

Apuntes histórico-reconstructivos acerca de la pretendida contra- posición entre pago indebido «objetivo» y «subjetivo»

PRELIMINAR

Las páginas de nuestra REVISTA se ven hoy honradas con la presencia, *por vez primera en lengua española*, del joven y brillantísimo profesor italiano ENRICO MOSCATI (*). Nacido en Roma el 14 de junio de 1941, el joven MOSCATI obtiene, en 1964, la máxima calificación en su Tesis Doctoral, defendida en la Facultad de Jurisprudencia de su ciudad natal, pasando inmediatamente a ocupar el cargo de Profesor Auxiliar de Derecho Privado. Profesor Adjunto en 1970, pasa, al año siguiente, a la Universidad de Perugia, a la Facultad de Agraria. Llegamos a 1972: el joven ENRICO, dentro de la Universidad de Perugia, pasa a la Facultad de Economía y Comercio, Cátedra de Legislación Bancaria, y, al año siguiente, a la de Instituciones de Derecho Privado. El 1 de noviembre de 1974 marca el anhelado hito de su vida: Catedrático *stabilizzato* de esta asignatura en su amada Perugia.

No concluye aquí, ni mucho menos, el impresionante *curriculum* de MOSCATI. Porque, paralelamente a su extensa y profunda actividad docente (Derecho Privado, Derecho Agrario y Legislación Bancaria), nuestro ilustre huésped ha venido desarrollando, desde 1968 hasta el momento

* *Spunti storico-ricostruttivi sulla pretesa contrapposizione tra indebito oggettivo e soggettivo* (CEDAM, Padua, 1975, extracto de la *Rivista Di Diritto Civile*, páginas 314 a 336). Esta traducción ha sido expresamente autorizada, *precisamente en favor de esta Revista*, por la Editorial CEDAM, el 13 de septiembre de 1976.

presente, otra intensa y nobilísima actividad jurídica, a saber: la judicial. Y con no menor brillantez. Porque, desde su primer y modesto destino en Comacchio, llega en 1977 a la Pretura de Roma, para, inmediatamente, alcanzar uno de los mayores galardones que Magistrado alguno pueda soñar: Vocal del Tribunal Constitucional.

Una trayectoria profesional de esta envergadura, por fuerza ha de ir acompañada de una extensa e intensa bibliografía, y MOSCATI no podía ser una excepción. Colaborador de la *Rivista di Diritto Civile*, y redactor ordinario de la revista *Giurisprudenza Italiana*, ENRICO MOSCATI ha colaborado decisivamente en la confección del *Novissimo Digesto Italiano*: los epígrafes «Sello», «Gastos», «Tiempo» y «Vínculos de la disponibilidad» son íntegramente suyos. Como lo son, en la *Enciclopedia del Diritto*, los epígrafes «Indebido», «Flete» y «Obligaciones naturales». Suyo, en fin, será, Dios mediante, un extenso volumen en torno al «Pago de lo indebido», como parte integrante de los Comentarios al Codice de SCIALOJA y BRANCA.

Enriquecimiento injusto. Pago de lo indebido. He aquí dos temas eternos en la civilística. He aquí dos temas que la doctrina española (con las dos o tres gloriosas excepciones que todos sabemos) ha descuidado lamentablemente. He aquí dos temas en los que alemanes e italianos han volcado lo mejor de sus conocimientos. He aquí, en fin, dos temas en los que MOSCATI, nuestro invitado de hoy, ha entregado lo mejor de su *ego* jurídico, con el aditamento de su sobrio y elegantísimo estilo literario. El tema que hoy ofrecemos a la inquieta curiosidad del lector es, en cierto modo, un preludio a otros dos trabajos del mismo autor, estudios que, Dios mediante, verán la luz a través de esta Revista.

Creemos, con toda honradez, que esta primera lección de MOSCATI puede ser de enorme utilidad para todos nosotros, por más que sus coordenadas legislativas y doctrinales se hallen más allá de nuestras fronteras geográficas. Porque esta primera lección va a ser la *cellula mater* de otras dos, más cercanas en el tiempo y, sobre todo, en el espíritu que, más o menos soterradamente, late en el articulado de nuestro primer cuerpo legal... Pero guardemos silencio y oigamos a MOSCATI, que bien merece la pena. Una última advertencia, antes de ceder la palabra al joven profesor italiano: la «letra pequeña» que el lector encontrará en el texto, es aportación del traductor, así como las notas a pie de página que vayan precedidas por la letra T.

SUMARIO: *Premisas generales. La distinción entre las dos tradicionales categorías del pago de lo indebido. La exigencia del error por parte del solvens y el principio de la causalidad del pago. El proceso de «tipificación» de las condictiones. El problema de la cualificación del supuesto de hecho en caso de pago «no espontáneo» (continuación). La progresiva ampliación del área de incidencia de la conditio indebiti. El fundamento «objetivo» de la repetición del pago de lo indebido en el Derecho moderno. El artículo 2.933 como norma fundamental en el sistema de la conditio. La irrepetibilidad de la prestación como «sanción» al comportamiento culposo del solvens.*

PREMISAS GENERALES. LA DISTINCION ENTRE LAS DOS TRADICIONALES CATEGORIAS DE PAGO DE LO INDEBIDO. LA EXIGENCIA DEL ERROR POR PARTE DEL SOLVENS Y EL PRINCIPIO DE LA CAUSALIDAD DEL PAGO

Parte de la doctrina italiana entiende que el vigente Codice ha acentuado la contraposición entre las dos tradicionales categorías del pago de lo indebido (1). Las respectivas rúbricas de los artículos 2.033 (*indebito oggettivo*) y 2.036 (*indebito soggettivo*), añadidas a la diversa regulación de ambas figuras, parecerían manifestar la intención del legislador de reconocer, incluso en el plano formal, una distinción enraizada en la conciencia jurídica desde mucho tiempo atrás. Otros, por el contrario, en base a esos mismos textos legales, y tomando argumentos de la literatura jurídica menos reciente, afirman que en el ordenamiento jurídico italiano sigue existiendo multiplicidad de *condictiones*, de origen romanístico (2),

(1) En tal sentido, *vid.*, por todos, RESCIGNO, epígrafe «Repetición de lo indebido», *Noviss. Digesto*, XV, Turín, 1968, págs. 1223 y ss., especialmente la página 1227. Actualmente, BRECCIA (*La repetición de lo indebido*, Milán, 1974, página 14) hace suya esta tesis.

(2) Como veremos en el epígrafe siguiente, se hallaba muy extendida, en el derecho clásico, la costumbre de distinguir, terminológicamente, las diversas hipótesis de recurso a la *conditio*, aunque sin un significado técnico muy preciso. Encontramos, así, en las fuentes clásicas, junto a la *conditio indebiti*, que supuso el modelo de todas las demás, la *conditio ex causa furtiva*, concedida al robado frente al ladrón y sus herederos; la *conditio ob causa datorum* (que en el derecho justinianeo sería la *conditio causa data causa non secuta*), que contemplaba el caso de quien, habiendo cumplido una prestación con objeto de obtener una contraprestación futura, no lograra este último objetivo; la *conditio ob turpem vel iniustam causam*, en favor de quien hubiera efectuado un pago inmoral o ilegal. Tenemos, en fin, la *conditio sine causa* cuando el *solvens* hubiere pagado más de lo debido o cuando hubiere sobrevenido falta de *causa solvendi*. En la época justiniana asistimos a una ampliación del campo de la *conditio* a través de la introducción de nuevas figuras como la *conditio ex lege* y la *conditio generalis* (encaminada, esta última, a la restitución de cualquier prestación injustamente ejecutada en favor de otro). Pero, sobre todo, asistimos al proceso de transformación de la primitiva *conditio*, que, de ser una acción abstracta en el sistema formulario, se fracciona en una serie de acciones típicas de carácter causal, acercándose más y más al principio general de prohibición de enriquecerse a costa de otro (acerca de este punto véase, sin embargo, F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utiliz-*

referidas, cada uno de ellas, a casos específicos y con su propio fundamento autónomo (3).

Art. 2.033 (*Indebido objetivo*): El que ha llevado a cabo un pago no debido tiene derecho a repetir lo pagado. Tiene, igualmente, derecho a los frutos e intereses desde el día del pago si el que lo recibió obró de mala fe o, en caso contrario, desde el día de interposición de la demanda.

Art. 2.036 (*Indebido subjetivo*): El que ha pagado una deuda ajena, creyéndose deudor en base a un error excusable, puede repetir lo pagado, siempre que el acreedor no haya sido privado (*non si sià privato*), de buena fe, del título o de las garantías del crédito.

El que recibe lo indebido está asimismo obligado a restituir los frutos y los intereses desde el día del pago, si procedió de mala fe, o, en caso contrario, desde el día de presentación de la demanda.

Cuando la repetición no sea posible (*non è ammissa*), el que ha pagado se subroga en los derechos del acreedor. (T-1.)

La lectura del artículo 1.442, que habla de «acciones» de repetición, haciéndolas en cierto modo compatibles con la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, parecería confirmar la exactitud de este último plan-

zazione della dottrina di Gaio sulle «obligationes ex variis causarum figuris», en Bull. Istit. di dir. rom., LXXVI, págs. 171 y ss. GALLO, comparando el sistema romano y el moderno de las fuentes de las obligaciones, pone de relieve que, mientras que los ordenamientos vigentes suelen clasificar las fuentes, los romanos, por el contrario, hasta la época de GALLO, preferían examinar las obligaciones en base a sus respectivas causas. Ello permitía reconducir las obligaciones ex variis causarum figuris a las normas generales de las obligaciones surgidas de contrato o de delito. (Acerca de las fuentes de las obligaciones en Derecho romano y en los ordenamientos vigentes, vid. infra, nota 61.)

Sobre el tema de las *condictiones*, la literatura romanística es ciertamente amplia; en esta materia vamos a limitarnos a señalar, junto a algunas obras de carácter general (por ejemplo, las *Istituzioni di diritto romano* de BONFANTE, Turín, 1957; las de ARANGIO RUIZ, Nápoles, 1957; las de VOLTERRA, Roma, 1967), algunas obras concretas como la de SANFILIPPO: *Condictio indebiti: il fondamento della obbligazione da indebito*, Milán, 1943; ASTUTI, epígrafe «Enriquecimiento», en la *Enc. del dir.*, III, Milán, 1968; DI IORIO, epígrafe «Conditiones», en el *Nov. Dig. it.*, IV, Turín, 1959; en la doctrina extranjera, vid., por todos, VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlín, 1952, y SCHWARZ, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht*, Münster y Colonia, 1952.

(3) Así, por ejemplo, G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milán, 1970, pág. 244, que distigue sobre la base del art. 1.344 la *condictio sine causa de la ob iniustam vel turpem causam*, considerando que esta última es la sanción concretísima al negocio en fraude a la Ley. Una distinción parecida, pero esta vez entre la *indebiti* y la *ob turpem*, podemos hallarla en algún autor extranjero (cfr., por todos, DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, 3, París, págs. 193-194). En la doctrina alemana, no obstante los amplios términos en que se halla redactado el parágrafo 812 del BGB, propende a buscar pluralidad de *condictiones* todo un VON TUHR, en el tomo II, 2, de su Parte general (versión española de T. Ravá, Buenos Aires, 1948).

(T-1.) Los preceptos transcritos se hallan en el Libro IV (de las obligaciones), Título VII (del pago de lo indebido).

teamiento. El hecho de que se hable de «acciones», y no de «acción» de repetición, se explicaría, en tal caso, de la siguiente manera: siendo dos las categorías del pago indebido, y siendo distintos sus respectivos supuestos de hecho, dos y distintos han de ser los medios de tutela dispensados al *solvens* (4).

Art. 1.442 (*Prescripción*): Las acciones de nulidad prescriben a los cinco años.

Cuando la anulabilidad radique en vicio del consentimiento o en incapacidad legal, el término ha de contarse desde el día en que cesó la violencia, o fue descubierto el error o el dolo, o cesado el estado de interdicción o inhabilitación, o desde el día en que el menor haya alcanzado la mayoría de edad.

En los demás casos, el plazo se computará desde el día en que se concluyó el contrato.

La anulabilidad puede ser alegada por la parte demandada para la ejecución del contrato, por más que haya prescrito la acción para hacerla valer. (T-2.)

En realidad, el Derecho civil vigente no ha aportado, en esta materia, novedades sustanciales respecto al sistema del Codice de 1865 (5). En efecto: la distinción entre pago indebido objetivo y subjetivo siempre ha estado viva en la conciencia jurídica: ya fue formulada por la doctrina roma, en forma harto clara (6), y, no siendo desconocida al Derecho

(4) Tal es la opinión de MESSINEO, en *Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibile con essa*. (Riv. trim., 1966, págs. 1 y ss., especialmente la 6). Lo mismo, en *Il contratto in genere, perteneciente al Tratt. di dir. civ. e comm.*, a cargo de CICU y MESSINEO (Milán, 1972, vol. 2, pág. 378).

(T-2.) Este artículo se halla inmerso en el citado Libro IV, Título II (de los contratos en general), Capítulo XII (de la anulabilidad del contrato), Sección III (de las acciones de nulidad). Es de destacar, para el lector español, la enorme extensión del citado Título: nada menos que *ciento cuarenta y nueve artículos*, desde el 1.321 al 1.469.

(5) El legislador de 1942 se ha preocupado más de reordenar la materia, por exigencias de técnica jurídica, que de incidir de plano contra la trama de la *condictio*. En realidad, no se pueden considerar novedades, en sentido absoluto, ni la codificación del viejo brocardo *in pari causa turpitudinis...* (art. 2.035), ni siquiera la introducción de una norma como la del artículo 2.039, que limita la responsabilidad del *accipiens* incapaz a lo que haya redundado en su favor. Efectivamente, el principio de irrepetibilidad de la prestación con causa torpe ha sido acogido, con los límites que ya trazara la tradición romanística. Por su parte, el criterio del «favor» (*vantaggio*) no es nuevo en nuestra legislación, pues a él hacían relación los artículos 1.243, 1.307 y 1.842 del viejo Codice, y que corresponden a los actuales 1.190, 1.443 y 1.769.

(6) En tal sentido, recordemos el conocido fragmento de PAULO (*Digesto*, XII, 6, 65 ap. 9): «*indebitum non est tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debebat, solvat*».

común (7), fue acogida, sobre el modelo de los artículos 1.376 y 1.377 del Code (8), por el legislador de 1865, aunque con una sistematización de la materia que no acabó de satisfacer plenamente a los autores de la época.

Code, art. 1.376: El que, por error o conscientemente, recibe algo que no le es debido, queda obligado a restituirlo a aquel de quien lo ha recibido indebidamente.

Idem, art. 1.377: Cuando una persona que, por error, se creía deudora, ha pagado una deuda, tiene derecho a repetir contra el acreedor.

No obstante, este derecho se extingue (*cesse*) si el acreedor ha suprimido su título como consecuencia del pago, quedando a salvo el recurso del que ha pagado contra el verdadero deudor. (T-3.)

Ello no obstante, y aunque en el viejo Codice no se mencionasen expresamente las dos figuras (indebido por razón del objeto o del sujeto), la opinión más extendida era la de que los artículos 1.237-1 y 1.145-1.146 delineaban, en cierto modo, los requisitos típicos de una y otra. En definitiva: el vigente Código se ha limitado a tipificar las dos hipótesis, utilizando una terminología ya arraigada en el lenguaje de la doctrina y de la jurisprudencia (9). Bajo este aspecto, los artículos 2.033 y 2.036 del vigente Código pueden ser considerados como el punto final de una ininterrumpida evolución, que tiene lugar en el marco de una tradición secular en nuestra historia jurídica.

Al propio tiempo, es de advertir que el Código de 1942 no ha conseguido deshacer el equívoco formado en torno a la trascendencia del error por parte del *solvens*, obstáculo principal a la hora de reconstruir la institución del pago indebido. El antiguo artículo 1.146, apartado 1, tenía en cuenta ese error, pero no quedaba claro si se trataba de un requisito de carácter general, o si se refería al caso concreto de error *ex persona debitoris*.

(7) Vid., por todos, POTHIER (*Traité de l'action condictio indebiti*, en sus obras, Bruselas, tomo III, pág. 70), y DUMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, versión italiana de ALOY, Nápoles, 1839, II, pág. 275).

(8) Vid., al respecto, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni* (Florenia, 1909, página 70). Es de notar que, según la vieja doctrina francesa, hubiera resultado más oportuno juntar las dos normas en una sola, toda vez que la separación de posiciones entre el *solvens* y el *accipiens* no ayuda, ciertamente, a la reconstrucción del supuesto de hecho. Cfr., al respecto, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, y COLMET DE SANTERRE (cuyas obras son todas anteriores a 1908).

(T-3.) He aquí dos preceptos incardinados en el Libro III (de las diferentes maneras de adquirir la propiedad), Título IV (de los vínculos que se contraen sin previa convención), Capítulo I (de los cuasi contratos).

(9) Vid., al respecto, CARNELUTTI, *Prova dell'errore per la ripetizione dell'indebito*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, págs. 81 y ss., especialmente pág. 83.

(Si no interpreto mal el pensamiento de MOSCATI, creo que el autor alude a dos casos perfectamente diferenciables: a) el pago, por error, del que jamás deudor fue; b) el pago, igualmente erróneo, del que fue deudor y, por el motivo que sea, ya no lo es.)

Con anterioridad, no pocos autores, y la misma jurisprudencia, habían afirmado, hasta el momento de la nueva codificación, que los artículos 1.145 a 1.150 se referían a la *condictio indebiti* en sentido estricto, en tanto que el artículo 1.237-1 regulaba la hipótesis, más genérica, de la *condictio sine causa* (10). Ciertamente, no faltaban argumentos: según el artículo 1.237-1, la repetibilidad de la prestación se conectaba, bien a la falta (inicial o sobrevenida), o a la ilicitud de la *causa solvendi*, situando el error del *solvens* en otras distintas hipótesis (11). Esta pretendida heterogeneidad entre dos grupos de normas que, en buena lógica, tendrían que haber constituido la trama básica de la institución, quedó agudizada por razón de su diferente emplazamiento dentro del primitivo Códice: De una parte, los artículos 1.145 a 1.150 en la sección de los cuasicontratos. De otra, el artículo 1.237, dentro de la rúbrica «del pago en general». Partiendo de estas premisas, y de otros argumentos de carácter histórico, se llega a la conclusión de que las dos figuras (indebido por razón del sujeto o del objeto) no tienen un fundamento unitario, de la misma manera que no es posible formular una teoría general de las *condictiones* en el Derecho romano (12).

En cualquier caso, el solo argumento histórico no parece suficiente punto de apoyo para una tesis de Derecho positivo, tanto más cuanto que la solución negativa es cualquier cosa antes que pacífica, dentro de la propia literatura jurídica romanística (13). Por lo demás, el pretendido

(10) En tal sentido, vid., entre otros, RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, versión española de R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz, Madrid, ed. Reus, 1931, tomo II, págs. 630 y ss.; BIGIARI, *La rivendicazione del venditore*, Padua, 1935, página 82 en nota; NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, y otros muchos autores anteriores.

(11) Casación, 16 marzo 1943.

(12) De todas formas, éste es uno de los aspectos más controvertidos de la *condictio* en Derecho romano (vid., al respecto, la nota siguiente). SANFILIPPO, *obra citada*, págs. 13 y 14, se inclina decididamente por la tesis negativa; las distintas categorías de *condictio* no podrían reconducirse hacia una hipótesis unitaria, por cuanto el fundamento era, en cada caso, radicalmente distinto, dependiendo de la causa del *dare oportere* concreto. La característica común a todos los casos, es decir: el *dare oportet* de un *certum* no sirve para justificar una función común, ya que es una característica absolutamente extrínseca. SANFILIPPO se opone, especialmente, a la tendencia, muy extendida en la doctrina extranjera (vid. nota a pie de pág. 14 de su citada obra), que reconoce el fundamento unitario de las *condictiones* en la función de ser instrumento de reacción contra el enriquecimiento injustificado o como sustitutivo de la *rei vindicatio*.

(13) Sostienen, entre otros, la tesis de una función general de las *condictiones*, al menos en el derecho clásico, DONATUTI, *Le «causae» delle «condictiones»*, en *Studi Parmensi*, págs. 33 y ss., especialmente 59 y 60; SOLAZZI, *Le «condictiones» e l'errore*, en *Scritti di diritto romano*, Nápoles, 1972, págs. 3 y ss. Con

fundamento *no unitario* (T-4) de las *condictiones* no implica, necesariamente, que se deba llegar a idénticas conclusiones en materia de repetición de lo indebidamente pagado. Antes al contrario: la investigación histórica revela un aspecto de la evolución de la *condictio* casi totalmente ignorado: en el transcurso de los siglos se ha ido modificando, progresivamente, su primigenia función (14). Así, las diferencias estructurales entre las dos figuras del pago indebido (objetivo y subjetivo), no serían tan graves como para impedir la formulación de un principio general, tesis, esta última, que sostenían cuantos, al amparo del antiguo Código, negaban la existencia de una sustancial diversidad de fundamento en la repetición en las dos hipótesis (15). Lo cierto y comprobado es que la perplejidad de la doctrina menos reciente ha dejado en la sombra un problema distinto y mucho más complejo: la exigencia de reconocer, legalmente, un instrumento de carácter general, que permita actuar *contra todo tipo de desplazamientos patrimoniales injustificados* (T-5). Así las cosas, no parece casual la afirmación de los autores de la época, según los cuales, la normativa del pago indebido representaría, junto a la normativa de las expensas y las accesiones, una de las manifestaciones más significativas de la prohibición de enriquecerse a costa ajena (16), institución ésta aún no codificada (T-6).

menos decisión, ARCHI, *Variazioni in tema di «indebiti solutio»*, en *Estudios en honor de Arangio-Ruiz*, III, Nápoles, 1953, págs. 335 y ss. Por el contrario, ASTUTI, *obra citada*, pág. 58, y BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Turín, 1964, página 587, sostienen decididamente que sólo en la época justiniana se llega a una función unitaria de las *condictiones*, a través de la *elaboración de una doctrina general de las acciones contra el enriquecimiento injusto* (el subrayado es del traductor).

(T-4.) El subrayado es del traductor. E igualmente la creencia de que, para MOSCATI (a quien, ciertamente, no faltan argumentos lógicos, históricos, bibliográficos y legales en su razonamiento), existe y ha existido un fundamento unitario de las acciones, ya desde el mismo Derecho romano, si no desde el clásico, sí, ciertamente, desde el justiniano.

(14) Sobre este punto, vid el epígrafe siguiente.

(15) Tal era la opinión, entre otros, de SCUTO, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, en *Riv. dir. civ.*, 1917, páginas 1 a 65; de DEJANA, *Sul requisito dell'errore nella ripetizione dell'indebito*, en *Riv. dir. priv.*, págs. 1 a 37, año 1937, tomo II; de CARNELUTTI, *Prova dell'errore...*, cit., págs. 82 y 83; de ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padua, 1940, páginas 6 a 8, etc. En la misma línea, dentro de la literatura jurídica francesa, DEMOGUE, *Traité...*, cit., I, 3, págs. 151 y ss.; PLANIOL, RIPERT y ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VII, *Obligations*, 2, París, 1954, págs. 27 y ss., con abundantes citas bibliográficas.

(T-5.) Nuevo subrayado del traductor y nueva afirmación de su creencia en el *desideratum* de MOSCATI; desde luego, el vigente Codice da sobradamente pie a opinar así.

(16) En tal sentido, vid., entre otros, SCUTO, *ob. cit.*, págs. 146 y ss.; GRAZIANI, *L'azione di ingiustificato arricchimento*, en *Riv. dir. civ.*, 1922, págs. 1 a 26; CASTIONI, *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto*, en *Riv. dir. comm.*, 1925, I, págs. 351 y ss.; PACCHIONI, *Dei quasi-contratti* Padua, 1938,

Todo lo que acabamos de exponer es, sin embargo, ajeno a la relación entre la *condictio indebiti* y la acción contra el enriquecimiento injustificado (17), y, en cualquier caso, no entraña una contribución decisiva a la materia (18). De todas formas, ya sancionada, en el vigente Código, la prohibición de enriquecerse con daño de otro (art. 2.041-1)

(A cuyo tenor textual: «El que, sin justa causa, se haya enriquecido en perjuicio de otra persona, se halla obligado, dentro de los límites de su enriquecimiento, a indemnizar a ésta por la correlativa disminución patrimonial.» (T-7.)

... y, consiguientemente, ya despejado el campo de investigación de posibles y peligrosas sugerencias (todo ello como consecuencia de la reunificación de la materia del pago indebido en el Título VII del Libro de las Obligaciones) (19), el problema puede ya ser planteado en sus justos términos.

páginas 88 y ss.; ANDREOLI, *ob. cit.*, págs. 55 y ss.; mismo autor, *L'ingiustificato arricchimento*, Milán, 1940, págs. 41 y ss.; en la época más reciente toma esta postura TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milán, 1962, y BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964, págs. 105 y ss.

(T-6.) Pero sí ahora, en el vigente Código de 1942, Libro IV, Título VIII, bajo la rúbrica genérica «Del enriquecimiento sin causa», con dos únicos artículos: el 2.041, que inmediatamente será transcrito, y el 2.042, que proclama (¡atención, por favor!) el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento.

(17) Sobre este punto, permítaseme la remisión a mi epígrafe «Indebido» (adición del traductor: vid. el Preliminar de este trabajo).

(18) Sobre este punto, vid. *infra* la nota 46.

(T-7.) Transcribo, en relación con mi anterior nota, el apartado 2 de dicho artículo: «En caso de que (*qualora*) el enriquecimiento tenga por objeto una cosa determinada, el que la ha recibido está obligado a restituirla *in natura*, si aún existe al momento de la demanda»

(19) La actual sistematización no está, sin embargo, libre de críticas; vid., por todos, BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Turín, 1965, II, pág. 800, para el cual hubiera sido más oportuno, desde el punto de vista sistemático, atribuir mayor «radio de acción» al remedio procesal contra el enriquecimiento injusto. En idéntico o parecido sentido, SIEGWAGT y ORTMANN en sus respectivos comentarios al Proyecto de *Código italo-francés de las obligaciones*, que dedicaba siete preceptos al enriquecimiento sin causa frente a uno solo al principio de prohibición de enriquecerse a costa ajena, cosa que, *en sustancia* (subrayado del traductor; frase del autor), ha sido acogida por el legislador de 1942.

Incluso GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milán, 1968, I, pág. 7, opina que el encuadre del pago de lo indebido debe ser revisado. Y en efecto: estudiar la institución exclusivamente como fuente de obligaciones supone una visión unilateral del caso. Concretamente: el tema de lo indebido estaría mejor situado (y más útilmente) en la regulación del cumplimiento de la obligación o en la de la causa de la atribución. En sentido contrario, y dando por buena la titulación legal, RESCIGNO y BRECCIA en sus citadas obras. Y ello, por entender que el fundamento de la *condictio* radica en el cumplimiento de una prestación sin causa válida que la justifique. En otras palabras: es el hecho objetivo del pago (sin causa) lo que legitima al *solvens* a pretender del *accipiens* la restitución.

EL PROCESO DE «TIPIFICACION» DE LAS *CONDITIONES*.
EL PROBLEMA DE LA CUALIFICACION DEL SUPUESTO
DE HECHO EN CASO DE PAGO «NO ESPONTANEO»

Los razonamientos seguidos hasta ahora evidencian las razones que han permitido al legislador de 1942 llegar, en forma aceptable desde un punto de vista técnico-jurídico, a una tipificación de las dos categorías del pago de lo indebido. El Código de 1865, y, anteriormente, el Code, representaron sendas desviaciones en la evolución de la institución que tratamos, bien que (¿por qué no decirlo?) el sistema de la *condictio* había llegado a encontrarse en una postura harto incómoda. No hay que gastar demasiadas palabras para demostrar que aquel tipo de planteamiento era completamente opuesto al del Derecho romano, en donde el cuadro de las *condictiones* era bastante más rico, en función de la gran variedad de situaciones en las que faltaba, o resultaba injusta, la causa de la atribución (20). Es de advertir, no obstante, que, al menos durante algún tiempo, la costumbre de distinguir terminológicamente los múltiples casos referidos a la *condictio* no suponían indicio de una diferenciación bajo el aspecto causal (21). Las distintas denominaciones no tenían, en el Derecho clásico, un significado técnico muy preciso, y, por ello, no agotaban los casos de posible repetición. Solamente a través de la Compilación Justiniana vino a romperse este delicado equilibrio, transformándose la *condictio*, desde su primitiva concepción de acción abstracta en el proceso formulario (22), en una serie de acciones *típicas* que actuaban contra el enriquecimiento injustificado de una de las partes de la relación jurídica (23).

(20) Vid., *supra*, nota 2.

(21) En tal sentido, vid., entre otros, DI IORIO, *ob. cit.*, pág. 1.093. Todo lo contrario opina BURDESE, *ob. cit.*, pág. 589, para el cual, solamente en la época justiniana, y a través de la introducción de la *condictio sine causa*, se llega a la superación de la tipicidad de las *condictiones* y de los requisitos que para su ejercicio imponía el *ius civile*. Por su parte, no pocos autores entienden que la clasificación de las *condictiones* según el origen de la pretensión es obra de los juristas posclásicos; tal es el caso de SOLAZZI y DONATUTI, en sus ya citadas obras. Para este último, la rúbrica del *Digesto*, XII, 4, con su expresa alusión a la *causa data causa non secuta*, es demasiado oscura, incluso desde el punto de vista del léxico, como para ser clásica. Esta misma opinión la comparte el alemán PERNICE, *La-beo*, III, 1, Halle, 1892, pág. 234.

(22) Opinión de SOLAZZI, pág. 4 de su citada obra.

(23) En tal sentido, y sobre la huella de DUARENO, *De condictione indebiti*, en *Opera*, Francfort, 1592, pág. 902, se han pronunciado SAVIGNY (pág. 564 del tomo V de su *System...*) y WINDSCHEID (págs. 631 y ss. del tomo II de su *Pandektenrecht*, en la versión italiana—Turín, 1930—a cargo de FADDA y BENSÁ). Planteamiento que, posteriormente, ha sido objeto de atento reexamen por parte de SANFILIPPO, página 56 y ss. de su obra, ya citada. No obstante, en la doctrina romanística está muy difundida la idea de que el fundamento de las *condictiones* posclásicas se

Se crea, de este modo, el caldo ideal de cultivo para la formación de una nueva mentalidad «tipificadora», al cual han aportado ulteriores elementos de meditación las codificaciones de tipo francés, y que, gracias a este *obsequio*, perdura incluso hoy día en la doctrina italiana, dirigida hacia los tipos legislativamente previstos. Buena prueba de ello es la resistencia a ocuparse, por ejemplo, del pago indebido *ex latere accipientis*, ya que se trata de un supuesto de hecho no disciplinado expresamente en la *sedes materiae* (24).

Esta mentalidad «tipificante» ha contribuido a profundizar solamente algunos aspectos del problema (no siempre los más interesantes), terminando, a menudo, por perder de vista la evolución de la *condictio*. Una atenta investigación histórica daría la impresión de una progresiva ruptura entre la función a desempeñar por esta figura jurídica en la vida cotidiana, y los dogmas a los que nuestra doctrina sigue siendo tenazmente fiel. Así, la disputa en torno al error imputable al *solvens*, aún cuando no carezca de relevancia jurídica en orden al problema de la carga de la prueba, ni a la determinación del plazo de prescripción de la acción repetitoria (25), no contribuye en modo determinante a la clarificación del caso. La distinción entre el pago indebido objetivo y subjetivo solamente

apoyaba en el enriquecimiento injusto del *accipiens*. Vid., entre otros, las muy citadas obras de ASTUTI y BURDESE. Con todo, las transformaciones experimentadas por la *condictio* en el derecho posclásico y justiniano continuarán siendo objeto de discusión; no en vano se ha hablado, refiriéndose a este tema y sus dificultades, de *selva impenetrable*. Es muy significativo, al respecto, el título de una obra de VAN OVEN, *Le «fôret sauvage» de la condictio classique* (publicada en *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis*, págs. 267 y ss., 1954).

(24) Así, entre otros, FERRARA junior, *Questioni in tema di pagamento indebito*, en *Banca, borsa, tit, cré.*, 1942, II, págs. 206 y ss.; G. ANDREOLI, *Appunti in tema di indebito soggettivo*, 1951, I, págs. 134 y ss. No pocos autores sin embargo, sostienen la autonomía dogmática del indebido subjetivo *ex latere accipientis* en base a los artículos 1.188, 2, y 1.189. Es el caso de GRECO, *Il pagamento indebito dei titoli cambiari e l'azione di ripetizione*, en *Riv. dir. com.*, 1950, II, págs. 241 a 243; SCHLESINGER, *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*, en *Riv. dir. civ.*, 1959, I, págs. 36 y ss.; ACHINA, *Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente*, en *Riv. trim.*, 1966, págs. 76 en adelante. Recientemente han adaptado esta tesis MOSCATI, *Indebito soggettivo e attuazione del rapporto obbligatorio*, en *Riv. dir. civ.*, 1974, págs. 72 en adelante, y BRECCIA, *ob. cit.*, página 278.

(25) Tengamos en cuenta que, si el error fuese un requisito general de la *condictio*, el *solvens* habría de demostrar, en todos los casos, haber pagado por error excusable. El problema de la unidad de la institución se refleja, además, sobre el tema del término de la prescripción. Los que se inclinan por una pluralidad de *condictiones* saben que, en el indebido objetivo, la acción de repetición está sujeta a la prescripción ordinaria, mientras que en el subjetivo el plazo es de cinco años. (Así opina CAPOZZI, *Vizi della volontà e adempimento*, *Dir. e Giur.*, 1951, páginas 257 en adelante.) De esta suerte, la acción de repetición vendría inmersa en la de nulidad, en cuanto a hallarse dirigida a impugnar el cumplimiento de un tercero, con vicio excusable de error (séame permitido remitirme a mi artículo *Indebito*, *cit.*, supra, pág. 77; vid., igualmente, BRECCIA, *ob. cit.*, págs. 308 y ss.).

tiene razón de ser si se orienta a aclarar la compleja situación de intereses que late en la base del mecanismo restitutorio en caso de relaciones trilaterales (26) (T-8), aunque, por otra parte, se corre el riesgo de no valorar debidamente la función de la *condictio* en el Derecho moderno, amén de perder el tiempo intentando hallar una solución que podría llevar a un círculo vicioso (27).

Pese a todo lo expuesto, la mayor parte de estos inconvenientes hubiera podido ser evitada. A fuer de justos, hay que confesar que el Code, y, en su misma huella, el Codice de 1865, aunque ninguno de los dos hubiera adoptado una fórmula como la que posteriormente llevaría a cabo el BGB en su parágrafo 812, apartado 1 (28),

A cuyo tenor: «Aquel que obtiene algo sin causa jurídica (*ohne rechtlichen Grund*) por medio de la prestación de otra persona, o de cualquier otra forma a costa de ésta, viene obligado a la restitución. Esta obligación (*Verpflichtung*) permanece incluso si, con posterioridad, la causa jurídica desaparece o no se logra el resultado previsto en el correspondiente negocio jurídico».

... ofrecían un punto de partida para una reconstrucción de más altos vuelos. El esquema del artículo 1.235-1 del Code

Según el cual: «Todo pago presupone una deuda: el que ha sido pagado sin serle debido, se halla sujeto a repetición». (T-9.)

(26) Vid. BRECCIA, *ob. cit.*, pág. 321, y mi *Indebito*, cit., pág. 72.

(T-8.) *Bravissimo, Professore MOSCATI! Ecco la vera impostazione del problema!* Las relaciones trilaterales, es decir: el deudor, el acreedor... y un tercero, llámese *solvens*, *accipiens* o, sobre todo, *subadquirente*, de buena o de mala fe.

(27) En efecto: si la *condictio* es una institución unitaria, y el error un presupuesto indispensable para la repetición, el *solvens* habrá de probar, en todo caso, el error y su excusabilidad. Por el contrario, si el error se refiere a lo indebido *ex persona debitoris*, ha de llegarse, necesariamente, a la tesis de que existen dos acciones de repetición.

(28) El sistema del BGB es más deseable que el de las codificaciones de tipo francés, precisamente por el rigor con que plantea el problema del error. Así, la *condictio* es negada al *solvens*, cuando éste tiene la certeza de no ser el verdadero deudor (par. 814. Vid., por todos, VON CAMMERER, *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, en *Gesammelte Schriften*, I, Tubinga, 1968, pág. 377). Evidentemente, en este caso concreto, el *solvens* no merece la tutela jurídica: lo contrario entrañaría ir contra su *proprium factum*. Así opina LARENZ en su *Derecho de Obligaciones* (versión española de J. Santos Briz, Madrid, 1959). Análogo planteamiento del problema hallamos en los Códigos suizo de Obligaciones (art. 63, 1) y austriaco (artículos 1.431 y siguiente), y en el Derecho anglo-americano.

(T-9.) Este precepto lo hallamos en el Libro III, Título III (de los contratos y de las obligaciones convencionales en general), Capítulo V (de la extinción de las obligaciones), Sección I (del pago en general, que comprende *treinta y seis artículos*: del 1.235 al 1.270). Es de notar, al respecto, que nuestro Código solamente dedica a esta disciplina *veinticinco artículos* (del 1.157 al 1.181), y que el Codice le dedica *cuarenta y dos* (del 1.176 al 1.217).

... y el del 1.237-1 del Codice de 1865, que contenían la solemne formulación del principio de la causalidad del pago, se presentaba especialmente idóneo para abarcar todas las hipótesis de falta, inicial o sobrevenida, de *causa solvendi* (29). La situación no se modifica en el Derecho vigente: el artículo 2.033 corresponde, en esencia, al 1.237-1 del Codice de 1865, cuya redacción era, en cierto modo, preferible a la actual, toda vez que la nueva rúbrica (Pago indebido, como rúbrica general; indebido objetivo, como rúbrica particular de este precepto) ha venido a acentuar la mentalidad «tipificante» de nuestra doctrina.

Los autores italianos más sensibles a las modernas exigencias del Derecho civil han advertido la evidente estrechez del sistema, desviando su atención hacia el problema de la *causa de la atribución* (T-10), que permite acoger mejor las numerosas implicaciones de la teoría general de la *condictio* (30). Nuestra jurisprudencia de los últimos años, no sin dificultades ni cambios de criterio, se ha encaminado en esa misma dirección (31). Prueba de ello es la tendencia general a reconocer al vigente artículo 2.033 el valor de una fórmula general, en la que convergerían una serie de hipótesis que, no siendo en puridad de pago indebido *ex persona debitoris*, vendrían caracterizadas por la falta de una justificación válida en el traspaso patrimonial (32). Se resuelve así un delicado problema de calificación del supuesto de hecho, tratándose de casos en los que el *solvens*, aun a sabiendas de no ser el verdadero deudor, cumple la prestación por razones de mera oportunidad, al solo objeto, por ejemplo, de evitar una declaración de quiebra, o el comienzo de una ejecución en contra de él, lo que podría acontecer (es mera hipótesis) como consecuencia de una sentencia condenatoria, y, como tal, inmediatamente ejecutable, emitida con-

(29) Así, expresamente, SCUTO, *Natura...*, cit., pág. 65.

(T-10.) *Touché!* A mi modesto entender, MOSCATI ha puesto el dedo en la llaga: un sistema como el italiano, causalista donde los haya, tanto en la legislación como en la doctrina, no podía ni debía descuidar esta esencial y atractivísima faceta del problema... que, como antes vimos, ya fue contemplada por los juristas romanos clásicos.

(30) Vid., por todos, GIORGIANNI, *ob. cit.*, pág. 7.

(31) Casación, 20 septiembre 1971, negando la *condictio* al *solvens* que, a sabiendas de no ser deudor, paga una deuda con el fin de evitar la declaración de quiebra del acreedor..., pero permitiéndole subrogarse contra el verdadero deudor. Premisas contradictorias: si no ha lugar la remisión al 2.033, no habría otro remedio que reconducir el caso al art. 1.180. Volveremos sobre el tema.

(32) Tal la Sentencia Casación 14 junio 1967. En lo doctrinal, BRECCIA, *La ripetizione...*, cit., págs. 236 y ss., remite al art. 2.033 todos los casos de falta sobrevenida de *causa solvendi*. En la doctrina alemana, ESSE, *Schuldrecht*, II, Karlsruhe, pág. 332, se remite al conocido pasaje de Pomponio (*Dig.*, L, 16, 206: «Es justo, por Derecho de naturaleza, que nadie, en daño de otro y perjuicio, pueda enriquecerse»).

tra él por homonimia con el verdadero deudor (33). Análogas consideraciones serían aplicables al *pago con reserva*, ya que en este caso la voluntad del *solvens* no es libre (34).

La solución que proponemos no carece de repercusión práctica, ya que, en tales casos, y razonando en términos de error, el *solvens* no tendría medio directo alguno de tutela, debiendo contentarse con la acción por enriquecimiento injusto (35). En efecto: ateniéndonos rigurosamente al tenor del vigente artículo 2.036-1, tampoco cabría hablar de una subrogación real del tercero en los derechos del acreedor satisfecho, toda vez que el *solvens* sabe, perfectamente, que no es él el verdadero deudor. El pago indebido *ex persona debitoris* presupone, siempre, que el tercero cree cumplir una deuda propia (36); de ahí que no quede otra salida que calificar el hecho como cumplimiento, por parte del tercero, del artículo 1.180 (37) (T-11).

Art. 1.180 (*Cumplimiento por tercero*): La obligación puede ser cumplida por un tercero, incluso contra la voluntad del acreedor, a menos que éste tenga interés en que sea precisamente el deudor quien la cumpla.

No obstante, el acreedor puede rechazar el cumplimiento ofrecido por el tercero, si el deudor manifiesta su oposición.

Se halla muy extendida la creencia de que, cuando el *solvens* con su cualidad de no deudor, y, pese a ello, lleva a cabo la prestación, hay que pensar que lo hace al solo efecto de favorecer al verdadero deudor, o de

(33) (MOSCATI entra en un problema de Derecho Procesal italiano y en los correspondientes comentarios doctrinales. Discúlpeme el querido e ilustre Profesor que, en obsequio al lector español, no transcriba esta nota.)

(34) Vid. muy especialmente DEJANA, *ob. cit.*, págs. 12 y ss.

(35) En tal sentido, vid. Sentencia Casación 10 diciembre 1954. En lo doctrinal, ANDREOLI, *Riflessioni sull'atto solutorio non dovuto (Studi in onore di F. Messineo*, I, Milán, 1959, págs. 4 y ss.) y *Scienza dell'indebito, manifestazione volizionale adempitiva e difetto di intento (Temi*, 1960, págs. 371 y ss.). En efecto, siempre que el *solvens* no se subroga en el lugar del acreedor por voluntad de éste, expresamente y en el acto del pago (art. 1.201), el pago llevado a cabo por tercero ha procurado directamente al verdadero autor, sin justa causa, la ventaja patrimonial de la liberación de una obligación en relación con el *accipiens*. Vid., por todos, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., págs. 229 y siguiente.

(36) Opinión muy extendida. Permitaseme, al respecto, remitirme a mi estudio *Indebito soggettivo...*, cit., págs. 82 y ss.

(37) (MOSCATI cita una serie de Sentencias de Tribunales de Apelación de Catanzaro, Roma, Milán, etc.)

(T-11.) El artículo que a continuación se transcribe se halla inserto en la normativa general del pago, Libro IV, Título I, Capítulo II. A destacar, para el lector no iniciado en el Codice, que el Capítulo I contiene solamente tres artículos: del 1.173 al 1.175, que contemplan, respectivamente: a) fuentes de las obligaciones. b) Carácter patrimonial de la *prestación* (subrayo la palabra, poco frecuente en nuestro Código y mucho en el Codice). c) Deber, común a deudor y acreedor, de comportarse *secondo le regole della correttezza*. (Hará falta comentario a este último precepto?)

llevar a cabo un acto de liberalidad en favor del acreedor (38). Esto nos deja un tanto perplejos: nos hallaríamos frente a una hipótesis en cierto modo anormal, toda vez que el tercero se encuentra constreñido a pagar (39). Se impone, en consecuencia, demostrar, o bien que la prestación *no espontánea* implica un pago ejecutado por error (en cuyo caso el *solvens* podría servirse de la *condictio*), o bien que el error no es presupuesto de la repetición, ni aun en el caso de pago indebido *ex latere solventis*, y que, en consecuencia, el tercero puede subrogarse en los derechos del acreedor, aun cuando éste, de buena fe, se haya desprendido de su título o de las garantías del crédito (40).

LA PROGRESIVA AMPLIACION DEL AREA DE INCIDENCIA DE LA *CONDICTIO INDEBITI*. EL FUNDAMENTO «OBJETIVO» DE LA REPETICION DEL PAGO DE LO INDEBIDO EN EL DERECHO MODERNO. EL ARTICULO 2.033 COMO NORMA FUNDAMENTAL EN EL SISTEMA DE LA *CONDICTIO*

La investigación histórica nos permite, por su parte, observar, en toda su claridad, un aspecto de la evolución de la *condictio* casi completamente olvidado por la doctrina. Paralelamente a la «tipificación» de las *condictiones* que las Compilaciones justinianas llevaran a cabo, se ha venido acentuando un cierto perfil común, que exalta la función de la *condictio indebiti*, relegando a la sombra a otras figuras. Asistimos así a una progresiva expansión del área de incidencia de la *condictio indebiti*, que, desde su primitiva configuración como instrumento encaminado a la restitución de prestaciones cuyo objeto fuere una *res certa* o una suma de dinero (41), ha dado en transformarse en un medio de tutela de carác-

(38) La ausencia de error haría irrevocable la prestación efectuada, ya que la *causa solvendi*, ausente en este caso, vendría a ser sustituida por una nueva causa de la atribución, apta para justificar el desplazamiento patrimonial *inter partes*: la *causa donandi* (así opina la doctrina tradicional, sobre la huella del famoso pasaje del *Digesto*, L, 17, 53. Vid. en tal sentido y por todos, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité...*, cit., XV, 4, pág. 479, y DEJANA, *Sul requisito...*, cit., págs. 3 y ss.).

(39) En efecto: no es lo mismo el caso de quien paga, sin más, una deuda ajena, que el de quien lo hace para evitar un daño injusto derivado de una posible declaración de quiebra o un procedimiento ejecutivo. El que, en ambos casos, el *solvens* sepa perfectamente que no es él el verdadero deudor, no autoriza a aplicar el mismo tratamiento.

(40) Salvo la repetibilidad de la prestación en caso de mala fe del *accipiens*. Permítaseme, al efecto, remitirme a mi estudio *Del pagamento dell'indebito*, en *Commentario al Codice civile...*, cit., pág. 72.

(41) La *legis actio per condictioem* fue introducida, como recuerda GAYO en la *Instituta*, IV, 19, por la *Lex Silis*, para los créditos que tuviesen por objeto una *certa pecunia*, y extendida por la *Lex Calpurnia*, a todo crédito encaminado a la restitución de una *certa res*.

ter general, *que opera una atribución en sentido inverso entre dos esferas jurídicas, impidiendo que los efectos del acto del solvens se consoliden en el patrimonio del accipiens* (42) (T-12) (subrayado mío).

En la práctica cotidiana, la *condictio indebiti* ha venido a absorber, poco a poco, a una serie de remedios de diferente naturaleza, hasta el punto de que ya a finales del pasado siglo, se había planteado el problema de la repetición de una prestación indebida cuyo objeto consistiere en un *facere*; problema hoy resuelto, al menos en parte, en virtud de la *relación de trabajo subordinado*, a través del artículo 2.126, apartado 1 (43).

A cuyo tenor: «(Prestación de *facere* con contravención de ley): La nulidad o la anulación del contrato de trabajo no produce efecto durante el período en que el contrato haya sido cumplido, a menos que la nulidad derive de ilicitud en el objeto o en la causa». (T-13.)

La multiplicación de casos de pago indebido, incluso más allá de la esfera del Derecho privado (pensemos en los enormes cambios económicos y sociales ocurridos en Italia como consecuencia de las dos guerras mundiales, y de la insuficiencia de otros instrumentos jurídicos, siempre elogiados, como la *gestión de negocios* y la *acción útil de reversión*), han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una ulterior elaboración de

(42) En tal sentido, vid., sobre todo, la doctrina alemana, por ejemplo: SCHÖNINGER, *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts*, Tubinga, 1906, págs. 217 y ss.; KOTTER, *Zur Rechtsnatur der Leistungskondition*, en *Archiv. f. civ. Praxis*, 1953, págs. 224 y ss.; BAELZ, *Engriffsschutz und Opfersicherung im Haftungssystem des Zivilrechts*, Stuttgart, 1970, pág. 20. En la literatura italiana, vid. BRECCIA, *La ripetizione...*, cit., pág. 411. Este autor se basa en el hecho de que la *condictio* se dirige a *repristinizar* (subrayado del traductor), al menos en su equivalente, la situación anterior al pago, para concluir afirmando que la entrega del valor del bien, perecido o deteriorado, no se identifica necesariamente con el resarcimiento del daño, ni aún en la hipótesis de mala fe. (En torno al derecho del *solvens* al resarcimiento del daño—*rectius*: del lucro cesante—, además de la restitución del valor, vid. MOSCATI, *Del pagamento...*, cit., págs. 100 y ss., especialmente a partir de la 123.)

(T-12.) El subrayado es del traductor. Y ello ha sido así ahora por entender que el profesor MOSCATI ha pulsado una de las muchas claves esenciales del problema: evitar la *consolidación* de una situación patrimonial doblemente injusta.

(43) La solución del problema ha venido facilitada por la interpretación extensiva del término «pago», considerado equivalente, en lenguaje legislativo, al más amplio de «cumplimiento». En tal sentido, vid., por todos, NILOLO, epígrafe *Adempimento*, en *Enc. del dir.*, I, Milán, 1958, pág. 554; GIORGIANNI, epígrafe *Pagamento*, en *Noviss. Dig. it.*, XII, Turín, 1965, pág. 321; RESCIGNO, epígrafe, *Ripetizione...*, cit., pág. 1226. La tesis ha sido defendida, recientemente, por BRECCIA, *La ripetizione...*, cit., págs. 41 y ss., con abundantes citas bibliográficas. Para una interpretación más restrictiva, vid. BARASSI, *La teoría generale delle obbligazioni*, II, Milán, 1964, pág. 363.

(T-13.) He aquí un artículo incardinado en el Libro V (*Del lavoro*), Título II (del trabajo en la empresa), Sección III (de la relación de trabajo), Epígrafe 5 (disposiciones finales). A destacar que el Título II del citado Libro V se refiere al contrato autónomo de trabajo.

los presupuestos de hecho necesarios, a fin de hallar *una acción, perfectamente delimitada, para la repetición de la prestación no debida* (el subrayado es del traductor). En consecuencia, la *condictio indebiti* ha entrado a formar parte de nuestro sistema jurídico en calidad de institución autónoma, *con una misión bien delimitada contra el enriquecimiento injusto* (44) (el subrayado es del traductor).

Como resultado de esta evolución, la *condictio indebiti* presenta la apariencia de un mecanismo dotado de una estructura rigurosamente unitaria, en base al hecho *objetivo* de la falta de causa en la atribución (45). En consecuencia, y tratándose de un instrumento encaminado a eliminar del mundo jurídico un traspaso patrimonial injustificado (46),

(44) Dado que la *condictio indebiti* se halla claramente orientada al objeto de la prestación del *solvens*, sin tener para nada en cuenta el resultado de la misma en la esfera del *accipiens* (salvo lo dispuesto en los arts. 2.037, 3, y 2.039), tal *condictio* aparece como un instrumento mucho más eficaz que la acción de enriquecimiento regulada por los artículos 2.041-2.042. (Vid., al respecto, en la literatura jurídica alemana, FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, en *Festschrift für H. Niedermeyer*, Gottinga, 1953, págs. 103 y ss., especialmente la 150.)

La vitalidad de la *condictio indebiti* en el derecho moderno es por demás evidente. Y ello es así, no sólo por la remisión expresa de una serie de leyes especiales, que regulan la parte más «viva» del derecho privado, sino también por virtud de la creciente importancia del aspecto financiero del problema, en donde la acción de repetición ha llegado a ser, como efecto de algunas Sentencias del Tribunal Constitucional, uno de los puntos clave de las relaciones entre el ciudadano y la Administración (siguen una serie de referencias a Leyes especiales del Derecho Italiano, que el traductor no transcribe, dada la sustancial diversidad de enfoque entre el legislador italiano y el español).

(45) Ent al sentido, vid. MOSCATI, epígrafe *Indebito...*, cit., pág. 95. La doctrina romanística apoya entusiásticamente esta tesis: vid., por todos, SANFILIPPO, *Condictio indebiti*, cit., págs. 52 y 53, y SCHWARTZ, *Die Grundlage...*, cit., pág. 221. Más referencias en la nota 47.

(46) El hecho de que la prestación del *solvens* venga considerada *in se* y *per se*, sin referencia alguna al *animus solvendi*, replantea el problema de las relaciones entre repetición de lo indebido y acción general de enriquecimiento, sobre todo teniendo en cuenta la especial normativa de la restitución de cosa determinada (artículos 2.037-2.038, en relación con el 2.041, 2). En efecto, una gran parte de las normas vigentes está dirigida a impedir o eliminar situaciones de desequilibrio en la distribución de los bienes, y puede, por tanto, considerarse inspirada en el mismo ideal de justicia conmutativa, con la consecuencia, quizá, de que no existe un solo medio de tutela al que no le pueda ser asignado, como base, el enriquecimiento sin causa (tal es la orientación del citado trabajo de BARBIERA, *L'ingiustificato...*). De esta suerte, el pretendido fundamento unitario, común a diversas instituciones, desaparece sustancialmente al poner especial acento en la conformidad a un mismo precepto equitativo, y, por tanto, la observación aparece demasiado genérica y absolutamente inoperante a los fines del problema contemplado. Es de notar, en efecto, que la Ley reacciona contra los desequilibrios patrimoniales de muy diversas formas, desde la acción de invalidación del negocio hasta la responsabilidad por hecho ilícito; desde el régimen legal de la accesión, hasta la repetición de lo indebido, sin que esto quiera significar que tales remedios sean necesariamente aplicación de la prohibición de enriquecerse a costa ajena. Por lo demás, en las citadas instituciones, el criterio del enriquecimiento sirve (*entra*), o bien para indicar el fundamento de la responsabilidad, y, por tanto, para justificar la acción (ac-

el nacimiento de la obligación de restituir no puede subordinarse a factores de naturaleza subjetiva, caso del error (excusable o no) del *solvens*, o la mala fe del *accipiens* (47).

Por otra parte: si en otros ordenamientos, en los que existen pluralidad de *condictiones* (48), el fundamento de la repetición se halla en la falta de causa, con más razón aún debe afirmarse lo mismo en un ordenamiento como el nuestro, en el que las *condictiones* del Derecho romano han quedado reducidas, todo lo más, al dualismo entre pago

ción de responsabilidad), o bien para marcar los límites dentro de los cuales ese medio de tutela, nacido de otra fuente, ha de ser ejercitado (responsabilidad en los límites del enriquecimiento). En tal sentido, vid., por todos, TRABUCCHI, epígrafe *Arricchimento* (Dir. civ.), *Enc. del dir.*, III, Milán, 1958, págs. 64 y ss. En la doctrina menos reciente, vid. M. ROTONDI, *L'azione di arricchimento*, en *Riv. dir. comm.*, 1924, I, págs. 517 y ss.

(47) La irrepetibilidad de la prestación en caso de indevido subjetivo *ex latere solventis*, cuando el que la recibe ha inutilizado, de buena fe, el título o las garantías del crédito (art. 2.036, 1), es una excepción sólo aparente. En efecto, la prestación sigue siendo «no debida» (entrecorrellado del propio autor); tanto es así, que el *solvens* se subroga *ex lege* en los derechos del acreedor satisfecho (art. 2.036, 3). En términos más generales, la exigibilidad de la pretensión del *solvens* no depende de que el *accipiens* conozca o no su cualidad de no ser acreedor, como lo demuestra el caso de que la restitución sea exigible incluso en caso de buena fe. La protección a la buena fe en sentido subjetivo, que representa una de las directrices fundamentales del sistema de la *condictio*, se manifiesta a través de un aligeramiento de la responsabilidad del perceptor para la restitución de frutos e intereses, que son exigibles sólo desde el día de presentación de la demanda (*retius*: desde el día de la *sciencia indebiti*). Por otra parte, el *accipiens* de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa específica; en tal hipótesis, más que de una atenuación cabría hablar de una verdadera y propia exoneración de toda responsabilidad, dada la imposibilidad, total o parcial, de restituir *in natura* (vid. arts. 1.256, 1, y 1.258), ya que la obligación de reembolsar en el patrimonio del *solvens* el eventual enriquecimiento (artículo 2.037, 1) se debe a la superposición de la prohibición de enriquecerse en daño de otro sobre la disciplina de la *condictio*. (Permítaseme remitirme a mi estudio *Del pagamento...*, cit., pág. 129 y notas 15 a 17.)

Es de destacar que, incluso bajo el imperio del vigente Codice, algún autor sostiene que el error es requisito esencial de la *condictio indebiti*; vid., en tal sentido, G. ANDREOLI, *Riflessioni...*, cit. pág. 4, y *Scienza...*, cit., págs. 371. Es de notar, en este sentido inverso, que la doctrina francesa, tradicionalmente aferrada a la relevancia del error, tiende, cada vez más, a minusvalorar este requisito, que en su momento se consideró esencial: nada menos que en los *Discours* 13 y 15 de los trabajos preparatorios del Code, ante la Asamblea legislativa (huella posteriormente seguida, entre otros, por TOULLIER, *Le Droit civil français*, VI, Bruselas, 1838, núms. 60 y 61, y por BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité...*, cit., XV, 4, págs. 478 y siguientes). La nueva dirección, intuida por LOUSSOUARN, *La condictio d'erreur du «solvens» dans la répétition de l'indu*, en *Rev. trim. droit, civ.*, 1949, págs. 212 y ss. (especialmente pág. 228, en la que afirma que el error, en la repetición de lo indevido, desempeña el papel del *pariente pobre*), aparece decididamente en autores más recientes, como CATALA, *La nature juridique du paiement*, París, 1961, pág. 302, y en ROUILLER, *Répétition de l'indu: erreur du «solvens»*, en *Recueil Dalloz*, 1967, páginas 265 y ss.

(48) Tal es, según VON TUHR, *Parte general...*, cit., II, 2, el caso del Derecho alemán; el autor germano cita junto a la *condictio indebiti*, la *ob turpem causam finitam* y la *causa data causa non secuta*.

indebido por razón del sujeto o del objeto. Pero ni aún en estos límites es posible hablar de «acción» de repetición. Si cierto es que la *condictio* equivale a la reacción contra la falta de causa de la atribución, entonces su misión habría de ser idéntica en todas las hipótesis, importando poco, en cada caso concreto, la *ratio* de la pretensión del *solvens*. Bajo este aspecto, carecería de razón de ser una contraposición entre lo indebido objetivo o subjetivo, de la misma forma que no existe diferencia esencial entre causa inicialmente inexistente y causa posteriormente desaparecida, todo ello referido a la atribución (49). El hecho de que, en el primer caso, la causa de la atribución no haya existido jamás, mientras que, en el segundo, la causa ha desaparecido en un momento posterior, incide solamente en forma marginal sobre el mecanismo de la *condictio* (50), lo que pone de relieve el enorme campo de aplicación de esta figura jurídica.

La norma en torno a la cual gira la disciplina de la *condictio* es el artículo 2.033. De esta suerte, reduciendo a un común denominador los múltiples supuestos de hecho de pago indebido, se llega a un doble resultado. Primero: aclarar las normas concretas y específicas, a través de una constante referencia a la causalidad del pago. Segundo: interpretar en forma más satisfactoria el artículo 2.033, que, precisamente en virtud de su formulación genérica, suscita al intérprete no pocas dudas.

(49) (Citas jurisprudenciales italianas, de Casación y Apelación, que el traductor, bajo su responsabilidad, no transcribe.)

(50) La falta sobrevenida de *causa solvendi* comporta ciertas dificultades cuando se trata de nulidad de contrato, ya que hay que conciliar la eficacia retroactiva del pronunciamiento con el hecho de que la relación *ex indebito* no podía tener vida real antes de esa anulación. Ello comporta, a su vez, en los casos de restitución de una determinada suma de dinero, la exigencia de proteger al *solvens* de los riesgos de una devaluación monetaria. En efecto: la aplicación mecánica del principio nominalístico se resuelve en un daño para el acreedor, al cual no se podía jurídicamente obviar a través de una oportuna petición de restitución. Los mismos inconvenientes podemos hallar en caso de una suma de dinero recibida como consecuencia de una sentencia inmediatamente ejecutiva, pero posteriormente reformada. La solución aparece controvertida. Algunas sentencias hacen transcurrir los intereses desde el día de la *solutio indebiti*; otras, desde la fecha de la sentencia de anulación. Se trata, en todo caso, de fijar si la liquidación del crédito debe realizarse teniendo o no en cuenta el valor de adquisición de la moneda al tiempo de la sentencia. Acerca de este punto, vid., entre otros, ALLORIO, *L'incidenza della svalutazione nell'obbligo di restituzione del prezzo e una necessaria distinzione processuale*, en *Giur. it.*, 1950, I, 1, págs. 791 y ss.; otros autores, como LIBERTINI y BRECCIA, sostienen que la liquidación ha de tener lugar al tiempo de la *solutio indebiti* (LIBERTINI, epígrafe *Interessi*, en *Enc. del dir.*, XXII, Milán, 1972, págs. 95 y siguientes; BRECCIA, *La buona fede nel pagamento dell'indebito*, en *Riv. dir. civ.*, 1974, I, págs. 130 en adelante, y *La ripetizione...*, cit., pág. 433, nota 58. Sin embargo, estos dos autores proponen, para corregir los eventuales resultados injustos de esta solución, hacer correr a cargo del *accipiens indebiti* las consecuencias de la devaluación monetaria, aun cuando hubiese conocido la causa de la nulidad y no la hubiese comunicado a la otra parte (*rectius*: al *solvens*).

En efecto: hay que admitir que el citado precepto no es ningún modelo de claridad en lo que se refiere al problema de la legitimación pasiva (51). Quizá ello sea debido a que el legislador ha tenido presente, sobre todo, el arquetipo de la obligación pecuniaria, y de ello se deriva que, cuando la prestación no se resuelve en desplazamiento de un valor objetivamente individualizable (tal ocurriría en las obligaciones de hacer y en las negativas (52), la búsqueda del sujeto contra el cual haya de ser ejercitada la *condictio* presente serias dificultades (53).

Interpretando, por el contrario, el artículo 2.033 a la luz de los artículos 2.034 a 2.040,

Que contemplan, respectivamente, las siguientes hipótesis: a) *Obligaciones naturales* (no se admite la repetición de lo espontáneamente pagado, salvo que se trate del pago hecho por incapaz; los deberes morales no son jurídicamente exigibles, art. 2.034). b) *Prestación contraria a las buenas costumbres* (nadie puede repetir una prestación que, por parte suya, entraña ofensa a las buenas costumbres, art. 2.035). c) *Pago indebido subjetivo*: Me remito al comienzo de este trabajo, que reproduce textualmente este precepto. d) *Restitución de cosa determinada* (obligación genérica de restituirla; obligación de restituir el valor si la cosa ha desaparecido, para el perceptor de mala fe; si la cosa ha sido deteriorada, el *tradens* puede pedir o el equivalente o la misma cosa más la indemnización correspondiente a la pérdida de valor. Responsabilidad del receptor de buena fe: en cuanto se haya enriquecido, art. 2.037). e) *Enajenación de la cosa recibida indebidamente* (el perceptor de buena fe debe restituir el equivalente. Si la misma es aún debida, el que ha pagado se subroga en los derechos del enajenante. En caso de enajenamiento gratuito, el adquirente está obligado, frente al que pagó, a restituir hasta el límite de su enriquecimiento. Si ha habido mala fe, la obligación será *in natura* o en su equivalente. El adquirente está obligado, dentro de los límites de su enriquecimiento, hacia el que indebidamente pagó, por más que no prospere la excusión del enajenante, art. 2.039). f) *Expensas y mejoras* (corren a cargo del que obtiene la restitución de la cosa, art. 2.040).

... es posible interpretar, con verdadera exactitud, su exacto contenido.

(51) *Vid.*, al respecto, SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milán, 1961, pág. 6, haciendo notar cómo el legislador no se ha preocupado tampoco de indicar contra quién surge el derecho a la repetición.

(52) Observación de SCHLESINGER, *ob. cit.*, pág. 7.

(53) La solución del problema de la legitimación activa y pasiva en la *condictio* se presenta aún más difícil en el subjetivo, y aún más en las relaciones trilaterales. Sobre este punto, *vid.* el estupendo trabajo de BIGIARI, *Legitimazione attiva e passiva nella ripetizione dell'indebito*, en *Riv. dir. comm.*, 1929, II, páginas 273 en adelante. Recientemente, BRECCIA, en su muy citado *La ripetizione...*, páginas 321 y ss., ha replanteado el problema. En cuanto a la legitimación activa en el indebito subjetivo *ex latere accipientis*, permítaseme remitirme a mi trabajo *Pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legitimazione a ripetere la prestazione*, en *Riv. dir. civ.*, 1969, II, págs. 189 y ss., y a mi *Indebito...*, cit., páginas 99 y ss.

Ahora bien: el hecho de reunir, bajo un mismo común denominador, una serie de hipótesis diversas, no excluye el hecho de que, en algún caso determinado, la regulación de alguna de ellas pueda apartarse de la disciplina general del artículo 2.033. Tal es el caso de la prestación no debida de cosa determinada (54). Nos hallamos ante un caso que, por razón de su propia peculiaridad, asume una configuración autónoma respecto a la entrega de dinero o de una determinada cantidad de cosas fungibles (55). Efectivamente: en este caso concreto, las vicisitudes de la cosa adquieren una especial relevancia, dado que, en caso de pérdida, resulta imposible la restitución *in natura*, con la consecuencia de que, si el *accipiens* obró de buena fe, se halla obligado en los límites de su enriquecimiento. En caso contrario, está obligado a la restitución del equivalente pecuniario (art. 2.037, apartados 2 y 3) (56).

Esta remisión a los artículos 2.034 a 2.040 permite, no solamente una aportación de indicaciones y criterios para sentar una regla general a la hora de elaborar una «tipología» de las prestaciones indebidas, sino, además, la enucleación de otra de las directrices fundamentales del sistema de la *condictio*: precisamente la tendencia a conjugar el interés del *solvens* con el del perceptor de buena fe (57). Esto se deduce claramente de la po-

(54) *Vid.*, al respecto, BRECCIA, *La ripetizione...*, págs. 406 y ss.

(55) Sobre la imposibilidad de aplicar a estas dos hipótesis la normativa de los artículos 2.037-2.038, *vid.* MOSCATI, *Del pagamento...*, cit., págs. 79 y ss.

(56) La doctrina italiana más reciente suele distinguir una concepción «real» del enriquecimiento de otra que podríamos llamar «patrimonial», para indicar, en el primer caso, que la *cosa específica* (subrayado del traductor) ha de ser restituida *in natura* y en las mismas condiciones en que fue recibida, toda vez que el enriquecimiento del *accipiens* coincide con la cosa misma. Por el contrario, en el enriquecimiento «patrimonial» se tienen muy en cuenta las repercusiones de la prestación y, por tanto, las ulteriores vicisitudes (pérdida, deterioro, etc.). El sistema de los artículos 2.037-2.038 contempla, sin duda, el enriquecimiento «real», en relación al *accipiens* de mala fe, sujeto a una responsabilidad más gravosa, por cuanto no se ve exonerado del pago del equivalente pecuniario de la cosa ni aun cuando la pérdida o el deterioro no le sean imputables. Naturalmente, en este último caso el perceptor no debe resarcir al *solvens* el lucro cesante (*vid mi Del pagamento...*, citado, págs. 115 y ss.).

Esta distinción entre las dos concepciones del enriquecimiento se ha consolidado en nuestra doctrina tras el fundamental ensayo de FLUME, *Der Wegfall...*, citado, págs. 129 y ss., y explícitamente acogida por P. TRIMARCHI, *L'arricchimento...*, cit., págs. 117 y ss.; RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione...*, cit., págs. 1233 y ss.; BRECCIA, *La ripetizione...*, cit., pág. 413, y MOSCATI, *Concezione «reale» e concezione «patrimoniale» dell'arricchimento nel sistema degli art. 2.037-2.038 del codice civile*, en *Studi in memoria di D. Pettiti*, II, Milán, 1973, págs. 991 y ss.

(57) SANFILIPPO, *Condictio indebiti...*, cit., págs. 87 y ss., considera que el nacimiento de la obligación por razón de lo indebido ha de ser valorado desde el punto de vista del interés del acreedor, dado que el derecho a la repetición nace no como consecuencia ni desde el momento de la *solutio*, sino del hecho y desde el momento de la falta (inicial o sobrevenida) de la *iusta causa retentionis* por parte del *accipiens*. La *condictio* sería, en esencia, no *indebiti soluti*, sino más bien *indebiti retenti*.

sibilidad, legalmente admitida, de que la pretensión del *solvens* sea rechazada cuando el *accipiens* demuestra (art. 2.036) haberse desprendido, de buena fe, del título o de las garantías. En este caso, la irrepetibilidad de la prestación *absuelve* al *accipiens* siempre y cuando la restitución haga imposible, o muy difícil, el ejercicio del derecho de crédito contra el verdadero deudor (58).

En efecto: de poco le servía al *solvens* demostrar su falta de culpa en el acto del pago si, posteriormente, el *accipiens*, confiando en el pago efectuado, hubiese destruido el título o renunciado a las garantías del crédito. La ausencia de culpa entra en juego solamente cuando no hay apreciable perjuicio del acreedor que, habiendo mantenido intacta su postura frente al verdadero deudor, conserva, por ello, todos los instrumentos para la realización de su interés. Solamente en caso tal la tutela dispensada al *solvens* sería preeminente respecto a la del perceptor (59).

BREVE RECAPITULACION DE TODO LO HASTA AHORA EXPUESTO, BAJO LA EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DEL TRADUCTOR

A) Lo primero que sorprende al lector español, llamándole poderosamente la atención, es el vivo interés de la doctrina italiana en torno a dos temas «clásicos» del Derecho civil: el pago de lo indebido y el enriquecimiento injusto. Prueba palpable de ese vivísimo interés es el considerable número de autores, títulos y páginas que MOSCATI nos brinda en sus notas... en la casi total seguridad de que el joven profesor italiano ha omitido, conscientemente, más de un autor y más de una obra.

B) *Pago de lo indebido. Enriquecimiento injusto.* Dos temas, como decíamos, «clásicos». Como clásicos, eternos. Y, como eternos, partes integrantes de la trama del cotidiano vivir jurídico. No se trata, en modo alguno, de meros bizantinismos: la incidencia, mayor cada vez, del Derecho público, en general, y del Derecho financiero, en particular, en las viejas instituciones civiles, hace necesario replantear, en todo su rigor, la eterna problemática del pago de lo indebido. MOSCATI, con toda agu-

(58) En tal sentido, *vid.* en la doctrina menos reciente C. SCUTO, *Natura giuridica...*, cit., págs. 177 y ss., y G. ANDREOLI, *La ripetizione...*, cit., págs. 141 y ss.

(59) Así opina F. FERRARA, Jr., *Questioni in tema...*, cit., pág. 212. La irrepetibilidad de la prestación tiene como extremos la tutela al *accipiens* que «recibe lo suyo» (entrecomillado del autor) y la reacción del ordenamiento ante el comportamiento culposo del *solvens* (*vid.*, al respecto, BRECCIA, *Note in tema di pagamento non dovuto, fatto illecito e irrepetibilità della prestazione*, en *Studi in onore di E. Graziani*, Milán, 1973, págs. 89 y ss.).

deza, nos habla de una «cuestión palpitante»: la fluctuación del valor de la moneda y su (posible) terrorífico impacto en el viejo tema de la repetición de lo indebido.

C) Quizá en ninguna otra institución jurídica cabría hablar, con más propiedad, de la necesidad de hacer realidad tangible los *tria iuris praecepta*: *honeste vivere, alterum non laedere et ius suum cuique tribuere*. Así lo pensaron, o, al menos, así lo intuyeron, los juristas romanos clásicos al crear la fórmula procesal de la *condictio*, es decir: una acción personal y *abstracta* (consecuencia, esta última, del carácter formulario del procedimiento) encaminada, en último extremo, a restablecer el equilibrio, injustamente roto, entre dos patrimonios, por virtud de una *atribución patrimonial* no ajustada a Derecho. Surgen así la *condictio certae creditae pecuniae*, la *certae rei*, la *ex causa furtiva*, la *ob turpem vel iniustam causam*, la *causa data causa non secuta*, y, sobre todo, la *condictio indebiti*. La propia evolución del Derecho romano nos muestra claramente una doble evolución: *a)* la *causalización* de las *condictiones*, *b)* su conversión en auténticas y verdaderas *acciones*. Evolución que, en el fondo, obedecía a un único propósito, que antes apuntábamos: *restablecer el equilibrio, injustamente roto, entre dos (o más) patrimonios*. Con otras palabras: *evitar que una persona se enriquezca injustamente a cuenta de otra*.

D) Esta genérica prohibición de enriquecerse, en detrimento y daño de una persona, por cualquier *razón jurídica* (evito deliberadamente el empleo de la palabra *causa*) no ajustada a Derecho, ha sido tenida en cuenta, en forma más o menos explícita, por todos los ordenamientos vigentes. Así, el artículo 1.235-1 del Code, por más que introduzca, innecesariamente, el elemento *error*, cosa que ha sido duramente criticada por la doctrina más reciente. Más elástica, y por consiguiente, con más posibilidades de ser elevada a «norma universal de conducta» es la regla contenida en el parágrafo 812 del BGB. Nuestro Código, dentro de la más pura línea francesa, regula el cobro de lo indebido dentro de los cuasi contratos, y siempre supeditándolo al error (arts. 1.895 a 1.901).

E) Planteada la cuestión en los estrictos límites del vigente Derecho italiano (que, por cierto, prescinde de la denominación genérica de los cuasi contratos, regulando, como figuras autónomas, la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido y *el enriquecimiento injusto*, en sendos títulos del Libro IV), parte de la doctrina afirma que, en definitiva, el pago de lo indebido puede y debe ser estudiado desde dos puntos de vista opuestos e irreconciliables: *a)* el *subjetivo*, es decir: cuando el pago es llevado a cabo por persona distinta del deudor o/y en favor de persona distinta del acreedor, *b)* el *objetivo*, es decir: cuando se paga una deuda que jamás existió, o que, por la razón que sea, ya ha dejado de existir.

Ciertamente, no faltan argumentos a quienes así opinan. Las respectivas rúbricas de los artículos 2.033 (indebido objetivo) y 2.036 (indebido subjetivo) son el primer y más fuerte argumento, al que se añade, a efectos del cómputo de los respectivos plazos de prescripción, la doble hipótesis prevista en el artículo 1.442, apartados 2 y 3.

F) MOSCATI, por el contrario, sostiene que ambas figuras (indebido por razón del sujeto o del objeto) obedecen a un mismo y único principio, a saber: el de la *causalidad del pago*, uno de los principios más claramente expresados por el Derecho, desde el *Ius Romanum* hasta el vigente Codice, con su elemental secuela de repetición de lo indebido *sea cual fuere la razón de ese indebitum*. Así se desprende: a) del artículo 2.041, 1, del Codice, que no distingue entre una u otra categoría, ni hablar para nada de pago por error o por mera complacencia del *tradems*, b) de una interpretación conjunta de ambos preceptos (2.033 y 2.036) dentro del contexto general del Título en que ambos se hallan incardinados. Un título que marca, con absoluta precisión, los límites de la *restitutio* (obligaciones naturales, prestación contraria a las buenas costumbres, cosa genérica o determinada, buena o mala fe por parte del *accipiens*, caso de tercer adquirente a título oneroso o gratuito, pago recibido por un incapaz, reembolso de gastos y mejoras, etc.).

Se objetará que, pese todo, la *bona fides* desempeña un papel muy distinto en una y otra hipótesis, y que la *subrogación* no es idéntica en ambas figuras, y, en fin, que el artículo 1.180 permite el pago por tercero. Las objeciones, afirma MOSCATI, son más aparentes que reales. La buena fe, recuerda el profesor italiano, era algo consustancial al juego de la *condictio*, y de ahí las salvedades del Codice en caso de posteriores enajenaciones, o de que se trate de cosa genérica o determinada, etc. En pocas palabras: pese a la imposibilidad de codificar (nunca mejor dicho) la multiplicidad de hipótesis de pago de lo indebido, la formulación de un principio unitario y no dualista vendría a ser, en cada caso concreto, y siempre bajo el imperio de la equidad (no es lo mismo el caso del *solvens* que paga por mera complacencia, que el de quien lo hace para evitarse un perjuicio económico indirecto pero próximo), la llave maestra del sistema. Causalidad del pago, y *repristinización* en caso de falta de *iusta causa*, salva siempre la buena fe. Tal es, si no he interpretado mal, el pensamiento de MOSCATI.

SIGNIFICADO DE LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR EN EL DERECHO VIGENTE. LA IRREPETIBILIDAD DE LA PRESTACION COMO «SANCION» AL COMPORTAMIENTO CULPOSO DEL SOLVENS

Dentro del marco que acabamos de trazar, se explica razonablemente esa referencia al error excusable en el pago indebido subjetivo *ex latere solventis*, toda vez que el vigente ordenamiento concede validez al cumplimiento llevado a cabo por tercero en interés del acreedor (art. 1.180, 1) (60). Por el contrario, en el pago indebido, *ex persona debitoris*, la prestación es *no debida*, no ya como consecuencia de un error del *solvens*, sino, sobre todo, porque se ha dirigido hacia una pretendida e inexistente relación obligatoria entre el tercero y el acreedor (61). Esto no quiere

(60) Fundamentales, al respecto, las páginas de NICOLÒ, *L'adempimento...*, citado, 103 y 104.

(61) Para una explicación del indebido subjetivo *ex latere solventis* en clave causal, *vid.*, entre otros, OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milán, 1947, pág. 328; SERRAO, *Osservazioni sul fondamento dell'obbligazione da indebito*, en *Giur. comp. Cass. civ.*, 1949, III, págs. 7 y ss.; FIORENTINO, *La ripetizione dell'indebito nell'assegno bancario*, en *Foro it.*, 1949, I, c. 1230; SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo ex latere solventis e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*, en *Riv. dir. comm.*, 1957, I, págs. 58 y ss. En la doctrina menos reciente, G. ANDREOLI, *La ripetizione...*, cit., págs. 5 a 15, entendía (incluso reconduciendo la *condictio indebiti*, legalmente tipificada por el anterior Codice, a la prohibición de enriquecerse con daño de otro) que la repetición había de fundarse en la nulidad de la atribución como efecto de la inexistencia o de la no realización de la *causa solvendi*. El error, en cuanto tal, no tenía relevancia propia, pero estaba encuadrado en tal perspectiva, es decir, inexistencia o falta de *causa solvendi*. Este planteamiento no es nuevo: ya en el Derecho romano la existencia de la causa de la atribución era valorada con independencia del error del *solvens*; acerca de este punto, *vid.*, por todos, SOLAZZI, *Ancora dell'errore nella condictio indebiti*, en *Scritti di diritto romano*, IV, Nápoles, 1963, págs. 405 y ss. SOLAZZI sostiene, en la pág. 147 de su *L'errore...*, que éste, como requisito de la repetición de lo indebido, fue introducido por los compiladores justinianos. Haber reconocido en el error el fundamento de la *condictio* obligó a la doctrina postclásica a modificar la tradicional bipartición de las fuentes de las obligaciones, añadiéndoles las categorías de los cuasi contratos y cuasi delitos. Los ordenamientos modernos acusan esta superposición en el sistema que en su momento delineara GAYO en sus Instituciones (*vid. Digesto*, XLIV, 7,1: *Obligaciones aut ex contractu aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris nascuntur*). Efectivamente: mientras que el Code francés se remite a la cuádruple clasificación justiniana, añadiendo, sin embargo, la Ley como fuente de obligaciones (art. 1.370, 2), el legislador alemán contrapone a las relaciones obligatorias nacidas de contrato las relaciones de naturaleza no contractual. En realidad, el sistema del BGB no se aparta demasiado de la clasificación gayana de las fuentes obligacionales en contratos, delitos y *variis causarum figurae*, toda vez que los actos ilícitos, delictivos o no, y regulados por los parágrafos 823 a 853, presentan una propia individualidad, no menor que la de los contratos, pero ahora caracterizados por el elemento común de la *culpabilidad*. Para ulteriores consideraciones, con particular atención al artículo 1.173 del vigente Codice, *vid.* F. GALLO, *Per la ricostruzione...*, cit., págs. 211 y ss.

decir que una prestación de este tipo sea siempre y en todo caso repetible: se trata, solamente, de demostrar que el error, incluso el excusable, no es elemento constitutivo del supuesto de hecho, ni siquiera en el caso de pago indebido subjetivo *ex latere solventis* (62).

Efectivamente: una prestación puede ser «no debida» y, al mismo tiempo, no susceptible de repetición, como ocurre cuando el *accipiens*, con buena fe, se ha desprendido del título o de las garantías del crédito (art. 2.036, 1) (63). En pura hipótesis, aun cuando el *solvens* haya pagado creyendo ser, con excusable buena fe, el verdadero deudor, la excepción a favor del acreedor paralizaría el ejercicio de la *condictio*. Todo cuanto hemos dicho, en orden a la irrelevancia del error del *solvens*, halla su confirmación en el artículo 1.185.

A cuyo tenor: «El acreedor no puede exigir la prestación antes de término, a menos que éste haya sido establecido exclusivamente en favor suyo.

Sin embargo, el deudor no puede repetir lo que ha pagado anticipadamente, aunque ignorase la existencia del término. A pesar de ello puede repetir, en los límites de la pérdida experimentada, todo aquello que haya redundado en favor del acreedor como consecuencia del pago anticipado.»

En el caso que contemplamos, y pese a la terminología legislativa, existe una verdadera y auténtica acción de repetición, si tenemos en cuen-

(62) En sentido contrario opina, sin embargo, la mayoría de la doctrina italiana. Así, por ejemplo, y bajo el imperio del anterior Codice, CARNELUTTI, *Prova dell'errore*, cit., pág. 83. Entre otros autores más recientes, vid. DISTASO, *Legittimazione attiva del creditore control' accipiens. Indebito oggettivo ed errore del solvens*, en *Foro it.*, 1950, I, págs. 1187 y ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1963, págs. 47 y 48; RESCIGNO, epígrafe «Ripetizione...», cit., pág. 1231. Menos claro se presenta el parecer de C. SCUTO, *Natura giuridica...*, cit., pág. 82, en cuanto afirma, tras haber precisado que el error del *solvens* es requisito indispensable de lo indebido *ex personae debitoris*, que tal error no supone el verdadero fundamento de la repetición, ya que, de otro modo, la *condictio* vendría a resolverse en una acción de nulidad. Ciertamente: los que ven en el error la causa de la impugnación reconstruyen la *condictio indebiti* como acción de nulidad del cumplimiento, viciado de error, por parte de tercero. Así, F. FERRARA, Jr., *Questioni in tema...*, cit., págs. 211 y ss.; CAPOZI, *Vizi della volontà...*, cit., págs. 266 y ss.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1955, págs. 246 y ss. Interesante aparece el problema planteado por STOLFI, *Teoria general del negocio jurídico* (versión española de J. Santos Briz, ERDP, 2.ª edición, 1959), y, antes que él, COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Parte General, Milán, 1929, pág. 386, para el cual el error no da lugar a la ineficacia de la *solutio*, aunque haga surgir, a favor del *solvens*, un derecho a la repetición que de otro modo no hubiera podido tener lugar.

(63) Para un examen (dentro de un intento de reconstrucción unitaria de la *condictio*) de las diversas hipótesis, más o menos susceptibles de repetición, reconducibles al artículo 2.036, vid. SERRAO, *Osservazioni...*, cit., págs. 9 y 10.

ta el artículo 2.041, 1 (64), aunque *ex lege* sea una simple demanda de indemnización.

Por lo demás, y contra lo que pudiera deducirse de los términos del artículo 2.036, 1 («el que ha pagado un débito ajeno, creyéndose deudor por error excusable...», etc.), solamente partiendo de una inexacta visión del problema cabría reconocer en el error el fundamento de la *condictio*, y la subordinación de la repetición al error (65). El error no es un elemento ulterior del supuesto de hecho, añadido a la falta de *causa solvendi* (66), sino, todo lo más, un medio para demostrar que el *solvens* no tenía intención de referir la prestación a la relación existente entre el *accipiens* y el verdadero deudor (67).

Releyendo el citado precepto, se obtiene la impresión de que el legislador ha tenido en cuenta el error bajo un aspecto distinto del causal, y que, más bien, ha querido proteger al *accipiens* (en este caso, el verdadero acreedor), el cual, a falta de una expresa declaración del *solvens*, mal podrá saber si este último actúa en calidad de tercero o por creerse el verdadero deudor (68). El hecho de que el tan repetido precepto legal haya

(64) En tal sentido, *vid.* NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1966, pág. 144. *Vid.*, igualmente, MORI-CHECCUCCI, *L'arricchimento senza causa*, Florencia, 1943, págs. 126 y ss.; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento...*, cit., págs. 28 y 129; BARBIERA, *L'ingiustificato...*, cit., págs. 134 a 136. Incluso en el sistema del BGB la prestación anticipadamente cumplida no da lugar a repetición (parágrafo 813, 2). *Vid.*, por todos, al respecto, VON TUHR, *Parte general...*, cit., II, 2.

(65) Así, textualmente, OPPO, *Adempimento...*, cit., pág. 328, nota 2.

(66) La valoración del error como elemento constitutivo de lo indebido *ex persona debitoris*, o como hecho impeditivo de la *condictio*, ofrece enorme interés en un doble aspecto: la carga de la prueba y la incidencia de la duda del *solvens*. En el primer caso, la prueba del error corre a cargo de quien actúa directamente en la repetición, siendo de cargo del *accipiens* el demostrar la inexcusabilidad de dicho error. SCHLESINGER, *L'indebito...*, cit., propugna una equiparación entre la *scientia* de lo indebido y la excepción de pérdida, de buena fe, del título o de las garantías del crédito (*vid.*, sin embargo, las consideraciones críticas de RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione...*, cit., pág. 1231 y nota 75 de este trabajo). Por lo que a la duda respecta (duda del *solvens*) si, efectivamente, el *solvens* debe probar su error, la incertidumbre en torno a la verdadera titularidad de la deuda hace inadmisibles el ejercicio de la *condictio*; muy al contrario, la duda le favorece si la *scientia indebiti* es un hecho impeditivo de la repetición. (Así opina CARNELUTTI, *Prova dell'errore...*, cit., pág. 82, y, en la doctrina menos reciente, RESCIGNO, op. últ. citado. Para un más profundo examen del problema de la «duda», *vid.* G. ANDREOLI, *La ripetizione...*, cit., págs. 105 y ss.)

(67) En tal sentido, *vid.*, bajo el imperio del anterior Codice, G. ANDREOLI, *La ripetizione...*, cit., págs. 81 y ss.; C. SCUTO, *Natura giuridica...*, cit., pág. 82 (*vid.*, en torno al pensamiento de SCUTO, *supra*, nota 62). En la literatura más reciente, *vid.*, entre otros, OPPO, *Adempimento...*, cit., pág. 328, nota 2; SERRAO, *Osservazioni sul fondamento...*, cit., pág. 14; SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo...*, citado, pág. 68.

(68) Acerca de la necesidad de una referencia, expresa o tácita, por parte del *solvens*, a la relación existente entre el *accipiens* y el verdadero deudor, *vid.* las claras anotaciones de NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pág. 136. Efectivamente, la falta de declaración, la referencia a la relación preexistente puede ser deducida de

recargado el acento, no ya sobre el error en cuanto a tal, sino en cuanto a la excusabilidad del mismo, es índice harto elocuente de la «degradación» del error, que, de ser un hipotético requisito del supuesto de hecho, ha pasado a ser un mero «límite externo» de la repetición, o dicho de otro modo: la Ley no subordina la *condictio* a la existencia de error, sino que solamente niega la posibilidad de restitución en caso de comportamiento culposo del *solvens* (69). O, en fin, con otras palabras: la norma, al exigir el requisito de excusabilidad del error, ha introducido un elemento de *autorresponsabilidad* (subrayado del traductor), en proporción al cual ha de ser valorada la conducta del autor de la prestación (70). Por otra parte, cuando *no existe relación obligatoria* (subrayado del traductor), a la cual se ha dirigido el pago, parece completamente fuera de lugar aludir al error del *solvens* para demostrar la inexistencia de *causa solvendi* (71). En tales casos, se trata de «prestación indebida» (el entrecor-

los hechos concluyentes a través de un proceso interpretativo de la voluntad del *solvens*. (En tal sentido, *vid.* ZEISS, *Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung*, en *Juristenzeitung*, 1963, págs. 7 y ss.) A falta de tal referencia, expresa o tácita, la prestación del tercero puede ser considerada como cumplimiento de deuda ajena solamente teniendo en cuenta elementos objetivos que excluyan la intención del *solvens* de hacer efectiva una relación jurídica propia. Y esto podría acontecer cuando el acreedor haya subrogado al tercero, en el momento de recibir la prestación, en sus derechos hacia el verdadero deudor (art. 1.201), o cuando la relación entre el *accipiens* y el verdadero deudor tenga como objeto una cosa no fungible, o, de cualquier forma, distinto de uno eventual, según la relación existente entre el acreedor y el *solvens* (*vid.* NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 144).

(69) Análogo proceso, con todo y con faltar una norma semejante al artículo 2.036, 1, tiene lugar, como vimos, *supra*, en la nota 47, en el Derecho francés, en el que, por tradición, siempre prevaleció la tesis de la trascendencia del error (*vid.*, *supra*, nota 28).

(70) Tal RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione...*, *cit.*, pág. 1232; SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo...*, *cit.*, pág. 69. Tesis que, con ciertas reservas, admite BRECCIA, *Note in tema di pagamento...*, *cit.*, págs. 96 y 97, y en *La buona fede del pagamento...*, *cit.*, págs. 173 y 174. Existen, igualmente, casos análogos en el Tribunal de Casación (el traductor no los transcribe).

(71) En tal sentido, *vid.* SOLAZZI, *Ancora dell'errore...*, *cit.*, pág. 429, remitiéndose a un fragmento de PAULO contenido en el *Digesto*, XII, 6, 65, 2. En cuanto a la doctrina estrictamente civilística, *vid.* SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo...*, *citado*, pág. 68. Entiende el citado autor que, para la validez de una atribución patrimonial, no basta la simple voluntad de atribución, toda vez que es necesario que la prestación lleve a cabo (*realizzi*) una causa reconocida como idónea por el ordenamiento jurídico. Observa igualmente SCHLESINGER que el legislador es el árbitro a la hora de determinar cuáles puedan ser las causas justificadoras de la atribución. En nuestro ordenamiento tales *causas* (subrayado del autor) son, junto a la preexistencia entre las partes de una válida relación obligatoria, la existencia de una obligación moral o social (art. 2.034), o de una relación obligatoria entre el *accipiens* y un tercero (*rectius*: el verdadero deudor), siempre que el *solvens* sepa ser un extraño en tal obligación y quiera referir su prestación a una relación ajena a él (art. 1.180, 1). En tal sentido, *vid.*, *supra*, nota 68.

millado es del autor. Y las palabras que siguen, adición del traductor: *faltando la causa, huelga aludir al error del solvens*).

En definitiva: La prevalencia del interés del *solvens* queda eliminada si éste ha ignorado culposamente la realidad. Con otras palabras: siempre que, actuando con normal diligencia, haya podido advertir que no era él el verdadero deudor. Que la relación obligatoria existía, sí, pero referida, en su aspecto pasivo, a persona distinta (72).

La relevancia (negativa) atribuida por el artículo 2.036, 1, a la inexcusabilidad del error, y que se traduce en la irrepetibilidad de la prestación, supone una especie de «sanción» al *solvens* por parte del ordenamiento jurídico (73). Esto es indudable: la *condictio* queda eliminada, incluso cuando no haya existido perjuicio por parte del *accipiens*. La culpa del *solvens*, insistimos, aparea la inadmisibilidad de la repetición, aun cuando el acreedor sepa que el autor de la prestación no es el verdadero deudor, y que no actúa en calidad de tercero (adición del traductor: *vid., supra*, artículo 1.180 del Codice).

En este último caso, si, por añadidura, el *accipiens* procede de mala fe, es evidente que la denegación de la *condictio* no puede, en modo alguno, conectarse a la exigencia de salvaguardar su confianza y seguridad (*affidamento*), que no subsiste (74). Solamente en forma refleja la irrepetibilidad de la prestación se traduce en un refuerzo de la protección al *accipiens*, reteniendo éste, en forma definitiva, la prestación (75). Naturalmente, el panorama varía cuando, junto a la culpa del *solvens*, coexista una actitud de engaño por parte del *accipiens* o del verdadero deudor. En caso tal, si el error, aun siendo excusable, no es imputable al *solvens*,

(72) *Vid.*, por todos, SCHLESINGER, *L'indebito...*, cit., pág. 70.

(73) Tal opina SCHLESINGER, op. últ. cit., págs. 69-70. *Vid.*, igualmente, *supra*, nota 70.

(74) Sobre este punto, *vid.*, no obstante, las reservas de OPPO, *Pagamento invalido di titolo all'ordine, ammortamento, ripetizione d'indebito*, en *Giur. it.*, I, 2, págs. 497 y ss. Para este autor la no relevancia de la inexcusabilidad habría de limitarse al caso del *accipiens* sabedor de que la deuda satisfecha no le era debida.

(75) Muy al contrario, el principio de autorresponsabilidad, contenido en el artículo 2.036, 1, carga sobre el *solvens* la prueba de ausencia de culpa (textualmente, RESCIGNO, epígrafe *Ripetizione...*, cit., pág. 1232). Tal solución parece justificada solamente cuando el perceptor no pueda determinar, a falta de una expresa declaración del *solvens*, a qué relación, propia o ajena, trata de imputar su prestación. En tales casos, la mejor solución es la de poner a cargo de quien actúa en repetición la prueba de no haber sido negligente. Cualquier otra solución haría extremadamente difícil la postura del acreedor. Efectivamente, parece más equitativo que corra a cargo del autor de la prestación el demostrar que la ha cumplido sin culpa, que imponer a la parte contraria la prueba del hecho opuesto. Si, por el contrario, no se tiene en cuenta la seguridad del acreedor, hubiera sido más oportuno atenuar la responsabilidad del *solvens*, cargando sobre el *accipiens* la prueba del estado de las cosas y de informar de ello a la otra parte.

la repetición debe ser admitida sin límites de ningún tipo (76), salvo, en su caso, el derecho a resarcimiento de daños frente al autor del hecho ilícito (77).

ENRICO MOSCATI

Catedrático de la Universidad
de Perugia

Traducción y notas de

TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI
Y MARTÍN-CÓRDOVA

Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

(76) Tal es la tesis de SCHLESINGER, *L'indebito soggettivo...*, cit., pág. 69. En el mismo sentido, *vid.*, en la doctrina francesa, LOUSSOUAURN, *La condition...*, citado, págs. 215 y 216.

Para aclaración del texto, hágase constar que la repetibilidad de la prestación como consecuencia del dolo del verdadero deudor halla su límite siempre que el perceptor se haya desprendido, con buena fe, del título o de las garantías del crédito. En caso tal, y sobre la subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor, se superpondría, acompañándolo, el poder de actuar contra el verdadero deudor por los daños consiguientes a la denegación de la *condictio*. El problema ha sido reconsiderado, *funditus*, referido al dolo o violencia moral proveniente del *accipiens*, por BRECCIA, *La buona fede...*, cit., págs. 174 y ss.

(77) Está por ver si, sobre la base de los principios generales, ha de responder por daños el perceptor que se ha limitado a recibir la prestación «no debida» cuando, incluso con conocimiento de la acción por el verdadero deudor, no haya sido informado de ello por el *solvens*.