

JUAN ESPINOZA ESPINOZA*

*El pago indebido o la solutio indebiti***

“Nec novum, ut quod alius solvere alius repetat”¹.

(D. 12,6,5: Ulpiano 16 ad Sabino).

Sumario: 1. Definición. – 2. El derecho de repetición. – 3. Radiografía del pago indebido. – 4. Tutela resarcitoria y tutela restitutoria ¿Hay contradicción entre los arts. 207 y 1267 c.c.? Error a efectos de la anulabilidad frente al error a efectos de la devolución de lo pagado indebidamente. Carga de la prueba del error. – 5. Diferencia del pago indebido con el enriquecimiento sin causa. Los modelos legislativos que apuntan a su tratamiento unitario. La posición del Código civil peruano. – 6. Clasificación: el pago indebido objetivo y el subjetivo. ¿Tratamiento unitario? – 7. El pago indebido en las relaciones jurídicas trilaterales. – 8. Las obligaciones accesorias a la restitución: frutos e intereses. – 9. Enajenación del bien recibido como pago indebido. – 10. El plazo prescriptorio y ley aplicable de acuerdo al Derecho Internacional Privado. – 11. Los casos en la jurisprudencia nacional. – 12. Conclusiones.

1. *Definición*

El pago indebido consiste en la ejecución de una prestación que no se debe. Es objetivo cuando la prestación que se ejecuta es sobre la base de un título inexistente, inválido o ineficaz. Es subjetivo cuando el que cumple ejecuta una prestación por error.

En el momento fisiológico de una relación jurídica patrimonial (obligación) por regla general, quien ostenta la situación jurídica del deudor, será el llamado a cumplir con el pago,

* *Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ “No es nada nuevo que, cuando uno ha pagado, otro pida la restitución”.

ejecutando la prestación debida (*solvens*) y el acreedor quien la recibirá (*accipiens*). Sin embargo, en el momento patológico (y es el caso del pago indebido) se presenta la no correspondencia entre el solvens (como *deudor*) o del accipiens (como *acreedor*).

Autorizadamente se enseña que “todo pago constituye ejecución de una prestación en favor de otra persona, y determina la realización de una atribución patrimonial en favor o en beneficio de ésta. Para que un acto de prestación o de atribución pueda ser calificado como pago es menester que encuentre su fundamento y su razón de ser en una previa obligación que a través de él se cumple. La calificación de un acto como pago exige no sólo la voluntad de llevar a cabo un acto de cumplimiento (*animus solvendi*), sino también su objetivo fundamento en la preexistencia de la obligación que se cumple (*causa solvendi*). El pago en cuanto tal, es un acto que despliega una función solutoria y que encuentra su causa en la existencia de una previa obligación”². De ahí que, el pago indebido es “la ejecución de una prestación que no se debe”³.

Entonces, “cuando la previa obligación no existe, el *solvens* tiene que disponer de una acción dirigida a obtener la restitución de aquello que hubiese entregado *solvendi causa* y, si esto no fuera posible, de su equivalente pecuniario”⁴. Autorizada doctrina nacional entiende que el pago indebido “constituye una fuente heterónoma de relaciones obligatorias. Es decir, es un caso donde la relación obligatoria no se constituye por voluntad de los sujetos sino de manera impuesta (o forzosa) por el Estado. En concreto, se trata de un supuesto de hecho legalmente tipificado”⁵.

2. El derecho de repetición

Si se ha configurado un pago indebido, le asiste al *solvens* (quien ejecutó el pago) el **derecho a la repetición o restitución** de lo pagado en cabeza del *accipiens* (quien recibió el pago indebido).

² Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, II, Civitas, quinta edición, Madrid, 1996, p. 514.

³ Cesare Massimo BIANCA con la colaboración de Mirzia Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 274.

⁴ Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, II, cit., p. 514.

⁵ Luciano BARCHI VELAOCHAGA, “Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal”. *Algunas consideraciones sobre la regulación del pago indebido en el Código Civil peruano*, en *Ius et veritas*, Año XVI, No. 33, Lima, 2006, p. 80.

Se afirma, con razón, que “la repetición del pago indebido se cataloga en el sistema actual, como una acción de carácter personal, dirigida a la pura recuperación de la prestación no debida, a ejercitarse frente al *accipiens* o a sus herederos”⁶. Excepcionalmente, en el sistema peruano, el *solvens* puede actuar directamente contra el tercero adquirente a título gratuito de buena fe (art. 1270, tercer párrafo, c.c.). En este sentido, “el contenido del deber de restitución dependerá de la buena o de la mala fe del *accipiens*; es decir, dependerá si el *accipiens* recibe el bien en la creencia que le era debido o si lo recibe siendo consciente del error del *solvens*”⁷.

En el caso que el objeto de la restitución sean **bienes fungibles**, “la naturaleza recuperatoria de la acción de repetición ha inducido a la doctrina a considerar que, hasta cuando no se verifique la confusión del patrimonio del *accipiens*, este último está obligado a restituir justamente lo que haya recibido. (...) Verificada la confusión, la restitución no podría suceder sino con el pago del *tantundem eiusdem generis* (otro tanto de la misma especie y calidad), con la consiguiente aplicación del principio *genus nunquam perit* (el género nunca perece)”⁸. Por otro lado, fieles a una óptica de extrema coherencia con este criterio, “debería considerarse irrelevante el hecho que las cosas hayan sido consumidas o transformadas: quien las ha recibido, por tanto, estaría obligado a reintegrar el *tantundem*”⁹.

Si el objeto de la restitución se trata de **bienes determinados**, “la disciplina de la acción de repetición requiere que el *accipiens* restituya el mismo bien”¹⁰. Autorizadamente se explica que “la restitución de los bienes muebles se realiza mediante la entrega. Tratándose de bienes muebles registrados o de títulos de crédito, la entrega debe ser acompañada al cumplimiento de los actos formales que se necesitan para absolver las cargas de publicidad y para obtener la legitimación cartular. La restitución de los bienes inmuebles transferidos en propiedad requiere un acto escrito de retransferencia susceptible de inscripción. En vía judicial, tal resultado puede ser conseguido solicitando una sentencia de ejecución en forma

⁶ Elena BARGELLI, *Introduzione*, en *Ripetizione d'indebito*, a cura de Elena Bargelli, UTET, Torino, 2014, p. 7.

⁷ Luciano BARCHI VELAUCHAGA, “*Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal*”, cit., p. 80.

⁸ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, en *Ripetizione d'indebito*, a cura de Elena Bargelli, UTET, Torino, 2014, p. 75.

⁹ Elena BARGELLI, *Perimento e deterioramento della cosa determinata indebitamente ricevuta*, en *Ripetizione d'indebito*, a cura de Elena Bargelli, UTET, Torino, 2014, pp. 347-348.

¹⁰ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., pp. 77-78.

específica, que produzca efectos retraslativos”¹¹. En este caso, “la acción de repetición, teniendo por finalidad la readquisición por parte del *solvens* de la titularidad del derecho precariamente transferido al *accipiens*, se configurará como pretensión obligatoria de la retransferencia de la propiedad”¹².

La eventualidad de la restitución por equivalente está limitada cuando la *res* se haya perdido o extraviado y no sea materialmente posible la restitución¹³. Es importante tener en cuenta si el *accipiens* actuó de buena o mala fe, al recibir el bien. Así, en el primer caso, viene el auxilio el art. 1271 c.c., el cual establece que “responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido”. También ha de tenerse presente el art. 1268 c.c., el cual prescribe que: “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 el verdadero deudor. El que pagó indebidamente sólo podrá dirigirse contra el verdadero deudor”.

Si el *accipiens* obró de mala fe, como se verá, de acuerdo al art. 1269 c.c., “responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre”, salvo que acredite la causalidad alternativa hipotética.

Si se trata de la restitución de **prestaciones de hacer (o de no hacer)**, ha de tenerse en cuenta la primera parte del art. 1276 c.c., el cual establece que las reglas contenidas en el capítulo que regula el pago indebido “se aplican, en cuanto sean pertinentes”. En este caso, dada la ontológica imposibilidad de la restitución *in natura*, la restitución sería por equivalente. Una línea interpretativa va en el sentido que “para determinar el objeto de la obligación restitutoria es oportuno, por tanto, individualizar el valor económico de la prestación de hacer, quedando firme que el dato histórico del acuerdo pueda fungir de referencia”¹⁴. El segundo párrafo del citado numeral precisa que:

¹¹ Cesare Massimo BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 799.

¹² Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, Cedam, Padova, 2009, p. 97.

¹³ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 78.

¹⁴ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 80.

“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”.

Se debe tener en cuenta que no cabría invocar la repetición de lo pagado indebidamente cuando se trate de deudas prescritas, deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin ilícito, tal como lo prescribe el art. 1275 c.c.:

“No hay repetición de lo pagado en virtud 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”.

A propósito de los deberes morales o de solidaridad social, que un sector de la doctrina denomina “obligaciones naturales”, el acto de cumplimiento de los mismos si, bien es un negocio jurídico atributivo, se afirma que “si la prestación realizada en cumplimiento de un deber moral o social es irrepitible (...) no es porque, *ex post*, el ordenamiento valoriza el *acto* de la ejecución del *debitum* (naturale), sino, al contrario, en cuanto considera, *ex ante*, la programación de intereses directa, a través la atribución negocial, de la satisfacción del deber no jurídico en consideración de una *justificación causalmente* adecuada, *sub specie iuris*, para soportar el desplazamiento patrimonial”¹⁵.

La irrepitibilidad de lo pagado por el *solvens* para obtener un fin inmoral o ilícito, no debe entenderse “a la luz de una sanción civil de su conducta (*in thesi*, porque es mayormente) reprochable, ni de una exclusión de la tutela jurídica por parte de quien se ha demostrado indigno de la misma, o de un mecanismo de justicia correctiva, dirigido a re-equilibrar una relación ilícita parcialmente actuada: esta sirve, mas bien, para disuadir la anticipada ejecución de aquella prestación que es ordinariamente necesaria para desencadenar toda la secuencia inmoral, en cuanto es normalmente indispensable para requerir la prestación (del *accipiens*) a

¹⁵ Fulvio GIGLIOTTI, *Del pagamento dell'indebito. Obligazioni naturali, Art. 2034*, en *Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Piero Schlesinger y dirigido por Francesco Donato Busnelli, Giuffrè, Milano, 2014, p. 192.

través de la cual (más bien por medio de la primera) se consuma efectivamente el compromiso de los valores que expresan la conciencia colectiva”¹⁶.

3. Radiografía del pago indebido

El art. 1267 c.c. regula al pago indebido subjetivo, cuando establece lo siguiente: “El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió”.

Una atenta doctrina¹⁷ individualiza como supuestos de pago indebido por **inciativa unilateral del solvens**: “los casos de falta de cualquier simulacro de fuente de la obligación (como en la vasta área del pago indebido tributario), a los pagos cuantitativamente excedentes del importe debido, a aquellos realizados a un sujeto distinto de quien está legitimado a recibir, o efectuados sucesivamente a la extinción de la relación obligatoria in origen efectivamente existente”. También hay otro grupo de casos que son los casos de pago indebido como resultado de **pérdida de efectos ex post del título justificativo del desplazamiento patrimonial**, como “las prestaciones, si bien, basadas en un título negocial, pero no debidas (o convertidas en repetibles) como consecuencia de la declaración de nulidad, de anulación, o del ejercicio de un remedio sinalagmático que determina la disolución del contrato (como la resolución o la rescisión) o del derecho de *recesso* (apartamiento unilateral del contrato), o al operara otra causa de pérdida de efectos *ex post* (como la condición resolutoria), o en fin, en caso de negocios preparatorios, a causa de la falta de perfeccionamiento del contrato definitivo)”¹⁸.

Si bien es cierto que el pago indebido propende a ser “un marco normativo común a todas las hipótesis de ineficacia o de pérdida de efectos de un contrato”¹⁹, en el caso de las “restituciones contractuales” , no se trata de un “supuesto monolítico e indiferenciado”²⁰. Piénsese en la restitución debida a la resolución por imposibilidad de la prestación (art. 1431 c.c.) o en el caso de rescisión por lesión (art. 1452 c.c.).

¹⁶ Fulvio GIGLIOTTI, *Prestazione contraria al buon costume, Art. 2035, Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Piero Schlesinger y dirigido por Francesco Donato Busnelli, Giuffrè, Milano, 2015, p. 113.

¹⁷ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 18.

¹⁸ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., pp. 18-19.

¹⁹ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 23.

²⁰ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 26.

Asimismo, se entiende que es importante individualizar²¹:

a) **La actividad mediante la cual se manifiesta el esquema típico del pago indebido.** Partiendo de la premisa conceptual que el esquema típico del pago indebido presupone una actividad entre *solvens* y *accipiens*, se observa que “el comportamiento del *solvens* corresponde al cumplimiento o a la imagen del cumplimiento de una prestación. Por el lado del *accipiens*, la actividad en la cual se manifiesta el esquema típico del pago indebido presupone recibir la prestación, es decir un comportamiento que -sea precedido o no de la pretensión de cumplimiento- haga como mínimo objetivamente posible para el *solvens* la ejecución de la prestación”²².

b) **El objeto de la actividad solutoria, es decir del pago.** Si bien es cierto que el art. 1267 c.c. hace referencia a quien “entrega a otro algún bien o cantidad en pago”, el pago indebido no se configura sólo en el supuesto de las obligaciones de dar. De conformidad con el art. 1276 c.c., las mismas reglas se aplican “en cuanto sean pertinentes” en las obligaciones de hacer en las que no proceda restituir la prestación y a las obligaciones de no hacer. La segunda parte de este texto legal establece que: “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”.

c) **Los requisitos de capacidad necesarios para quien efectúa y para quien recibe la prestación.** Respecto a la capacidad del *solvens*, al asumir el art. 1267 el modelo del pago indebido subjetivo, forzosamente quien “incurre en error de hecho o de derecho” debe ser (de acuerdo al art. 140.1 c.c.) un sujeto con “plena capacidad de ejercicio”. Por el lado del *accipiens*, también debe tener “plena capacidad de ejercicio”. El desastroso D.Leg. No. 1384 ha derogado el art. 228 c.c., el cual regulaba lo siguiente: “Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho”.

En este escenario, “en una situación en la cual no subsiste una *acceptio* conciente, el ordenamiento la compensa con la valoración objetiva de la ventaja obtenida por el *accipiens*”²³.

²¹ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 9.

²² Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., pp. 7-8.

²³ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 64.

Con la derogatoria del art. 228 c.c., se ha generado un incomprensible vacío en el caso que se haya hecho -por ejemplo- un pago a un menor de 16 años, al cual aún se le califica como “incapaz absoluto” (art. 43.1 c.c.).

d) **El sujeto legitimado activo y pasivo para ejercer la acción de repetición.** Se considera que, en línea de principio, “el legitimado activo para ejercer la acción de repetición sea el sujeto al cual es jurídicamente imputable el pago y legitimado pasivo el destinatario jurídico del pago”²⁴. Sin embargo, es otro el escenario que se presenta en el caso de las relaciones jurídicas trilaterales. Piénsese en el caso de una novación subjetiva por delegación (art. 1281 c.c.) en la cual el deudor que se sustituye realiza el pago indebido o en una novación por expromisión (art. 1282 c.c.), que puede efectuarse incluso contra la voluntad del deudor primitivo y que el nuevo deudor haya hecho el pago indebido.

En puridad, nos encontramos frente a una fuente autónoma de obligaciones. Por ello concuerdo con la autorizada doctrina argentina que sostiene 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”²⁵.

4. *Tutela resarcitoria y tutela restitutoria ¿Hay contradicción entre los arts. 207 y 1267 c.c.? Error a efectos de la anulabilidad frente al error a efectos de la devolución de lo pagado indebidamente. Carga de la prueba del error*

Se parte de la premisa que se debe “proteger la tutela restitutoria de una contaminación con el area resarcitoria”²⁶, evitando sobreposiciones, así como a entender “como daño resarcible la mera restitución de lo pagado indebidamente”²⁷. En efecto, la función que disciplina el pago indebido “es la de recuperar utilidades valubles económicamente, pasadas del *solvens* al *accipiens* en ausencia de una válida *causa solvendi*”²⁸. Si bien el art. 207 c.c. establece que “la anulación del acto por error no da lugar a la indemnización antre las partes”, y el art.

²⁴ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 11.

²⁵ Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Repetición del Pago Indebido y sus efectos respecto a terceros en Perú y Argentina*, en *Thémis*, No. 23, Lima, 1992, p. 68.

²⁶ Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, en *Ripetizione d'indebito*, cit., p. 438.

²⁷ Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 445.

²⁸ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 58.

1267 c.c. prescribe que quien “por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió”, debe tenerse presente que **la tutela resarcitoria** (a la que se refiere el art. 207 c.c.) **es diversa de la restitutoria** (a la que alude el art. 1267 c.c.), por cuanto “con el remedio resarcitorio se reacciona *contra el daño producido* en la esfera patrimonial del sujeto, asegurándole una forma de compensación pecuniaria que, más que eliminar materialmente el daño, lo neutraliza en sentido económico”²⁹. En cambio, “con el remedio restitutorio no se tiene en cuenta el daño (ni importa qué daño patrimonial de haya producido) sino la *sola alteración de una situación de hecho y/o de derecho*, alteración que se debe eliminar, restableciendo la situación original y también el vigor de las normas”³⁰. Entonces, “es necesario naturalmente que esta alteración y/o cambio tenga carácter ilegítimo, es decir, sea *contra ius* o que, al límite, no encuentre justificación en las normas, o sea *sine causa*”³¹. Por ello, en caso de anulación por error no cabe la indemnización; pero sí restitución, si hubo un pago indebido. Ciertamente se puede solicitar, al juez o árbitro, la anulación de un acto jurídico y la devolución de lo pagado indebidamente; sin embargo, nos encontramos con un problema respecto del **plazo prescriptorio**: si se invoca la anulabilidad, es de dos años (art. 2001.4 c.c.); pero si se invoca el pago indebido, se cuenta con cinco años (art. 1274 c.c.). También hay supuestos en los cuales la pretensión sólo busca la restitución de lo pagado (y no la declaración de invalidez). Es el caso de quien ha pagado por error dos (o más) veces una misma cuota en un contrato de tracto sucesivo.

El art. 1273 c.c. regula la **carga de la prueba del error** en el pago indebido de la siguiente manera: “Corre a cargo de quien pretende haber efectuado el pago probar el error con que lo hizo, a menos que el demandado negara haber recibido el bien que se le reclame. En este caso, justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que se supone recibió.

Sin embargo, se presume que hubo error en el pago cuando se cumple con una prestación que nunca se debió o que ya estaba pagada. Aquel a quien se pide la devolución,

²⁹ Adolfo di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, tercera edición, Giuffrè, Milano, 2001, p. 302.

³⁰ Adolfo di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 302.

³¹ Adolfo di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 302.

puede probar que la entrega se efectuó a título de liberalidad o por otra causa justificada” (el subrayado es mío).

Siguiendo calificada doctrina nacional³², de este artículo, se debe entender que: a) la regla general es que el *onus probandi* del error pesa sobre quien efectuó el pago indebido. Tal sería el caso -por ejemplo- del pago en exceso. b) Si quien recibió el pago indebido lo niega; pero el *solvens* demuestra el pago, este último queda relevado de toda prueba respecto del error. c) En los supuestos especiales de pago sin causa y doble pago, opera la presunción *iuris tantum* del error en el pago. d) Sin embargo, “el sujeto demandante deberá demostrar que “la prestación nunca se debió o que esta ya había sido pagada”, y sólo una vez cumplido con ello, operará la presunción del error”³³.

En el caso del **pago a un acreedor aparente** *ex art. 1225 c.c.* se “extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo”; pero el acreedor real está legitimado para solicitar la restitución de lo pagado al acreedor aparente, invocando el art. 1954 c.c., via **enriquecimiento sin causa indirecto**, supuesto caracterizado “por el hecho que el sujeto enriquecido producto de un determinado desplazamiento de riqueza no coincide con el sujeto con el cual el empobrecido tiene una relación jurídica directa”³⁴. En el ordenamiento jurídico italiano, la solución es diversa, por cuanto el art. 1189 del c.c.ita. establece que “quien ha recibido el pago está obligado a la restitución respecto al acreedor verdadero, según las reglas establecidas para la repetición del pago indebido”. En nuestro sistema no se podría recurrir a esta *condictio*³⁵, por cuanto el art. 1267 c.c. sólo legitima a quien “por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago”...y el acreedor real no es quien realizó el pago indebido (en el caso propuesto). Es por ello que en el análisis del pago indebido, no nos debemos limitar a identificar el desplazamiento material que media entre *solvens* y *accipiens*, sino en la efectiva imputación jurídica. Así, “la relevancia del carácter de

³² Felipe OSTERLING PARODI y Mario CASTILLO FREYRE, *Tratado de derecho de las obligaciones*, Vol. III, segunda edición, ECB Ediciones-Thomson Reuters, Lima, 2014, pp. 1439-1441.

³³ Jorge BELTRÁN PACHECO, *Comentario al artículo 1273 c.c. Carga de la prueba del error*, en *Código Civil Comentado*, Tomo VI, *Derecho de las Obligaciones*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 669.

³⁴ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 276.

³⁵ Pretensión dirigida contra el enriquecido para que entregue lo que, constituyendo un desplazamiento patrimonial sin causa, le enriqueció injustamente.

indebido no se debe buscar en el plano *estructural* del acto, sino en el de la justificación causal de la atribución”³⁶.

5. *Diferencia del pago indebido con el enriquecimiento sin causa. Los modelos legislativos que apuntan a su tratamiento unitario. La posición del Código civil peruano*

Si bien es cierto que el **pago indebido y el enriquecimiento sin causa** pertenecen a la categoría de los **remedios restitutorios**³⁷, hay una clara diferencia, por cuanto “en el enriquecimiento injustificado se debe devolver a la otra parte no lo que se ha recibido, sino aquello de lo cual se ha enriquecido. El perfil aquí es el del *titulus retinendi*, es decir un título que justifique la conservación del aumento patrimonial: título cuya falta justifica la obligación de devolver el enriquecimiento conseguido sin causa”³⁸. En el pago indebido, “el intento práctico perseguido por quien paga es siempre de una transferencia onerosa debida, en función de un corresponsivo; pero puesto que después este corresponsivo se revela insubsistente, la ley opera, en este caso, una conversión interpretativa de aquel típico intento, haciendo surgir, respecto de quien ha recibido lo indebido, una obligación de restituir lo que se le ha dado y, correlativamente, un derecho de repetir correspondiente a quien ha pagado”³⁹. A ello debe agregarse que, dentro de nuestro sistema, en el pago indebido subjetivo, el desplazamiento patrimonial ha sido ocasionado por error; mientras que en el enriquecimiento sin causa, este vicio de voluntad es irrelevante para su configuración. Otra característica del enriquecimiento sin causa es su residualidad, la cual no ostenta el pago indebido.

El art. 1954 c.c. establece que: “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

Este artículo debe ser interpretado sistemáticamente con el art. 1955 c.c. que, a la letra expresa que: “La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona

³⁶ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 91.

³⁷ Paolo GALLO, *Arricchimento senza causa. Artt. 2041-2042, Il Codice Civile. Commentario*, fundado por Piero Schlesinger y dirigido por Francesco Donato Busnelli, Giuffrè, Milano, 2003, p. 32.

³⁸ Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III. *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 57-58.

³⁹ Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III. *Fonti e vicende dell'obbligazione*, cit., p. 115.

que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización”.

El enriquecimiento sin causa es un remedio residual⁴⁰. Atenta doctrina afirma que “la regla de la subsidiariedad es razonable e incluso necesaria en aquellos sistemas en los que la acción de enriquecimiento está normativamente configurada como un mero remedio residual de equidad”⁴¹. Ello es perfectamente aplicable en el ordenamiento jurídico peruano. Siempre en la línea de la subsidiariedad, se afirma que el enriquecimiento sin causa, “permite la recuperación de lo que se ha prestado indebidamente en los límites del efectivo enriquecimiento obtenido por el *accipiens*. Este, exige además, la prueba del correlativo enriquecimiento y empobrecimiento, respectivamente, del *accipiens* y del *solvens*; la indemnización es, en general, calculada sobre la base de la menor suma entre enriquecimiento y empobrecimiento. Presupuesto de la disciplina del pago indebido, en cambio, es el pago no debido que se ha realizado, independientemente de la prueba de un enriquecimiento efectivo por parte del *accipiens* y de un correlativo empobrecimiento del *solvens*”⁴².

En el pago indebido, “es irrelevante la valoración objetiva del eventual enriquecimiento, puesto que se considera suficiente la valoración subjetiva de la aceptación”⁴³.

El pago indebido está dirigido “en vía prioritaria al objetivo restablecimiento de la situación antecedente a la ejecución de la prestación, a través de la obligación de restitución *in natura*”⁴⁴. El enriquecimiento sin causa “está, en línea de principio, orientado a la compensación de las esferas patrimoniales desequilibradas por efecto de un enriquecimiento causalmente vinculado al empobrecimiento de otro y carente de una justa causa: a través de una indemnización que -generalmente se considera deuda de valor- es calculada a la luz de la menor suma entre enriquecimiento y empobrecimiento”⁴⁵.

⁴⁰ En este sentido, Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, en *Ripetizione d'indebito*, cit., p. 99.

⁴¹ Carles VENDRELL CERVANTES, *El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: Historia, Derecho Comparado y propuestas de modernización*, dirigido por Pedro Del Olmo García y Xabier Basozabal Arrue, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 324.

⁴² Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 62.

⁴³ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 63.

⁴⁴ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 29.

⁴⁵ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 30.

Sin embargo, existen modelos legislativos que apuntan al tratamiento unitario de ambas fuentes de obligaciones: “ello permite diluir el problema de la demarcación entre las dos fuentes no contractuales y de poner a disposición de los intérpretes reglas generales, capaces de ofrecer soluciones flexibles, armónicas y coherentes sin impedir, al mismo tiempo, eventuales articulaciones internas en los diversos tipos de enriquecimiento injustificado”⁴⁶.

Ejemplo de ello es el § 812 BGB, que a la letra expresa que: “1. Quien a través de un acto prestado por otro, o de cualquier otra manera, adquiera algo a expensas de este último sin causa jurídica, está obligado a restituirselo. Esta obligación subsiste incluso si la causa jurídica desaparece posteriormente o si el resultado que se pretendía conseguir mediante una prestación de acuerdo con el negocio jurídico no se produce. 2. El reconocimiento de la existencia o no existencia de una relación obligatoria, si se realiza bajo contrato, también se considera que es una prestación”⁴⁷ (el subrayado es mío).

También el art. 203, del Libro 6, del Código civil holandés regula lo siguiente: “1. El que haya dado a otro sin fundamento jurídico un bien, está con derecho a reclamarlo del destinatario como pagado indebidamente. 2. Cuando el pago indebido se refiera a una suma de dinero, entonces se extiende la acción a la devolución de un importe igual. 3. El que haya realizado sin fundamentación jurídica una prestación de distinta naturaleza tiene igualmente frente al destinatario derecho a su deshacimiento”⁴⁸.

En favor de tal dirección se orientan, entre los textos de derecho europeo de matriz doctrinaria, los Principios del Derecho Europeo sobre el Enriquecimiento Injustificado, que forman parte del *Draft Common Frame of Reference*. En este texto “sobre las huellas de la codificación alemana, se acoge una definición amplia del “*Unjustified Enrichment*”⁴⁹.

En cambio nosotros, fieles a la tradición francesa, hemos preferido tratar a ambas instituciones de manera separada. En efecto, la actual regulación del pago indebido, se inspira

⁴⁶ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 33.

⁴⁷ Emilio EIRANOVA ENCINAS traducción del *Código Civil Alemán. Comentado. BGB*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 259.

⁴⁸ Juan Guillermo VAN REIGERSBERG VERSLUYS, *Derecho Patrimonial Neerlandés*, traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo código civil, Gráficas Urania, Málaga, 1996, pp. 6-37 a 6-38.

⁴⁹ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 33.

en el modelo seguido en el código civil de 1936 y de 1852⁵⁰. En lo que al enriquecimiento sin causa se refiere, el art. 1954 c.c. “equivale al artículo 1149 del Código Civil de 1936, del cual difiere únicamente en que confiere al desposeído un derecho indemnizatorio, mientras que el Código anterior le concedía un derecho restitutorio”⁵¹. En puridad, nos encontramos frente a un “doble régimen de prestaciones no debidas”⁵², que bien han podido ser reguladas unificadamente.

6. Clasificación: el pago indebido objetivo y el subjetivo. ¿Tratamiento unitario?

El pago indebido se clasifica en: **pago indebido objetivo**, “cuando el que cumple ejecuta una prestación en base a un título inexistente o ineficaz”⁵³ y en **pago indebido subjetivo**, “Cuando el que cumple ejecuta una deuda ajena en la errónea creencia de ser el deudor”⁵⁴.

La nota característica del pago indebido **objetivo** es “la ausencia de un fundamento que justifique la prestación”⁵⁵. El Código civil italiano regula en el art. 2033 esta figura de la siguiente manera: “Quien ha efectuado un pago indebido tiene el derecho a repetir lo que ha pagado. Tiene además derecho a los frutos y a los intereses desde el día del pago, si quien lo ha recibido actuó de mala fe; o si era de buena fe, desde el día de la demanda”.

Según un consolidado orientamiento jurisprudencial en esta experiencia jurídica, “la falta de una válida *causa solvendi* se verifica tanto en los casos de contratos nulos o anulados, como en las hipótesis de rescisión, resolución o ineficacia en sentido estricto del contrato”⁵⁶. Es recurrente la siguiente máxima: “Hay pago indebido objetivo o porque falta una causa originaria justificativa del pago (*condictio sine causa*) o porque la causa de la relación,

⁵⁰ Felipe OSTERLING PARODI y Carlos CARDENAS QUIROS, *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil. (Las Obligaciones)*, de *Código Civil V, Exposición de Motivos y Comentarios*, compilado por Delia Revoredo De Debakey, Industria Avanzada, Lima 1985, p. 410.

⁵¹ Delia REVOREDO DE DEBAKEY, *Comentarios. Enriquecimiento sin causa*, de *Código Civil VI, Exposición de Motivos y Comentarios*, compilado por Delia Revoredo De Debakey, OKURA, Editores Lima, 1985, p. 775.

⁵² Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 62.

⁵³ Cesare Massimo BIANCA con la colaboración de Mirzia Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 274.

⁵⁴ Cesare Massimo BIANCA con la colaboración de Mirzia Bianca, *Istituzioni di Diritto Privato*, cit., p. 274.

⁵⁵ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 12.

⁵⁶ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 58.

originalmente existente, viene a menos después en virtud de eventos sucesivos que han puesto en la nada la relación misma (*condictio ab causam finitam*)⁵⁷.

En doctrina, se contesta esta clasificación, afirmando que “en el ámbito del pago indebido denominado objetivo se consideran incluidos tanto el defecto absoluto originario, como el defecto absoluto sobreviniente: no distinguiéndose entre *condictio ab causam finitam* y *condictio indebiti sine causa*”⁵⁸. Incluso, en el caso que el defecto sea absoluto u originario, se debe distinguir si se trata de un supuesto negocial, “en la hipótesis en la cual el título justificativo exista”⁵⁹ o no negocial “en la hipótesis que el título justificativo de la atribución no haya existido válidamente”⁶⁰.

De ser así, si bien el Código Civil peruano no contiene una regulación similar a la del homólogo italiano, **sí podemos identificar -en determinados supuestos- el pago indebido objetivo**: piénsese en el caso de la resolución de un contrato. El segundo y tercer párrafo del art. 1372 c.c. establecen lo siguiente: “La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento” (el subrayado es mío).

En efecto, la restitución de las prestaciones producto de la resolución de un contrato (declarada judicial o arbitralmente), encaja en el supuesto de *condictio ab causam finitam* (o defecto absoluto sobreviniente negocial) y habría que restituir las prestaciones pagadas indebidamente desde el momento en que se produjo la causal que motivó la resolución. Aunque no está regulado expresamente, la misma regla se aplicaría en un acto declarado nulo (salvo la restricción del art. 1275 c.c.). Este podría ser el caso un contrato cuyo objeto sea jurídicamente imposible: aquí estamos en un supuesto de *condictio indebiti sine causa* (o defecto absoluto originario no negocial).

⁵⁷ Casación No. 1554, del 26.05.71, citada por Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 58.

⁵⁸ Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 117.

⁵⁹ Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 118.

⁶⁰ Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 118.

La doctrina que vengo siguiendo distingue⁶¹, dentro del pago indebido **subjectivo**, al:

a) pago indebido *ex latere accipientis*, que se configura “cuando el deudor, que es efectivamente titular de una obligación en base a un título válido y eficaz, ejecuta la prestación debida a un sujeto jurídicamente no legitimado para recibirla”⁶². En otras palabras, un deudor por error, paga a quien no es su acreedor. b) Pago indebido *ex latere solventis*, que se presenta “cuando un sujeto no obligado realiza una prestación en favor de un *accipiens* que resulta ser efectivamente titular de un derecho de crédito, cuyo lado pasivo -sin embargo- grava sobre un sujeto diverso”⁶³. O sea, un acreedor de una obligación determinada acepta por error el pago de quien no es su deudor. c) Pago indebido **mixto**, como autorizadamente se sostiene “a menudo, a distintos títulos justificativos corresponden pagos exteriormente idénticos. Puede derivar un contraste entre *solvens* y *accipiens*, cuando el pago esté implícitamente referido por el primero a una obligación diversa respecto a aquella presupuesta por el segundo. Y un mismo pago podría, según el punto de vista elegido, configurarse como un pago indebido *ex latere accipientis* o como un pago indebido *ex latere solventis*”⁶⁴. En otras palabras este supuesto se configuraría cuando “el pago o la prestación hayan sido imputados por las partes a obligaciones diversas, una por aquella a la que ha sido imputada por la contraparte”⁶⁵. En resumidas cuentas, ambos incurren en error. No obstante, se discute la autonomía conceptual de esta figura⁶⁶.

Es importante tener en consideración que frente a los intereses del *solvens* y del *accipiens*, también concurre el del tercero que resultaría ser el verdadero deudor o acreedor (evidentemente, cuando se configure dicho supuesto de hecho). En efecto, “el pago indebido puede interferir de diversas maneras con una relación obligatoria realmente existente. Los dos esquemas fundamentales, elaborados sobre la base de una rica casuística, se refieren a hipótesis en las cuales, de tal relación sean titulares, respectivamente, un acreedor o un deudor diversos respecto a los sujetos que han recibido o efectuado el pago”⁶⁷. Se agrega

⁶¹ Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.

⁶² Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.

⁶³ Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.

⁶⁴ Umberto BRECCIA, *Indebito (ripetizione del)*, en *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989, 6.

⁶⁵ Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.

⁶⁶ Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 115.

⁶⁷ Umberto BRECCIA, *Indebito (ripetizione del)*, cit., p. 5.

que, “en ambos casos, además del interés que corresponde a los sujetos del pago indebido, asume relieve el interés de un tercero, que resulta ser efectivo acreedor o efectivo deudor del pago recibido por el no-acreedor o efectuado por el no-deudor”⁶⁸.

Ahora bien, en el caso del pago indebido *ex latere accipientis* “la imputación del pago a la ejecución de la relación, el deudor -titular de la situación de desventaja activa (obligación), pero frente a un sujeto diverso- no será liberado”⁶⁹. En el escenario del pago indebido *ex latere solventis* “aunque viciado, se debe necesariamente reconocer que el interés creditorio del *accipiens* ha sido efectivamente satisfecho por el pago, aunque sea trámite de una actividad no debida del *solvens*”⁷⁰.

El siguiente cuadro puede permitir una mejor comprensión de esta clasificación:

Momento fisiológico

<i>Solvens</i>	<i>Accipiens</i>
Deudor	Acreedor

Momentos patológicos

Pago indebido *ex latere accipientis*

<i>Solvens</i>	<i>Accipiens</i>
Deudor que incurre en error	Sujeto no legitimado a recibir el pago

No se extingue la obligación. Salvo el caso del acreedor aparente.

El deudor debe pagar al acreedor real. Se aplica el art. 1267 c.c.

Pago indebido *ex latere solventis*,

<i>Solvens</i>	<i>Accipiens</i>
Sujeto no obligado que incurre en error	Acreedor de otra obligación distinta

Extingue la obligación. El *solvens* va via enriquecimiento sin causa con el verdadero deudor.

⁶⁸ Umberto BRECCIA, *Indebito (ripetizione del)*, cit., p. 5.

⁶⁹ Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 116.

⁷⁰ Marinella BASCHIERA, *La non doverosità. Parte generale*, cit., p. 117.

Como ya fuera señalado, el art. 1267 c.c. regula al pago indebido subjetivo. A efectos de tutelar a quien lo ha realizado, se requieren de **dos condiciones específicas para que proceda la repetición**⁷¹: a) el error de hecho o derecho del *solvens*. b) El hecho que el *accipiens* no haya sido privado en buena fe del título o de las garantías del crédito.

Si bien es cierto que la causa que origina el pago indebido subjetivo es el error de hecho o de derecho, **no siempre el error del *solvens* da lugar a la repetición**. En efecto, el art. 180 c.c. dicta que: “El deudor que pagó antes del cumplimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho de repetición”.

A nivel nacional, se entiende que “el error en este campo supone conocer la existencia de un término, pero no conocer su fecha, o lo que es igual, se tiene un conocimiento equivocado. La ignorancia es otra cosa distinta: es creer la no existencia del plazo y, por tanto, que la obligación es exigible, lo que equivale a falta absoluta de conocimiento”⁷², agregándose que “demostrada la ignorancia, la devolución debe incluir los intereses legales devengados desde la entrega anticipada”⁷³. Otro sector sostiene que “la ignorancia es ausencia de conocimiento y como tal se asimila al error, que es un vicio de la voluntad (...) que puede hacer anulable el acto jurídico. De ahí, que la ignorancia deba entenderse respecto a la existencia del plazo o de la oportunidad de su cumplimiento o de la fecha de su vencimiento, pues nada obsta para que el deudor concientemente efectúe un pago anticipado”⁷⁴. En mi opinión, si bien estoy de acuerdo que no hay diferencia sustancial alguna entre ignorancia y error, sí es relevante respecto de que “situación” recaen. Por ello, si el deudor paga antes de la fecha del término inicial creyendo que éste es antes de lo acordado, el error no da lugar a la repetición. Entendiéndose este supuesto respecto del término de cumplimiento. Si el error (que el art. 180 c.c. llama ignorancia), recae en la creencia que no había plazo, si hay repetición. En los efectos prácticos, al ser sumamente difícil probar este segundo supuesto, se termina siempre en la irrepetibilidad de lo pagado. No debemos olvidar que la regla es la exigibilidad inmediata del pago (*statim debetur*), la cual está descrita en el art. 1240 c.c.⁷⁵.

⁷¹ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 42.

⁷² Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, 2ª edición, Grijley, Lima, 1994, p. 340.

⁷³ Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*, cit., p. 340.

⁷⁴ Fernando VIDAL RAMIREZ, *El Acto Jurídico*, cuarta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 308.

⁷⁵ Para esta parte, permítaseme remitir a mi *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Cuarta Edición, actualizada, aumentada, revisada, Instituto Pacífico, Lima, 2017, 317-318.

La diferencia entre el pago indebido objetivo y subjetivo, “está en el hecho que en el primer caso el pago no es debido a nadie, mientras que en el segundo caso no es debido por la persona que lo ha efectuado, sino por un tercero: por consiguiente, el *solvens* es una persona diversa del efectivo deudor de la relación jurídica del cual la prestación es objeto”⁷⁶.

En el escenario del pago indebido objetivo, como sería el caso (por ejemplo) de la resolución por incumplimiento o el de una declaración de nulidad **¿se le debería dar el mismo tratamiento concedido al pago indebido subjetivo (con las consecuencias jurídicas previstas en los arts. 1268 al 1276 c.c.)?** La respuesta correcta es la negativa. Así, “el hecho que, en el momento en el cual se realizan, las prestaciones encuentran fuente en un vínculo negocial válido y eficaz, induce a considerar que no sea posible reconstruir propiamente en términos de buena o mala fe, el estado subjetivo del perceptor que es, en cambio, relevante en el ámbito de la disciplina del pago indebido”⁷⁷ (en el caso del Código civil peruano, la que está regulada en los arts. 1267 a 1276 c.c.).

En efecto, “se debe tener en cuenta que el punto de apoyo sobre el cual rueda el mecanismo restitutorio de la repetición del pago indebido es que la prestación no debida sea tal en el momento en el cual ésta venga ejecutada: solo respecto a un contexto similar tiene sentido verificar el eventual contraste entre realidad jurídica y realidad putativa, entre la existencia de un derecho de crédito y representación subjetiva del *accipiens*. Si la prestación es debida, y las partes saben que es debida, no existe antítesis entre situación de derecho y situación de hecho, entre el acuerdo que ha generado desplazamientos patrimoniales y la relativa percepción en el fuero interno del *accipiens*, de tal manera que un juicio en términos de buena o mala fe subjetiva resulta inapropiado y quizá inconcebible”⁷⁸.

En resumidas cuentas, a) por razones didácticas, es posible reconstruir en el ordenamiento jurídico nacional la clasificación de pago indebido objetivo y subjetivo. b) En el supuesto del pago indebido subjetivo, la prestación que da origen a la restitución resulta indebida al momento de su ejecución. En este escenario, sí es posible determinar la buena o mala fe del *accipiens*. Por ello resulta aplicable lo regulado en los arts. 1268 a 1276 c.c. c) En el supuesto del pago indebido objetivo, la prestación que da origen a la restitución resulta

⁷⁶ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 42.

⁷⁷ Luca GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 15.

⁷⁸ Luca GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, cit., pp. 15-16.

indebida *ex post* a su ejecución: por ello, no cabe determinar -en línea de principio- la buena o mala fe del *accipiens*. En consecuencia, no resulta aplicable lo regulado en los arts. 1268 a 1276 c.c.

En esta línea interpretativa, se sostiene que “las razones de la incompatibilidad de las disposiciones relativas a los estados subjetivos con los casos de restituciones que resultan de la disolución del contrato se individualizan en particular en la circunstancia que al momento en el cual la prestación se realiza, ésta es debida. Lo que debería, por sí, excluir la mala fe del *accipiens* que haya recibido lo que se le debía, aunque -sucesivamente- el contrato haya sido disuelto, incluso con efectos retroactivos”⁷⁹.

7. *El pago indebido en las relaciones jurídicas trilaterales*

Se advierte que, en el mundo contemporáneo “la obligación pecuniaria termina, fatalmente, por ser cumplida a través de la intermediación de un tercero”⁸⁰. Tal es el caso del pago a través de un cheque. Por ello, con la expresión **relación trilateral**, “se entiende abrazar la realidad fenoménica por la cual un pago privado de una causa que lo justifique es realizado, o es recibido por un sujeto diverso, respectivamente del deudor o del acreedor”⁸¹. La nota característica es que el deudor actúa a través de un tercero, el cual -a su vez- realiza el pago indebido. Ello hace la diferencia con los supuestos de **pago indebido bilaterales** (en los cuales el deudor -o quien cree que lo es- efectúa el pago al acreedor (o a quien cree que lo es). Así, “en los supuestos de hecho bilaterales el criterio suscitado deriva de la propia validez de la circunstancia que el pago no involucra algún otro sujeto sino a aquel que materialmente realiza o recibe la prestación; lo mismo no se puede decir en presencia de una relación trilateral, donde se pone la necesidad de considerar la posición de un sujeto tercero que, aún siendo extraño a la realización concreta del pago, está involucrado en el mismo desde el punto de vista jurídico, en cuanto, por ejemplo, es aquel que ha encargado al *solvens* de su ejecución”⁸².

⁷⁹ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 87.

⁸⁰ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 3.

⁸¹ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 3.

⁸² Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 118.

En efecto, frente al esquema bilateral de *solvens-accipiens*, se encuentra el esquema trilateral de *solvens-solvens sub specie iuris-accipiens*⁸³.

De esta manera, el pago puede ser realizado: a) por el auxiliar del deudor (art. 1325 c.c.). b) Por un tercero que actúa en autonomía respecto al deudor y espontáneamente, sin haber recibido un encargo en tal sentido. Como sería la novación por expromisión (art. 1282 c.c.). c) Un tercero que, siempre actuando en autonomía e incluso, habiendo sido encargado, no rebela al *accipiens* de actuar conforme al (y por cumplimiento del) encargo recibido. Como sería el actuar del mandatario (art. 1790 c.c.). d) Por un sujeto que declara al acreedor, en el momento del pago -siempre realizado en autonomía del deudor- de actuar en ejecución del *iussum* (declaración de voluntad que tiene por objeto completar un determinado negocio jurídico que en su momento no se configuró de forma total) establecido. Como sería la novación por delegación (art. 1281 c.c.).

La relación trilateral surge porque el pago indebido es realizado por el auxiliar o por el tercero. Para que se configure, “es necesario que la atribución patrimonial pueda ser jurídicamente imputada, sea a la relación que media entre el *solvens* material y el sujeto que no ha participado materialmente en el pago, sea a la relación que media entre este último y el *accipiens* material, sea, en algunos casos, también a la relación entre *solvens* y *accipiens* materiales, hipótesis en la cual se estará en presencia de una triple imputación jurídica de la misma relación”⁸⁴. Se perfila así otra característica esencial de esta figura, que es “la imputabilidad jurídica, a dos o a tres relaciones, de una misma atribución patrimonial, apta para desplegar efectos jurídicos sobre (al menos) dos de las relaciones que median entre los diversos sujetos involucrados en la operación del pago”⁸⁵.

En el caso del **pago hecho por el auxiliar**, debe tenerse en cuenta su ausencia de autonomía y la “ensimismación” de su actuar con el del deudor. Por ello, “si el que cumple opera en calidad de auxiliar no puede hablarse propiamente de intermediación en el pago, no siendo posible contraponer un *solvens sub specie iuris* a un *solvens* material”⁸⁶.

⁸³ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 15.

⁸⁴ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 16.

⁸⁵ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 16.

⁸⁶ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 18.

Una subdivisión, que debe hacerse en las relaciones trilaterales, se basa en el hecho que el pago realizado represente, en la relación entre *solvens* y *accipiens*, una atribución *directa* o *indirecta*. En el primer caso, “autor de la prestación, desde el punto de vista jurídico, deberá considerarse el mismo sujeto que materialmente lo cumple”⁸⁷. En la atribución indirecta, “la atribución patrimonial deberá considerarse jurídicamente proveniente de un sujeto diverso el *solvens* material”⁸⁸.

Un supuesto de **atribución directa** lo encontramos en el caso del **cumplimiento por un tercero**. En efecto, el art. 1222 c.c. establece que: “Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan. Quien paga sin asentimiento del deudor, sólo puede exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago”.

Una atenta doctrina nacional apunta que “el tercero actúa autónomamente, es decir sin ser representante, gestor, mandatario, auxiliar, etc.”⁸⁹. Entonces, en el caso del pago realizado por un tercero, “la ejecución y la recepción de la prestación se justifican a la luz de una misma *relación causal*. El cumplimiento de la obligación ajena justifica, en efecto, sea el empobrecimiento del *solvens* que el enriquecimiento del *accipiens*; es, en otros términos, reconocido por el ordenamiento como una *iusta causa traditionis* del pago entre *solvens* y *accipiens*”⁹⁰.

Al contrario, las características del fenómeno conocido como **atribución (o prestación) indirecta**, pueden individualizarse⁹¹: a) en una atribución patrimonial de un sujeto en favor de otro, el cual no tendría ningún derecho al pago frente al primero. b) En la vinculación que, en virtud de la intención de las partes, se establece entre dicha atribución y las relaciones fundamentales, pre-existentes o sucesivas, entre cada uno de los sujetos entre los cuales se produce el pago y un tercero. c) En el hecho que, en razón de tal vinculación, la atribución realizada actúa simultáneamente, extinguiéndolas, modificándolas o creándolas, las dos relaciones fundamentales que median entre cada una de las partes y un tercero.

⁸⁷ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 26.

⁸⁸ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 26.

⁸⁹ Eric PALACIOS MARTÍNEZ, Comentario al artículo 1222 c.c. Pago realizado por tercera persona, en *Código Civil Comentado*, Tomo VI, cit., p. 464.

⁹⁰ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 27.

⁹¹ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 27.

En estos casos, se propone individualizar la **imputabilidad jurídica del pago indebido**, criterio en el que se perfila “un orden lógico, antes que cronológico, entre las dos operaciones, conceptualmente distintas, de la imputación del pago a una determinada relación y de la imputación del mismo a un determinado sujeto”⁹². Se debe tener en cuenta que “la declaración del *solvens* de pagar por cuenta de cierto sujeto está en grado de determinar la imputación del pago, por un lado, a la relación que transcurre entre el *solvens* y el pretendido encargante; por el otro, a la relación entre el pretendido encargante y el *accipiens*”⁹³. Por ello, “la condición necesaria para que la prestación sea jurídicamente imputada al ordenante, conforme a la declaración de imputación realizada por el *solvens*, esté representada por la efectiva subsistencia de un acto de iniciativa del sujeto por cuenta del cual se actúa, o de una situación de apariencia creada culposamente por éste”⁹⁴.

En efecto, en el caso de cumplimiento del tercero, “será el propio *solvens*, en calidad de autor jurídico del pago, a repetir cuando se descubra que el *accipiens* no tenía el derecho a la prestación”⁹⁵. Por ello, “el tercero que cumple la obligación ajena actúa sobre la base de la existencia de un crédito (determinado) del *accipiens* y para la realización del mismo”⁹⁶.

Piénsese en el caso de un contrato de seguro vehicular en el cual, ocurrido un siniestro, la aseguradora, por error, paga la cobertura a una persona distinta del beneficiario. En este caso, no obstante la aseguradora es un tercero respecto de la obligación del asegurado, tiene expedito su derecho para repetir, de acuerdo al art. 1267 c.c.

8. *Las obligaciones accesorias a la restitución: frutos e intereses. El reembolso*

El tratamiento que brinda el Código civil peruano varía si el *accipiens* acepta el pago indebido de buena o de mala fe. En efecto, “el conocimiento de la no obligatoriedad de la prestación recibida integra la mala fe del *accipiens* y tiene relevancia sobre el plano del inicio de la obligación de restitución de los frutos y de los intereses, así como de la responsabilidad restitutoria por la pérdida, deterioro y la alienación del bien recibido”⁹⁷. Se constata “un

⁹² Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 144.

⁹³ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 149.

⁹⁴ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 174.

⁹⁵ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 185.

⁹⁶ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 209.

⁹⁷ Francesca MAIOLO, *Il pagamento. Indebito e tipi di prestazione*, cit., p. 64.

evidente *favor* hacia quien ha recibido el pago de buena fe”⁹⁸ y que además “debe excluirse que el aparente agravamiento de la obligación del que recibe de mala fe -que debe restituir los frutos desde el día del pago- tenga una función resarcitoria: la deuda del *accipiens*, justo porque es de carácter restitutorio, puede considerarse plenamente cumplida sólo cuando la devolución de la cosa o de la suma no debida comprenda también los accesorios”⁹⁹.

Si se acepta el pago indebido de **buena fe**, de acuerdo al art. 1271 c.c., debe: a) restituir los intereses o frutos percibidos. b) Responde de la pérdida o deterioro del bien sólo en la parte en cuanto se ha enriquecido.

Una atenta doctrina, entiende, en posición que comparto que el art. 1271 c.c. debe ser interpretado sistemáticamente con los arts. 907, 908 y 910 c.c. En efecto, “el artículo 1271 debe leerse en el entendido que el *accipiens* de buena fe debe restituir los frutos percibidos desde el momento que se percate que el bien no le era debido o, en todo caso, desde la fecha de la notificación de la demanda. Y como desde ese momento se considera poseedor de mala fe deberá concordarse con el artículo 910 y, por tanto, “si no existen (los frutos), a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir”¹⁰⁰.

Si el *accipiens* acepta el pago indebido de **mala fe**, conforme al art. 1269 c.c., debe: a) pagar 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. b) Responder de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.

El *accipiens* mala fe puede de liberarse de esta responsabilidad, si acredita una causa alternativa hipotética, es decir, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó. En la causalidad alternativa hipotética tenemos dos cursos causales: el curso causal real (que efectivamente produce el daño) y el curso causal hipotético (que no se produjo; pero que de haberse producido igual iba a ocasionar el mismo daño)¹⁰¹.

⁹⁸ Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 406.

⁹⁹ Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 407.

¹⁰⁰ Luciano BARCHI VELAOCHAGA, “*Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal*”, cit., p. 81.

¹⁰¹ Sobre esta parte, permítaseme remitir a mi *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Novena Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2019, 425-429.

El modelo legislativo nacional se alinea al italiano al equiparar la situación del *accipiens* de mala fe con la *mora debendi* ex art. 1336 c.c. En efecto, “la *ratio* de la regla en cuestión, reside en la exigencia de hacer sufrir todo evento sobreviniente al *accipiens* de mala fe, conciente de no estar legitimado a recibir (o a retener) el bien y de deberlo restituir: una exigencia común (...), a propósito de la *mora debendi*”¹⁰². A diferencia del modelo italiano, en el peruano, se admite la causalidad alternativa hipotética en ambos supuestos, mientras que el italiano lo contempera expresamente en la mora y no el el pago indebido de mala fe. No obstante, en doctrina se propone el recurso a la analogía¹⁰³.

Curiosamente, en doctrina se ha advertido, en materia de intereses, que el *accipiens* de mala fe tiene una situación más ventajosa que el de buena fe. Así, “el *accipiens* de buena fe debe restituir los intereses percibidos, lo que supondría, por ejemplo, restituir intereses sobre la base de la TAMN (aproximadamente 25% efectivo anual) que es lo máximo que podría cobrar si hubiera prestado el dinero recibido indebidamente. En cambio, el *accipiens* de mala fe debe pagar sólo el interés legal, aunque hubiese percibido intereses mayores. El interés legal es la tasa pasiva moneda nacional TIPMN que a la fecha es aproximadamente 3% efectiva anual”¹⁰⁴.

Respecto a los **reembolsos**, el art. 2040 c.c.ita. establece lo siguiente: “A quien le ha sido restituida la cosa, le corresponde reembolsar al poseedor los gastos y las mejoras, de acuerdo a los artículos degli artt. 1149, 1150, 1151 e 1152”.

Se afirma que, “a diferencia de la restitución de los frutos, con referencia a los reembolsos relativos a los gastos realizados para efectuar reparaciones ordinarias y extraordinarias o mejoras (o adiciones que constituyen mejoras) de la cosa recibida, la norma reenvía expresamente a las disposiciones que regulan la posición del poseedor sin título frente al propietario y, en tal modo, equipara al primero con el *accipiens indebiti*. Dentro de los límites impuestos por las normas citadas, este podrá ostentar, frente al *solvens*, un derecho de crédito al reembolso de los gastos y a una indemnización por las mejoras y las adiciones”¹⁰⁵.

¹⁰² Elena BARGELLI, *Perimento e deterioramento della cosa determinata indebitamente ricevuta*, p. 358.

¹⁰³ Elena BARGELLI, *Perimento e deterioramento della cosa determinata indebitamente ricevuta*, p. 359.

¹⁰⁴ Luciano BARCHI VELAOCHAGA, “*Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal*”, cit., p. 83.

¹⁰⁵ Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 446.

Nuestro Código civil carece de similar norma; pero, en este caso, cabría aplicar el art. 893 c.c., el cual establece que: “Para el cómputo de los frutos industriales o civiles, se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos”.

En efecto, “para la obtención de excedentes económicos el titular del *ius fruendi*, o el tercero en su caso, incurre en gastos generados ya sea por el acopio, la manufactura o la recaudación de los mismos. En estricto sólo podemos hablar de frutos una vez que se haya efectuado el descuento de dichos gastos. La deducción de gastos tiene un obvio justificante económico: la utilidad sólo puede ser apreciada si a los ingresos que obtenemos se restan los gastos en que incurrimos. Solo de esta forma se pueden apreciar los resultados reales de la actividad económica. Más aún, permite apreciar si nos encontramos ante la hipótesis de pérdida”¹⁰⁶.

De ello se deduce que, en línea de principio, existe el derecho al reembolso por los gastos realizados por el *accipiens indebiti*, los cuales serán deducidos al *solvens* de los frutos a los que tiene derecho.

No obstante, se debe tener presente que “evidente es que la *ratio* de la obligación de reembolso resida en una exigencia de tutela del *accipiens* que, al utilizar una cosa sobre la cual no tiene derecho, enfrenta un sacrificio económico y determina una ventaja para el *solvens*. Controvertido, sin embargo, es si el renvío a la disciplina posesoria constituya el índice de una asimilación general del *accipiens indebiti* al poseedor sin título o si, al contrario, sea el síntoma de la intención de limitar la equiparación con respecto a los reembolsos”¹⁰⁷.

Por ello, este derecho de reembolso, “más que expresar una asimilación entre *accipiens indebiti* y poseedor sin título, está dirigido esencialmente a remediar un empobrecimiento del *accipiens* frente a un enriquecimiento injustificado del *solvens*”¹⁰⁸. Considero, dado el marcado trato diferenciado que se da al tratamiento brindado por nuestro código civil al pago indebido, en atención al comportamiento del *accipiens indebiti*, que el derecho al reembolso precedería respecto del *accipiens* de buena fe; pero no al de mala fe. En efecto, no se debería recompensar, a quien con su conducta ha generado esta situación.

¹⁰⁶ Javier PAZOS HAYASHIDA, Cómputo de los frutos industriales o civiles, Comentario al art. 893 c.c., en *Código Civil Comentado*, Tomo V, Derechos Reales, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 68.

¹⁰⁷ Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., p. 448.

¹⁰⁸ Chiara PASQUINELLI, *La restituzione dei frutti*, cit., pp. 448-449.

9. *Enajenación del bien recibido como pago indebido*

En este supuesto, también nos encontramos con una diversidad de tratamiento no sólo de la buena o mala fe del *accipiens* que recibió el pago indebido, sino del tercero a quien le fue enajenado el bien. Asimismo, se tiene en cuenta si la transferencia ha sido a título gratuito u oneroso.

Respecto de la enajenación del bien recibido como pago indebido de **buena fe**, el art. 1272 c.c. precisa lo siguiente: “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 sólo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

En el escenario del primer párrafo, “resulta oportuno considerar que el tercero adquiere a *título derivativo* del *accipiens indebiti*, a su vez hecho titular de las *res* como consecuencia del pago indebido: ello parece confirmar que el carácter indebido en el supuesto de hecho del pago traslativo no sea obstáculo para la producción, aunque sea precaria, del efecto real”¹⁰⁹.

Sintetizando lo señalado en el artículo 1272 c.c., doctrina nacional elaboró la siguiente tabla¹¹⁰:

¹⁰⁹ Chiara ABATANGELO, *Intermediazione nel pagamento e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 98.

¹¹⁰ Luciano BARCHI VELAOCHAGA, “*Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal*”, cit., p. 87, quien afirma que “El hecho que el *accipiens* enajene el bien, no lo libera de la obligación de restituir los frutos y los intereses percibidos conforme lo previsto en el artículo 1271” (*cit.*).

	ACCIPIENS	TERCERO	TÍTULO	CONSECUENCIAS
1	Buena fe	Buena fe	Oneroso	El <i>accipiens</i> restituye el precio del bien o cede la acción para hacerlo efectivo.
2	Buena fe	Buena fe	Gratuito	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.

Con referencia a la enajenación del bien recibido como pago indebido de **mala fe**, el art. 1270 c.c. precisa lo siguiente: “Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios. Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, sólo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe”.

Sintetizando lo señalado en el artículo 1270 la doctrina que vengo siguiendo propone la siguiente tabla¹¹¹:

¹¹¹ Luciano BARCHI VELAOCHAGA, “*Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal*”, cit., p. 90, quien afirma que “El hecho que el *accipiens* enajene el bien, no lo libera de la obligación de restituir los frutos percibidos y de pagar el interés legal conforme lo previsto en el artículo 1269” (*cit.*).

ACCIPIENS		TERCERO	TÍTULO	CONSECUENCIAS
Mala fe	Buena fe	Oneroso		1) El <i>accipiens</i> restituye el valor del bien. 2) El <i>accipiens</i> paga la indemnización.
Mala fe	Buena fe	Gratuito		1) El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2) El <i>accipiens</i> paga la indemnización.
Mala Fe	Mala fe	Oneroso		1) El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2) La indemnización es debida solidariamente por el <i>accipiens</i> y el tercero.
Mala fe	Mala fe	Gratuito		1) El tercero restituye el bien. 2) La indemnización es debida solidariamente por el <i>accipiens</i> y por el tercero.

Se precisa (a propósito del modelo legislativo italiano; pero que es perfectamente aplicable al nuestro) que “todas las obligaciones previstas en las diversas hipótesis, aun en caso de mala fe del *accipiens*, son obligaciones de carácter restitutorio de las cuales se deduce claramente que el legislador, frente a la adquisición a *non domino* del tercero, ha procedido según la lógica de la restitución del enriquecimiento, es decir, ha encuadrado la atención a la correlación entre lesión del derecho del *solvens* bajo el perfil del poder de disposición y enriquecimiento derivado de la alienación del bien. En la norma, en efecto, el fenómeno resulta considerado desde el punto de vista de los efectos económicos que de la adquisición a *non domino* se propagan en las esferas patrimoniales de los sujetos que han formado el “título idóneo para la adquisición” procurando un enriquecimiento que debe ser restituido al *solvens*: en el caso de onerosidad de la alienación, objeto de la restitución es la contraprestación, que es el común denominador de la disciplina de la alienación a título oneroso sea de buena o de mala fe; en el caso de gratuidad de título, es la misma cosa *in natura* que debe ser restituida”¹¹². Debe tenerse presente que el modelo legislativo italiano está diseñado en atención a la buena

¹¹² Andrea NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 89.

o mala fe del *accipiens* que hace la disposición del bien, y no hace referencia explícita a la buena o mala fe del tercero adquirente (como si lo hace el modelo legislativo nacional).

10. *El plazo prescriptorio y ley aplicable de acuerdo al Derecho Internacional Privado*

Como ya se mencionó, el art. 1274 c.c. da un plazo prescriptorio de cinco años. En línea de principio, el término se inicia a contar desde el día en el cual la prestación no debida se realiza. Sin embargo, “la individualización del *dies a quo*, en algunas hipótesis, resulta controvertido”¹¹³.

El art. 2098 c.c. establece como ley aplicable la “del lugar en el cual se llevó (...) a cabo el hecho originario de la obligación”. El texto completo recita lo siguiente: “Las obligaciones que nacen por mandato de la ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación” (el subrayado es mío).

En la exposición de motivos se señala que “respecto al pago indebido, el “hecho originario” de la obligación de restituir consiste en el pago de lo que no se debía. Por tanto, el lugar del pago inicial determina la ley aplicable a la obligación de restituir”¹¹⁴. En este sentido, se afirma que “no hay duda que el hecho originario de la obligación fue el pago equivocadamente efectuado. La ley del lugar donde se realizó este último será, por tanto, la aplicable”¹¹⁵.

11. *Los casos en la jurisprudencia nacional*

Por el cobro de un título valor (al parecer inexistente) efectuado por una institución financiera a su favor, la empresa deudora afectada interpone demanda, entre otras, con las siguientes pretensiones: **a)** Se ordene al Banco Continental - Sucursal Puno la restitución a la empresa actora de la suma de sesenta y cinco mil setecientos treinta y seis dólares americanos con treinta y tres centavos (US\$.65,736.33); **b)** El pago de los intereses

¹¹³ Elena BARGELLI, *Introduzione*, cit., p. 35.

¹¹⁴ Delia REVOREDO DE DEBAKEY, *Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado*, de *Código Civil VI, Exposición de Motivos y Comentarios*, cit., p. 1017.

¹¹⁵ Federico MESINAS MONTERO, *Obligaciones originadas por la ley y otras fuentes*, Comentario al art. 2098 c.c., en *Código Civil Comentado*, Tomo X, *Responsabilidad Extracontractual. Prescripción y Caducidad, Registros Públicos. Derecho Internacional Privado. Título Final*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 872.

comerciales respectivos ascendente a la suma de treinta mil ochocientos cuarenta y dos dólares americanos con veintisiete centavos (US\$.30,842.27); y **c)** El pago por la suma de quince mil dólares americanos (US\$.15,000.00) por los daños y perjuicios irrogados a la empresa actora. El banco alega, entre otros aspectos, que obró de buena fe y, en atención al art. 1268 c.c., no tiene la obligación de restituir cantidad alguna. No obstante ambas instancias declaran fundadas las pretensiones de restitución y (parcialmente) la de indemnización, **la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, mediante resolución del 31.08.15 (Cas. No. 3027-2014 Puno)**, amparó el recurso de casación interpuesto por el banco y declaró nula la sentencia de vista e insubsistente la resolución de primera instancia por se afectan “las garantías del debido proceso y de motivación de las resoluciones judiciales, principios consagrados en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú”. Igual destino tiene el caso de una viuda demandada por la Oficina de Normalización Previsional – ONP, debido a que percibía pensión de jubilación y viudez con dos números de cuenta distintos, lo cual generó un cobro indebido, que también fue resuelto por **la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, mediante resolución del 14.03.16 (Cas. No. 1418-2015 Arequipa)**.

Frente a un caso de un funcionario público que recibió doble pago por parte del Estado y que fuera demandado por la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de La Libertad, invocándose el art. 1267 c.c., **la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, mediante resolución del 13.07.16 (Cas. No. 582-2015 La Libertad)**, casó la sentencia de vista (que declaró infundada la pretensión de restitución de pago indebido que se planteó, por cuanto -según ese órgano colegiado- no se probó el error de hecho o derecho a que hace referencia el art. 1267 c.c.), en atención a lo siguiente: “**SÉTIMO.** No obstante, el Colegiado Superior no ha explicado de manera adecuada y previamente a la conclusión a la que ha arribado, cómo asume el error de hecho o de derecho a la luz de lo previsto en el artículo 1267 del Código Civil, puesto que la conceptualización aislada del texto íntegro de la citada norma a la que ha hecho alusión respecto al “error” resulta insuficiente, habida cuenta que dicho dispositivo legal vincula el aludido error de hecho o de derecho a la entrega de algún bien o cantidad en pago a determinada persona, desplazamiento pecuniario que no ha sido negado por el codemandado Hubert Arnaldo Vergara Díaz en su recurso de apelación

de fojas mil treinta y ocho, al sostener que percibía simultáneamente honorarios del ex Consejo Transitorio de Administración Regional - CTAR así como del Programa de Naciones Unidas – PNUD durante un mismo periodo como ex Presidente del ex CTAR - La Libertad, lo cual ha sido calificado como indebido por el impugnante a través de su escrito de demanda no solo en atención a lo dispuesto en el artículo 139 del Decreto Supremo número 005-90-PCM – Reglamento de la Ley de la Carrera Administrativa, sino además a las conclusiones que se han plasmado en el Informe Especial número 001-2003-02-4664, las mismas que no han merecido un análisis concienzudo.

OCTAVO. Consecuentemente, al haberse omitido examinar una serie de aspectos que resultan determinantes para la solución de la *litis*, es evidente que lo resuelto por el Colegiado de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, no se ciñó a la garantía del debido proceso, así como de la motivación adecuada de las resoluciones judiciales prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; norma concordante con el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, vicio de orden procesal que genera en este Supremo Tribunal, la convicción de que el acto materia de impugnación debe ser renovado al haber incurrido en causal de nulidad insubsanable prevista en el artículo 171 del Código Procesal Civil, careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre los demás cargos denunciados a través del presente recurso”.

Resulta importante tener presente la orientación de los tribunales administrativos italianos (que resultaría plenamente aplicable en nuestra experiencia jurídica), a saber: “el acto de recuperación por parte de la Administración Pública es un acto debido porque se encuentra fundado en un verdadero y propio derecho subjetivo patrimonial no susceptible de renuncia, estando los bienes de los cuales ésta dispone, por su naturaleza, dirigidos a la obtención de los fines institucionales de interés general. Por tanto, en el procedimiento de recuperación es suficiente que la administración indique simplemente las razones por las cuales el destinatario no tiene derecho a retener lo que ha recibido”¹¹⁶. Por otro lado, “la buena fe del *accipiens* no vale, de ninguna manera, para bloquear la pretensión restitutoria, así como la circunstancia que éste haya destinado el dinero a la satisfacción de necesidades primarias o que haya transcurrido un largo período de tiempo entre el pago y el pedido de

¹¹⁶ Federico AZZARRI, *La non doverosità. I gruppi di casi, en Ripetizione d'indebito, cit.*, p. 198.

restitución. Sin embargo, prosigue la jurisprudencia administrativa, dichos aspectos pueden incidir sobre el *quomodo* de la actuación del derecho, graduando las modalidades de recuperación a través de la concesión de dilaciones o fraccionamiento de los pagos¹¹⁷.

Se recordará que, de acuerdo al art. 1273 c.c., la regla general es que el *onus probandi* del error pesa sobre quien efectuó el pago indebido, como en este caso; pero, si quien recibió el pago indebido lo niega y el *solvens* demuestra el pago, este último queda relevado de toda prueba respecto del error. De la lectura de esta decisión, el pago no ha sido negado por el demandado; pero alegó que no era indebido.

A propósito de un reclamo realizado por una empresa contra una entidad prestadora del servicio de energía eléctrica y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN, antes OSINERG), **la Corte Suprema de la República ha realizado un pronunciamiento interesante**. La empresa demandante afirmó que pagó en exceso los servicios eléctricos prestados desde el año 1995 al año 2003 y, en consecuencia, exigió la restitución. La empresa demandante interpuso demanda en el año 2004. En instancia administrativa, OSINERGMIN, mediante Resolución N° 0613-2015-OS/JARU-SC, determinó que solo corresponde la restitución de lo pagado excesivamente desde el año 1999, pues los periodos anteriores prescribieron en atención al plazo de cinco años previsto por el artículo 1274 c.c. **La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante resolución del 28.04.15 (Cas. No. 7458-2013-Lima)**, señaló que: “al no existir una norma que regule de manera expresa el plazo de prescripción aplicable al caso del pago en exceso (supuesto de hecho distinto al pago indebido regulado en el artículo 1267 del Código Civil); se debe aplicar el plazo de prescripción de diez años, regulado por el artículo 2001 inciso 1 del Código Civil”.

En conclusión, la Corte Suprema crea una distinción artificial (y equivocada) entre el pago en exceso del pago indebido, cuando en realidad el primero forma parte del último.

Temo que esta distinción se tomó de la regulación del pago indebido en materia tributaria (y de una mala interpretación del mismo). El artículo 189 del Código Tributario establece: “Los contribuyentes o los responsables podrán reclamar la restitución de lo pagado indebidamente por tributos, intereses y sanciones mediante demanda de repetición, la

¹¹⁷ Federico AZZARRI, *La non doverosità. I gruppi di casi*, cit., pp. 198-199.

demanda se notificará a todos los interesados a fin de que comparezcan a hacer uso de los derechos de que se crean asistidos”.

El artículo 38 del Código Tributario hace alusión al pago indebido “o” al pago en exceso. Sin embargo, la jurisprudencia recurre al Derecho Civil. Así, **la R.T.F. N° 0650-5-2001** señala lo siguiente: “(...) toda persona que considere que ha efectuado un pago indebido o en exceso, tiene derecho a solicitar su devolución, así lo dispone el artículo 1267 del Código Civil (norma aplicable por disposición de la Norma IX del Título Preliminar del Código Tributario) cuando establece que, si alguien entrega a otro, por error de hecho o de derecho, un bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió (...)”.

Considero que la legislación tributaria, si bien hace mención, al pago indebido “o” en exceso, no deben ser entendidos como de “naturaleza jurídica distinta”¹¹⁸, ello, por el simple motivo que el pago en exceso es un tipo especial de pago indebido. Téngase en cuenta además que el mismo Código Tributario les da los mismos efectos jurídicos, plazo prescriptorio inclusive.

12. Conclusiones

a) El pago indebido consiste en la ejecución de una prestación que no se debe. b) Si se ha configurado un pago indebido, le asiste al *solvens* (quien ejecutó el pago) el derecho a la repetición o restitución de lo pagado en cabeza del *accipiens* (quien recibió el pago indebido). c) El pago indebido debió ser tratado junto a las restantes fuentes de obligaciones, como una sección autónoma. d) Por razones didácticas, es posible reconstruir en el ordenamiento jurídico nacional la clasificación de pago indebido objetivo y subjetivo. Es objetivo cuando la prestación que se ejecuta es sobre la base de un título inexistente, inválido o ineficaz. Es subjetivo cuando el que cumple ejecuta una prestación por error. e) El ordenamiento jurídico nacional solo regula expresamente el pago indebido subjetivo. En el supuesto del pago indebido objetivo, la prestación que da origen a la restitución resulta indevida *ex post* a su ejecución: por ello, no cabe determinar -en línea de principio- la buena o mala fe del *accipiens*. En consecuencia, no resulta aplicable lo regulado en los arts. 1268 a 1276 c.c. f) La tutela

¹¹⁸ Así, Carmen ROBLES MORENO y Pablo HUAPAYA GARRIAZO, *Apuntes sobre la naturaleza de los pagos indebidos y los pagos en exceso. Una necesaria revisión de su regulación en el Código Tributario*, en *Derecho & Sociedad*, No. 33, Asociación Civil Derecho & Sociedad, Lima, 2009, p. 61.

resarcitoria es diferente a la tutela restitutoria y no deben sobreponerse. Con el remedio resarcitorio se reacciona contra el daño producido. Por otro lado, con el remedio restitutorio no se tiene en cuenta el daño sino la sola alteración ilegítima o injustificada de una situación de hecho y/o de derecho. g) Pese a que pueden señalarse importantes diferencias entre el pago indebido y el enriquecimiento sin causa, al ser ambas figuras remedios restitutorios, bien han podido ser reguladas unificadamente. h) Con la finalidad de evitar una aplicación impredecible, urge uniformizar la regulación de los supuestos de tutela restitutoria.

Abstract

The author develops *solutio indebiti* as an autonomous source of obligations. He analyzes undue payment, as well as the right of recourse and to whom this right is entitled. Likewise, he elaborates the cases of the different objects of restitution, identifies diverse undue payment scenarios, and argues why this should have been treated together with the other sources of the obligations as an independent section. Furthermore, the author analyzes the differences between compensatory and restitutory protection, pointing out that they must not overlap. Later, he exposes the dissimilarities between undue payment and unjust enrichment, both being restitutory remedies that could have been regulated in a unified manner. For didactic reasons, the author distinguishes between objective and subjective undue payment, concluding that in the national legal system only the subjective one is expressly regulated. Finally, the author presents a jurisprudential analysis that includes national judgments and references to decisions of Italian expertise.

Abstract

El autor desarrolla la *solutio indebiti* como una fuente autónoma de obligaciones. Analiza el pago indebido, así como el derecho de repetición y a quién le asiste este derecho. Asimismo, desarrolla los casos de los diferentes objetos de la restitución, individualiza distintos escenarios de pago indebido y sostiene por qué el pago indebido debió ser tratado junto a las restantes fuentes de las obligaciones como una sección autónoma.

Adicionalmente, el autor analiza las diferencias entre la tutela resarcitoria y restitutoria, señalando que no deben sobreponerse. Luego, señala las diferencias entre el pago indebido y el enriquecimiento sin causa, siendo ambos remedios restitutorios que hubieran podido ser regulados unificadamente. Por razones didácticas, distingue entre pago indebido objetivo y subjetivo, concluyendo que en el ordenamiento jurídico nacional solo se regula expresamente el pago indebido subjetivo. Finalmente, el autor realiza un análisis jurisprudencial que incluye sentencias nacionales y referencias a pronunciamientos de la experiencia italiana.

Lima, settembre 2021.