italianas: la restrictiva reconduce las “prestaciones de hacer” al ámbito del enriquecimiento sin causa; la otra, más

29 Bianca se refiere al pago indebido como “la ejecución de una prestación no debida” (1994: 791).

amplia, somete a las normas del “pago indebido” cualquier tipo de “prestación”.³⁰ No obstante, como el mismo Bianca reconoce,³¹ los resultados de una y otra tendencia son coincidentes: la repetición se traduce en una indemnización.

Trimarchi, al respecto, señala:

Los artículos 2033 y siguientes del CC parecen dictados solo para las hipótesis en las cuales el pago no debido tenga por objeto una suma de dinero o una cosa. Pero el principio se aplica en cada caso de prestación no debida. Esta podría consistir por tanto también en hacer o en omitir algo, o en la concesión del goce temporal de una cosa. En estos casos, no siendo posible la restitución *in natura*, el enriquecido deberá pagar una suma medida por el propio enriquecimiento y al valor de la prestación recibida (Trimarchi 2003: 334).

En el Código Civil español, el pago indebido presupone una *datio* o traspaso posesorio de bienes, dejando, a juicio de Díez-Picazo, en una laguna el problema de las atribuciones patrimoniales que consisten en un hacer o un no hacer. No obstante, el autor español señala que, dado que el pago indebido no es otra cosa que un caso particular del principio de enriquecimiento sin causa, si se ha producido un enriquecimiento, el *solvens* dispone de la “acción” de enriquecimiento (Díez-Picazo 1996b: 516).

En efecto, como el mismo autor español manifiesta:

Existe enriquecimiento negativo en todos aquellos casos en que se evita en todo o en parte una disminución del patrimonio, que de otro

30 Bianca analiza si el instituto del pago indebido se refiere exclusivamente a las “prestaciones de dar” o también a las “prestaciones de hacer”, pero no menciona a las de “no hacer” (1994: 794).

31 Bianca opina que “una más segura delimitación del pago indebido es aquella que comprende solo las prestaciones materiales, excluyendo los actos jurídicos. Las prestaciones consistentes en actos jurídicos no son susceptibles de repetición, pero son estimadas en el plano de la validez. Por ejemplo, un contrato definitivo estipulado en ejecución de un contrato preparatorio nulo, no es susceptible de repetición, pero podrá ser anulado por error de derecho, siempre que se trate de un error esencial y reconocible” (1994: 794-795).

modo tendría que haber sido producida necesariamente. En este sentido, puede decirse que la no realización de un gasto es equivalente a un ingreso. Por esto pueden comprenderse dentro del concepto de enriquecimiento negativo todos aquellos casos en que hay un consumo de cosas pertenecientes a un tercero, el aprovechamiento de servicios llevados a cabo por un tercero o de abstenciones realizadas por un tercero, siempre que el beneficiado haya evitado de esta forma un gasto que de otra manera hubiera tenido que hacerse (Díez-Picazo 1996a: 102).

El artículo 1276 del CC se refiere, entonces, a:

- a. Atribuciones patrimoniales que consisten en un hacer en las que no proceda la restitución; y
- b. Atribuciones patrimoniales que consisten en un no hacer.

Wayar distingue las obligaciones de hacer en dos subespecies:³² i) obligaciones encaminadas a la producción de un resultado (ejemplo: la locación de obra en la cual el sastre se obliga a confeccionar un terno); y ii) obligaciones que constituyen un “puro hacer” (ejemplo: el modelo que posa para ser retratado). Las primeras culminan en la entrega de una cosa.

Cuando el hacer termina en la entrega de la cosa es posible aplicar las reglas del *pago indebido*. En tal sentido, cuando el artículo 1276 se refiere a “las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación”, se entiende que se trata de las atribuciones patrimoniales que consisten en un “puro hacer”.

a. Consecuencias

Adviértase que el artículo 1276 del CC se refiere a *quien acepta el pago indebido*. Al respecto, cabe recordar con Bianca que “[...] la aceptación es

32 Wayar distingue tres subespecies: incluye las “obligaciones contraídas *intuitu personae* (1990: 121-122).

el acto mediante el cual el acreedor u otro legitimado recibe la prestación con efecto liberatorio para el deudor” (1994: 369). Así, la aceptación es un acto propio del pago, que supone una conformidad del *accipiens* respecto a la prestación que se ejecuta.³³

Pero estamos frente a una atribución patrimonial sin causa y, por tanto, no hay pago, por lo que no debe hablarse de aceptación; lo que podría haber es “recepción”. Sin embargo, debe tenerse presente que la “recepción” solo puede darse en las atribuciones patrimoniales que impliquen una entrega, y en estos casos no resulta de aplicación el artículo 1276 del CC.

El artículo 1276 supone atribuciones patrimoniales que no son objeto de recepción, pero que implican el enriquecimiento de un sujeto; en estricto, a este no se le podría denominar *accipiens*. Cabe preguntar: ¿puede haber un enriquecido de buena o de mala fe? Puede ocurrir que el enriquecido advierta que quien realiza la atribución patrimonial está incurriendo en error y se aprovecha (mala fe), o puede creer que efectivamente ella era debida (buena fe). Este último caso sería, por ejemplo, el de un contrato de locación de servicios que es declarado nulo, sin que las partes conozcan la causal de nulidad.

- Si el enriquecido actuó de buena fe, está obligado a indemnizar aquello en que se hubiese beneficiado.
- Si el enriquecido actuó de mala fe, está obligado a restituir el íntegro del valor de la atribución patrimonial, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Respecto al enriquecido de buena fe, el empobrecido tiene la “acción” *in rem verso*; es decir, este puede reclamar su detrimento patrimonial dentro del límite en que se hubiese beneficiado el enriquecido: aquello en que le hubiera sido útil. Así por ejemplo, si *Primus* pinta la casa de *Secundus*, y esta es demolida inmediatamente después, la atribución patrimonial realizada por *Primus* no le sería útil a *Secundus*.

Respecto al enriquecido de mala fe, el empobrecido tiene derecho a reclamar el total de su detrimento patrimonial. Pero la distinción que

33 La aceptación es precedida por la verificación de la prestación.

hace el legislador entre “el valor de la atribución patrimonial” y “los daños y perjuicios sufridos” no tiene razón de ser, dado que, en conjunto, es la indemnización debida por enriquecimiento sin causa.

No nos parece razonable la distinción recogida en el artículo 1276 del CC. Si *Primus* y *Secundus* celebran un contrato de locación de servicios en virtud del cual el primero se obliga a pintar la casa del segundo, y luego dicho contrato es declarado nulo, no parece razonable que *Primus* sólo tenga derecho a reclamar su detrimento patrimonial hasta donde le haya sido útil a *Secundus*.

9. Los intercambios implícitos

Pensemos, por ejemplo, en un contrato de transporte en virtud del cual *Primus* se obliga a transportar a *Secundus* a un determinado lugar a cambio de una determinada contraprestación. Si luego de ejecutado el transporte el contrato se declara nulo por alguna razón, entonces —como hemos visto— las partes estarían obligadas a restituir las prestaciones. Pero ¿cómo se restituye el transporte? Para resolver este problema debemos recurrir a la norma general del enriquecimiento sin causa, prevista en el artículo 1954 del CC: “Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

Luego, *Secundus*, por haberse aprovechado del servicio llevado a cabo por *Primus* (transportista), es decir, por haberse enriquecido sin causa (el contrato de transporte es nulo), deberá indemnizarlo. Se da así un “intercambio implícito”.

Como señala Trimarchi, al referirse al enriquecimiento sin causa: “[...] de esta manera la ley tiende a realizar un *justo intercambio*; y en este sentido podría quizá encontrar justificación la antigua calificación de *quasi contrato*” (2003: 336). Este caso³⁴ da la sensación de que el acto jurídico nulo produce sus efectos, aunque ello no es sino una “aparición”, puesto que el “intercambio implícito” que se produce tiene como causa, no el contrato, sino el “enriquecimiento sin causa”.

Como señala Pietro Sirena: “[...] cuando sea imposible la restitución en forma específica, sea por la naturaleza misma del beneficio (por

34 Lo que comprende todos aquellos casos donde no es posible la restitución *in natura*.

ejemplo, prestación profesional), que a causa de hechos sobrevenidos (por ejemplo, consumo de la cosa), el enriquecimiento sin causa debe ser restituido por equivalente, o sea en su valor pecuniario” (2003: 238). Luego, el autor italiano agrega: “La indemnización debe ser calculada al valor objetivo del mercado del beneficio que ha sido injustificadamente gozado por el sujeto responsable” (2003: 248). Así, la restitución por equivalente está constituida por la suma de dinero que el enriquecido habría tenido que pagar para obtener el beneficio (2003: 248 y ss.).

En tal sentido, no encontramos justificación para que el artículo 1276 del CC establezca una solución distinta respecto a la indemnización, según el “*accipiens*” actúe de buena o de mala fe.

- Enriquecimiento opuesto

Cuando el enriquecimiento sin causa es realizado por un comportamiento del propio empobrecido, cabe preguntarse si el enriquecido tiene la obligación de indemnizar si ignora tal comportamiento o lo desconoce. Como establece Trimarchi: “Debe evitarse que este instituto pueda ser utilizado por quien quiera imponer a otros un intercambio no querido” (2003: 336).

En efecto, podríamos encontrarnos frente a casos donde el servicio no haya sido previamente requerido o aceptado, lo que nos llevaría a una situación de enriquecimiento no deseado, que en la doctrina civilista se denomina “enriquecimiento impuesto”. Así por ejemplo, *Primus* realiza un servicio a favor de *Secundus*, sin que hubiera sido requerido o aceptado por este, y luego le reclama la indemnización correspondiente conforme al artículo 1276 del CC.³⁵

En tal sentido, debe evitarse que el enriquecido sufra un cambio indeseado del propio patrimonio. Como expresa Sirena:

Por ello, el problema no se presenta cuando la restitución del enriquecimiento sin causa pueda darse en forma específica, puesto que en este

35 Caso común que se presenta en las esquinas de nuestra ciudad cuando, al parar en un semáforo, alguien, inadvertidamente, nos lava las lunas de nuestro vehículo, para luego casi exigirnos una “propina” por el “servicio prestado”.

último caso, por definición, ella no cambia ni cuantitativamente, ni cualitativamente el patrimonio del sujeto responsable. Ello vale particularmente cuando el enriquecimiento sin causa está constituido por una suma de dinero (2003: 245).

Pero el problema se presenta cuando se trata de una prestación de hacer, pues ello obliga al enriquecido a pagar una suma de dinero equivalente: “[...] él soportaría así la imposición de un cambio [no cuantitativo, sino] cualitativo del propio patrimonio originario, marcadamente en el caso en que, no disponiendo de la liquidez necesaria, deba procurársela mediante la venta de bienes [...]” (Sirena 2003: 245). Esto lleva a pensar que sólo procedería la “acción” de enriquecimiento sin causa cuando el empobrecido actúa de buena fe.³⁶

Se podría sostener —y con razón— que el *pago indebido* supone el error del empobrecido, y que en el enriquecimiento impuesto el empobrecido actúa con toda conciencia. Sin embargo, debemos recordar que, conforme al artículo 1273 del CC, se presume que hubo error *cuando se cumple con una prestación que nunca se debió*. En efecto, se presumiría que se trata de un *pago indebido*.

La segunda parte del artículo 1273 del CC señala: “Aquel a quien se pide la devolución, puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad por otra causa justificada”. No obstante, en el enriquecimiento impuesto, lo que el enriquecido pretende es que no se le obligue a indemnizar.

Por todo lo expuesto, creemos que lo más adecuado hubiese sido limitar el pago indebido a las atribuciones patrimoniales que consisten en la entrega de un bien, y para los demás casos recurrir a la “acción” general de enriquecimiento sin causa.

36 En contra: Bianca (1994: 814). Ver, también, Sirena (2003: 245 y ss.).

Bibliografía

- ARGIROFFI, Carlo (1980). *Ripetizione di cosa determinata e acquisto "a domino" della proprietà*. Milán: Giuffrè.
- BALESTRA, Luigi (2004). "La obligaciones naturales". *Tratado de derecho civil e comercial*. Milán: Giuffrè.
- BARBERO, Domenico (1967). *Sistema del derecho civil patrimonial*. Tomo IV. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- BARCHI VELAOCHAGA, Luciano (s/f). "La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1984". *Taller de Derecho*. Año 1, núm. 1.
- BIANCA, Massimo (1994). *Diritto civile. 5 La responsabilità*. Milán: Giuffrè.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1987). *Teoría general de la responsabilidad civil*. 5.ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1981). *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CANO MARTINEZ, Ignacio (1990). *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosch.
- CAZEAUX, Pedro y Félix A. TRIGO REPRESAS (1986). *Compendio de derecho de las obligaciones*. Tomo 2. La Plata: Librería Editora Platense.
- DE LOS MOZOS, José Luis (s/f). "Pago o cobro de lo indebido". *Revista de Derecho Privado*. (s/e.)
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1996a). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volumen 1. 5.ª edición. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1996b). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volumen 2. 5.ª edición. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1995). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Volumen 3. 4.ª edición. Madrid: Civitas.
- ESTEVILL, Luis Pascual (1986). *El pago*. Barcelona: Bosch.
- GIORGIANI, Michele (1958). *La obligación (La parte general de las obligaciones)*. Barcelona: Bosch.
- GRASSO, Antonino (2002). *Illiceità e invalidità del contratto*. Milán: Giuffrè.
- LEVI, Giulio (1989). *Il pagamento dell'indebito*. Milán: Giuffrè.

MESSINEO, Francesco (1986). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

MONROY GÁLVEZ, Juan (1987). "Apuntes para un estudio sobre la excepción". *Temas de proceso civil*. Lima: Studium.

NATOLI, Ugo (1992). *Il possesso. Il diritto privato di oggi*. Serie a cura di Paolo Cendon. Milán: Giuffrè.

OSTERLING PARODI, Felipe y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS (1988). "Las obligaciones". *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Volumen VI. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PASSAGNOLI, Giovanni (2006). "Il contratto illecito". *Trattato del contratto. II Il regolamento*. Milán: Giuffrè.

RUSSO, Ennio (1965). *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*. Milán: Giuffrè.

SIRENA, Pietro (2003). "La acción general de enriquecimiento sin causa: situación actual y perspectivas futuras". *Derecho & Sociedad*. Año XIV, núm. 20.

TRIMARCHI, Pietro (2003). *Istituzioni di diritto privato*. 15.^a edición. Milán: Giuffrè.

TUR FAUNDEZ, María Nélica (1996). *El derecho de reembolso*. Valencia: Editorial General de Derecho.

WAYAR, Ernesto (1990). *Derecho civil. Obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.