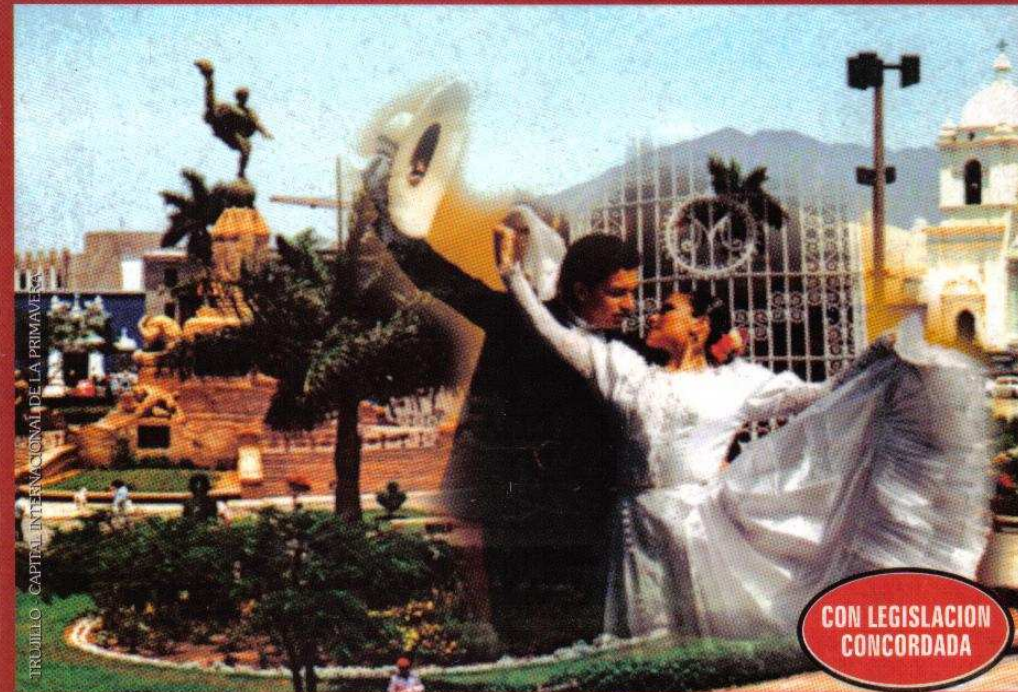


Normas Legales

LEGISLACION, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

TOMO N° 295

DICIEMBRE 2000



TRUJILLO - CAPITAL INTERNACIONAL DE LA PRIMAVERA

CON LEGISLACION
CONCORDADA

Colaboración Especial de la
SECCION DOCTRINA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATOLICA DEL PERU
Facultad de Derecho



NORMAS IMPORTANTES

• LEY DE INTERPRETACION DEL ART. 115 DE LA CONSTITUCION • LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PUBLICO PARA EL 2001 • LEY QUE MODIFICA LA LEY ORGANICA DE ELECCIONES • LEYES DE MEDIDAS ESPECIALES PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION

JURISPRUDENCIA

• CONSTITUCIONAL • CIVIL • PROCESAL CIVIL • PENAL • LABORAL • ADMINISTRATIVA
JURISPRUDENCIA COMENTADA: ¿ PUEDE CUESTIONARSE UN LAUDO ARBITRAL VIA ACCION DE AMPARO?

DOCTRINA

• CONCILIACION Y CAPACITACION DE CONCILIADORES EN EL PERU • EL AMPARO CONTRA NORMAS LEGALES Y EL CONTROL DIFUSO • REIVINDICACION DE BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA CONVIVENCIA
• LA CESION DE CREDITOS • SEXUALIDAD Y DELITO: LAS VICTIMAS DE LOS DELITOS SEXUALES

ACTIVIDAD JURIDICA

• TEMAS DE DERECHO GENETICO • **NORMA ACTUALIZADA:** • MODIFICACIONES AL TUO DE LA LEY DE NORMAS GENERALES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS
COMPENDIO JURIDICO SUMILLADO: • LEGISLACION ELECTORAL
NORMA HISTORICA: • NORMAS REGLAMENTARIAS AL IMPUESTO DE AL CABALA
• AGENDA LEGAL • TIPO DE CAMBIO DEL DOLAR • NOMBRAMIENTO DE FUNCIONARIOS

EL PAGO INDEBIDO (naturaleza jurídica de una figura controvertida)

DANIEL ECHAIZ MORENO^(*)

Sumario: 1. Introducción.- 2. El pago indebido y el mutuo.- 3. El pago indebido y las *condiciones*.- 4. El pago indebido y el cuasi-contrato.- 5. El pago indebido y el enriquecimiento sin causa.- 6. El pago indebido y la gestión de negocios.- 7. El pago indebido y los efectos de las obligaciones.- 8. Real naturaleza jurídica del pago indebido.- 9. Corolario.

1. INTRODUCCION

Sabido es que el Derecho configura una ciencia mimetizada, puesto que sus instituciones se encuentran en constante cambio evolutivo, a efectos de armonizar con las emergentes situaciones coyunturales, debido ello a que el Derecho es, precisamente, un producto social que existe básicamente para regular la vida en sociedad. El tiempo es, en suma un gran condicionante que afecta los conceptos jurídicos.

Todo esto nos sirve de marco para entender la permanente transformación de la que ha sido objeto la naturaleza jurídica del pago indebido. En efecto, se le ha conside-

rado desde un "mutuo" hasta una "gestión de negocios", pasando por las "*condiciones*", el "cuasi-contrato" y el "enriquecimiento sin causa"; es más, el Código Civil peruano lo enmarca dentro de los "efectos de las obligaciones" y, actualmente, está proponiéndose que, en realidad, constituye una "fuente de las obligaciones".

2. EL PAGO INDEBIDO Y EL MUTUO

El mutuo se erige como una de las primeras iniciativas que surge dentro del Derecho Romano para establecer la mencionada naturaleza jurídica del pago indebido. Se entendía que "... cuando el pago de lo

(*) Abogado por la Universidad de Lima, Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Asistente de Cátedra en la Maestría en Administración de Negocios de la Universidad de Lima, expositor en eventos académicos y autor de diversos artículos sobre Derecho Empresarial y Derecho Genético publicados en revistas jurídicas y diarios peruanos.

indebido tenía lugar mediante la entrega de una suma de dinero, el efecto era semejante al del mutuo...¹ y de ahí que antiguos juriconsultos denominaran a dicho pago indebido como *promutuum*².

Es fácil deducir por qué el pago indebido era equiparado al mutuo. En términos muy simples, por el mutuo se prestan bienes o dinero que, luego serán recuperados (entiéndase: restituidos o repetidos) a través de otros bienes o dinero equivalentes; por el pago indebido se entregan bienes o dinero (lo cual, para efectos de lo explicado, instituiría una especie de préstamo) que, posteriormente, serán igualmente recuperados, puesto que la restitución es la consecuencia lógica que deviene del pago indebido. Es decir, en ambos casos (mutuo y pago indebido) se "da algo" para ser, después, "recuperado".

No obstante, la visión comparativa explicada presenta deficiencias, lo que ha acarreado severas críticas. Quizá la más importante es formulada por la compendiosa Enciclopedia Espasa-Calpe, la cual revela que aquella comparación "... sólo es admisible, cuando lo pagado indebidamente es una cantidad de cosas fungibles, pero no en los pagos indebidos de cosas no fungibles y de créditos, pues el mutuo no podría versar sobre ellos"³.

Esto último se comprende fácilmente, en tanto la figura del mutuo resulta ser un poco limitada, ya que se construye a dinero o bien consumible, mientras que el pago indebido va más allá, existiendo la posibilidad de entregar (por ejemplo) un bien no consumible como un automóvil o una casa.

3. EL PAGO INDEBIDO Y LAS CONDICIONES

Abandonando las ideas identificativas del pago indebido con el mutuo, aparece

en el propio Derecho Romano la noción de la *condictio*.

Sucede que, dentro del pensamiento romanista, lo que se debía buscar al efectuarse un pago indebido era la restitución de aquel, ya que "nadie debe enriquecerse (*sic*) con perjuicio de otro, sin causa legítima para ello"⁴. Es de esta forma cómo emerge la *condictio* en sus distintas variantes: (i) *condictio indebiti*, (ii) *condictio sine causa*, (iii) *condictio causa data causa non secuta* y (iv) *condictio ob turpem vel injustam causam*.

Entre aquellas cuatro clases de *condictio*, la que mayor trascendencia alcanzó fue la *condictio indebiti*, la misma que constituía la acción recuperatoria de la cual se disponía para exigir la restitución de lo indebidamente pagado y que mereció ser incluida por el ordenamiento jurídico francés con prescindencia de las otras.

Resulta necesario efectuar dos precisiones. Por un lado, especificar que la *condictio indebiti* romana tenía por efecto principal el constreñir al *accipiens* a restablecer las cosas al estado que tenían antes de verificarse aquel pago indebido, en la medida de lo posible. Y, por otro lado, anotar lo expresado por el maestro José León Barandiarán, en el sentido que "... la *condictio indebiti* comporta un caso de obligación legal, en cuanto la ley que no hay en el que recibió el pago causa *retentionis*..."⁵.

4. EL PAGO INDEBIDO Y EL CUASI-CONTRATO

Durante mucho tiempo, el cuasi-contrato fue tema de gran atención por parte de la doctrina, generándose variadas posturas que trataban de definirlo. Y tanta sería su vigencia, que se optó por dar cabida al controvertido tema del pago indebido dentro de esta noción.

El jurista Robert Joseph Pothier expresa que "se llama cuasi-contrato el hecho de una persona, permitido por la ley, que lo obliga para con otra o que obliga a ésta a un favor de aquella, sin que, entre ambas intervenga convenio alguno" y, más adelante, añade que "en los contratos, el consentimiento de las partes contratantes es lo que produce la obligación [mientras que] en los cuasi-contratos, no interviene consentimiento alguno y es la ley sola o la equidad natural la que produce la obligación al hacer obligatorio el hecho de donde resulta. Es por esto que esos hechos son llamados cuasi-contratos, ya que sin ser contratos y menos delitos, producen obligaciones como los contratos"⁶.

Las ideas de este civilista son importantes porque sientan una de las primeras recepciones de los conceptos romanos, a tal magnitud que inspira el contenido normativo del Código de Napoleón. En efecto, el artículo 1371 de tal texto legal estipula que "los cuasi-contratos son hechos del hombre, puramente voluntarios, de los cuales resulta un compromiso de cualquiera (*sic*) clase para un tercero y; algunas veces, una obligación recíproca para ambas partes".

La regulación jurídica francesa fue transmitida a muchos otros cuerpos normativos, entre ellos el italiano de 1865 que sirvió de modelo para la dación de los correspondientes español y panameño. Ello se comprueba, por ejemplo, en el artículo 1887 del Código Civil de España cuando estipula: "[los cuasi-contratos son] los hechos lícitos y puramente voluntarios de los que resulta obligado su autor para con un tercero y una obligación recíproca entre los interesados"

Atendiendo a los planteamientos esbozados, se empieza a conceptualizar al pago indebido como "aquel cuasi-contrato por el cual quien pagó por error lo que no debía, tiene derecho a reclamarlo"⁷.

Por su parte, Francisco García Calderón, ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, adjudica como significado de pago indebido lo siguiente: "Un cuasi-contrato que consiste en que uno pague una cosa que no debe, creyéndose deudor de ella". Y, a continuación, explica: "Se le llama cuasi-contrato porque presupone que el acreedor recibió lo indebidamente pagado lo ha hecho con intención de devolverlo al que pagó y esta presunción de consentimiento establece la obligación del acreedor"⁸.

Finiquitando este acápite, cabe dejar claro que, aunque todavía existen algunos Códigos Civiles que sitúan al pago indebido dentro de los cuasi-contratos, ello es cada vez con menor frecuencia y, más bien, se abandona esta postura por otras pertenecientes a corrientes modernas.

5. EL PAGO INDEBIDO Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El enriquecimiento injusto⁹, enriquecimiento ilegítimo¹⁰, enriquecimiento indebido¹¹ o enriquecimiento sin causa¹² es equiparado al pago indebido teniendo como basamento que aquel concepto implica la inexistencia de fuente a la cual podría atribuirse el crecimiento patrimonial, por lo que tal aumento deviene en indebido.

Los partícipes en consignar al pago indebido circunscrito dentro del enriquecimiento sin causa lo hacen amparándose, precisamente, en los elementos constitutivos de éste; por consiguiente, es menester revisarlos.

(6) Citado por Azúa Reyes, Sergio. Teoría General de las Obligaciones. México, Editorial Porrúa, 1993, ps. 218 y 219.
 (7) Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa-Calpe, ob. cit. nota 2, p. 1506.
 (8) García-Calderón, Francisco. Diccionario de la Legislación Peruana. Lima, 1879, Tomo II, p. 1456.
 (9) Denominación utilizada por Emilio Betti y Manuel Albaladejo.
 (10) Denominación utilizada por Sergio Azúa Reyes.
 (11) Denominación utilizada por Pedro Flores Polo.
 (12) Denominación utilizada por Luis María Rezzónico, Guillermo Cabanellas de Torres, Luis Moissete de Espanés, Delia Revoredo Marsano y la doctrina mayoritaria.

(1) Pellissé Prats, Buenaventura. Nueva Enciclopedia Jurídica. Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1986, Tomo XVIII, p. 819.
 (2) Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana. Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1979, Tomo XL, p. 1506.
 (3) Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana, ob. cit. nota 2, p. 1506.
 (4) Rezzónico, Luis María. Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil según los Tratados de Salvat, Colmo, Lafaille, Machado y Busso. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1956, p. 461.
 (5) León Barandiarán, José. Tratado de Derecho Civil. Lima, WG Editor, febrero de 1992, Tomo III, Volumen II, p. 439.

Según la doctrina y la jurisprudencia francesas, dos son los elementos del enriquecimiento sin causa: (i) de hecho, conformado por la pérdida o desplazamiento a favor de un patrimonio, de un valor perteneciente a otro patrimonio; y (ii) de derecho, que abarca la no justificación jurídica de tal pérdida o desplazamiento de valor¹³. Asimismo, autores mexicanos manifiestan que cuatro son los elementos respectivos: (i) el enriquecimiento de una persona, (ii) el empobrecimiento de otra persona, (iii) la relación entre empobrecimiento y enriquecimiento y (iv) la ausencia de causa. En tono similar, el jurista Manuel Albaladejo indica tres elementos: (i) el incremento patrimonial, (ii) que tal incremento carezca de razón jurídica y (iii) que dicho incremento provoque un correlativo empobrecimiento de otro¹⁴.

Sin embargo, los opositores a estas ideas también cuentan con sus argumentos, siendo uno de los más fervientes sustentadores el argentino Guillermo Cabanellas de Torres, quien opina que "... tal enriquecimiento puede producirse, incluso, sin pago alguno y, precisamente, por la omisión del mismo"¹⁵. Graficando lo aducido, brinda el siguiente ejemplo: cuando no se remunerar las horas extras laborales, el empleador incurre en enriquecimiento sin causa, pero el empleado no podrá alegar pago indebido ya que no hubo desplazamiento patrimonial.

A pesar de lo dicho por el catedrático civilista Luis Moisset de Espanés (en el sentido que el enriquecimiento sin causa engloba al pago indebido) y por el tratadista Sergio Azúa Reyes (según el cual el enriquecimiento sin causa es el género y el pago indebido es la especie), somos de la opinión que ambas instituciones difieren entre sí, aunque de manera muy mínima (tanto aquí que suelen confundirse).

Además, en primer lugar, estimamos correcto lo manifestado por el ya citado Guillermo Cabanellas de Torres en la medida que el desplazamiento patrimonial es propio en el pago indebido, mientras que es supletorio en el enriquecimiento sin causa. Y, en segundo término, el enriquecimiento sin causa busca la indemnización, mientras que el pago indebido pretende la restitución, efectos que se deducen del artículo 1954 concordado con el artículo 1267, ambos del Código Civil peruano. Por estas razones, dichos conceptos deben ser tratados en forma separada, más aún cuando ése es el sentir en la legislación comparada para lo cual basta apreciar los ordenamientos jurídicos civiles de Alemania (artículos 821 y 822), Suiza (artículos 62 y 63), Italia (artículos 2033 a 2042) y Venezuela (artículos 1178 a 1184), entre otros.

6. EL PAGO INDEBIDO Y LA GESTIÓN DE NEGOCIOS

El problema de identificación entre el pago indebido y la gestión de negocios surgió a propósito de una noción doctrinaria apoyada inmediatamente por la casuística. En efecto, se argumentaba que la gestión de negocios podía devenir en un pago indebido y, para ilustrar ello, los defensores de esta tesis mencionaban el supuesto en que el dueño no indemniza al gestor por su labor realizada; en ese caso, aducían, habrá pago indebido.

Adscribiéndose a esta postura, ciertos textos legislativos antiguos (todavía vigentes) conciben a la gestión de negocios a la par del pago indebido dentro de los cuasi-contratos; tal es el caso, verbigracia, de los Códigos Civiles de Francia (artículos 1235 y 1376 a 1381), España (artículos 1895 a 1901) y Uruguay (artículos 1273 a 1279).

Respecto a la unificación conceptual señalada, estimamos que existe un craso error de apreciación, puesto que la gestión de negocios no se circunscribe dentro del marco del pago indebido, sino más bien dentro del enriquecimiento sin causa, en virtud de que no se ha efectuado desplazamiento patrimonial. Además de esto, el gestor actúa de manera consciente, mientras que en el pago indebido el sujeto actúa por error.

7. EL PAGO INDEBIDO Y LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

El vigente Código Civil peruano dedica el Libro VI a *Las Obligaciones* y, dentro de éste, subsume la Sección Segunda titulada *Efectos de las Obligaciones* que, a su vez, comprende al Título II referente al *Pago*, abarcando como Capítulo Séptimo al *Pago Indebido*, el cual engloba desde el artículo 1267 hasta el artículo 1276.

El establecimiento de esta figura al finalizar la regulación genérica del pago se remonta al anterior ordenamiento civil peruano de 1936, cuya Exposición de Motivos señalaba como justificativo la manifiesta afinidad existente entre el "pago indebido" y el "pago normal". En este orden de ideas, lo ubicó en los artículos 1280 a 1286, concluyendo el tratamiento del pago.

Debemos precisar que la expresión "pago indebido" constituye una denominación errónea a todas luces, pero que todavía se encuentra arraigada debido a que son pocos los que se atreven a cuestionar al tradicional *nomen juris*. Y es errónea en virtud de su palabra inicial: "pago", ya que no se produce ningún pago, en tanto ello supone la pre-existencia de una relación jurídica obligatoria, la cual precisamente no hay.

No obstante, el profesor José Alberto Garrone aduce "[colocar al pago indebido dentro del Título del pago] es un criterio defendible porque se está, indiscutiblemente, frente a un acto que es subjetivamente un pago"¹⁶. Por nuestra parte, discrepamos de este argumento.

Como última acotación a estas alturas es preciso indicar, siguiendo al jurista Luis Moisset de Espanés, que el *nomen juris* "pago indebido" proviene del utilizado por el Código Civil argentino en su Sección Primera, Título XVI, Capítulo VIII, "De lo dado en pago de lo que no se debe" (artículos 784 a 798).

8. REAL NATURALEZA JURIDICA EN EL PAGO INDEBIDO

A raíz de las críticas que han despertado la expresión "pago indebido", emergen nuevas denominaciones jurídicas para ser adjudicadas al instituto *sub-examine* y todas ellas descartan la posibilidad de emplear la palabra "pago".

En este orden de ideas, el Código Civil de España regula en su Libro Cuarto, Título XVI, Capítulo I, Sección Segunda lo atinente al "cobro de lo indebido". Asimismo, Carlos Cárdenas Quiros (quien fuera nuestro maestro universitario) propone el nombre "desplazamiento patrimonial indebido"¹⁷. Y el civilista peruano Luciano Barqui Velochaga utiliza la frase "atribución patrimonial indebida"¹⁸.

Entre estas frases, estimamos que la primera no solucióna la confusión conceptual, puesto que "cobro" supone también que pre-exista una relación jurídica obligatoria, mientras que las dos siguientes sí definen las características de la figura obligacional, siendo "desplazamiento patrimonial indebido" la que consideramos más

(13) Azúa Reyes, Sergio. Teoría General de las Obligaciones, ob. cit. nota 6, p. 169.

(14) Albaladejo, Manuel. Compendio de Derecho Civil. Barcelona, Librería Bosh, 1981, p. 281.

(15) Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1982, Tomo VI, p. 43.

(16) Garrone, José Alberto. Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1987, Tomo III, p. 23.

(17) Cárdenas Quiros, Carlos. "Modificaciones al Libro de Obligaciones del Código Civil Peruano". En: *Thémis. Revista de Derecho*. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, Segunda Epoca, N° 30, p. 147.

(18) Barqui Velochaga, Luciano. "Es el Derecho de Obligaciones un Derecho Neutral?". En: *Diez Años del Código Civil Peruano. Balances y Perspectivas*. Congreso Internacional. Lima, Universidad de Lima, 1995, Tomo II, p. 61.

acertada porque en ella resalta, precisamente, el "desplazamiento" producido.

Justamente por no ser pago resulta equívoco consignar el concepto estudiado como efecto de las obligaciones, cuando en rigor constituye una fuente de las obligaciones. Ahora bien, esta noción (aunque no ha sido acogida por la doctrina mayoritaria o la legislación extranjera y recién aflora) data de antiguo, puesto que el pago de lo indebido era ya fuente de obligaciones en el Derecho Clásico, lo que sucede es que se discutía su carácter de *contractus*¹⁹.

9. COROLARIO

Sucintamente, proponemos la siguiente conceptualización del instituto analizado, atendiendo a su real naturaleza jurídica y considerando la denominación que acogemos como correcta: "*Desplazamiento patrimonial indebido es el acto de nacimiento unilateral, por el cual se entrega algún bien o cantidad de dinero no debidos, que se realiza de hecho o de derecho y que constituye fuente de las obligaciones, en tanto genera (en principio) derecho a la restitución*".

(19) Betti, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1970, Tomo II, p. 36.