

sea aplicable el texto del art. 1,377 fuera del caso de destrucción del título, esto es evidente; queda por saber si el intérprete puede extender esta disposición; y ella es, bajo todo aspecto, de estricta interpretación. En primer lugar, está fundada en una presunción de culpa, y las presunciones no se extienden por vía de analogía. Después pronuncia un decaimiento; aquel que ha pagado pierde el derecho que tenía de promover en repetición; y los decaimientos son de derecho estricto. Además, el decaimiento sería agravarlo; al decir que cesa el derecho de repetición, la ley abre á aquel que ha hecho el pago indebido un recurso contra el verdadero deudor; y si el crédito ha prescrito, este recurso se hace imposible. Se agrava, pues, el decaimiento y se quita todo derecho á aquel que ha pagado; esto es establecer una pena, y no hay pena sin ley.

Se enseña también que el derecho de repetición cesa cuando el acreedor ha renunciado á los privilegios, hipotecas ó cauciones que garantizaban el pago del crédito, ó que descuidó de conservarlos renovando la inscripción hipotecaria. Hay una sentencia de la Corte de Casación que supone que la radiación de la inscripción equivale á una suspensión de título; (1) pero la Corte no decide la cuestión. En nuestro concepto, debe decidirse negativamente por los motivos que acabamos de exponer en lo que se refiere á la prescripción.

364. La ley concede un recurso á aquel que ha pagado indebidamente contra el verdadero deudor. ¿Cuál es este recurso? Creemos que es una sencilla acción *de in rem verso*. El tercero no ha pagado por cuenta del deudor ni en su nombre; no hay, pues, mandato ni gestión de negocios; es verdad que el tercero, creyendo hacer su negocio, hizo el del deudor; pero en la opinión que hemos enseñado esto es una acción *de in rem verso*, y no un caso de gestión de ne-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 733. Denegada, 8 de Febrero de 1848 (Daloz, 1848, 1, 214).

gocios (núm. 334). Los autores admiten que el tercero está subrogado á los derechos del acreedor. ¿Cuál sería esta subrogación y en qué se fundaría? Unos dicen que hay subrogación en virtud de la ley: (1) ¡Habría, pues, una subrogación legal sin texto! pues el art. 1,377 no habla de subrogación, ni siquiera dice cuál es la acción que el tercero puede intentar contra el deudor. Otros invocan los principios generales; dicen que el tercero que ha pagado la deuda, no pudiendo repetir, resulta que está obligado á la deuda bajo forma de no repetición. (2) Citamos textualmente para enseñar hasta qué punto llega el desvarío de la doctrina cuando abandona el terreno salido del texto para lanzarse en el campo de las hipotecas.

§ III.—DE LA ACCION EN REPETICION.

Núm. 1. ¿Quién tiene derecho de promover y qué debe probar la demanda?

365. La acción en repetición de lo indebido pertenece á aquel que ha pagado indebidamente; el texto y el buen sentido lo dicen (arts. 1,376 y 1,377). La Corte de Casación ha sentenciado que en el caso en que el pago indebido ha sido hecho á aquel que no es acreedor, el verdadero acreedor puede repetir lo que ha sido indebidamente pagado. Hé aquí el caso: La administración del ferrocarril habiendo avisado á los comerciantes que debían recoger en la estación las mercancías á ellos consignadas, aun las entregables á domicilio, los interesados encargaron á unos empresarios de conducción la entrega de todos los bultos que les fueran consignados, y avisaron á la compañía para que entregase los tales bultos á dichos empresarios. La compañía hizo la entrega de los bultos á dichos empresarios; pero en la per-

1 Mourlon, t. II, pág. 883, núm. 1,680, y *Tratado de las subrogaciones*, pág. 478.

2 Larombière, t. V, pág. 648, núm. 11 (Ed. B., t. III, pág. 405).

cepción de los precios de transporte pagados directamente por los destinatarios, no hizo la reducción de los gastos relativos á las carretas. Los negociantes pagan, pues, á la compañía gastos de acarreo que no le debían. ¿Quién tenía derecho de promover en repetición? Los destinatarios, no hay que decirlo, pero ellos no promovieron; la acción fué intentada por los empresarios de transporte, acreedores de los gastos de acarreo ¿era de recibir su acción? Fué admitida, y en el recurso, la Corte de Casación pronunció una denegada, fundada en que la acción en repetición de lo indevido no está exclusivamente ligada á la persona de aquel que paga indebidamente. (1) Nó, seguramente. Los destinatarios teniendo acción en repetición, sus acreedores, los empresarios de transporte, podían ejercitarla en su nombre en virtud del art. 1,166. Pero no es como parece entenderlo la Corte; no cita el art. 1,166 sino el 1,121; parece, pues, admitir que el acreedor verdadero tiene acción en repetición en su nombre, y es efectivamente en este sentido como el Procurador general había formado sus conclusiones. Así entendida la decisión nos parece muy dudosa. ¿En virtud de qué derecho promovería el acreedor? El cuasicontrato que nace del pago indevido se forma entre el que paga indebidamente y el que recibe lo que no se le debe; el acreedor verdadero está fuera del cuasicontrato. ¿En virtud de qué derecho promovería, pues? El Procurador general no da ningún argumento jurídico en apoyo de sus conclusiones; se limita á decir que si los destinatarios, por razón de la insignificancia de la suma pagada no promovían en restitución, la compañía guardaría lo que percibió indebidamente. Y ¿qué importa? Así sucede en todos los casos en que el que tiene derecho de promover no lo hace. ¿Es que su inacción da derecho á terceros que no son partes en el cuasicontrato?

1 Denegada, 6 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1871, 1, 348, y la requisitoria del Abogado general Reverchon).

366. ¿Qué debe probar el demandante en repetición? Debe probar, según el derecho común, los hechos que hacen el fundamento de su demanda. ¿Y en qué se funda la acción en repetición? Ella supone, primero, que un pago ha sido hecho: Lo que ha sido pagado sin ser debido está sujeto á repetición (art. 1,235). Es, pues, necesario, que aquel que promueve en repetición, pruebe que ha pagado. ¿Cómo se hará esta prueba? Según el derecho común; luego por escrito si la cosa juzgada pasa de 150 francos (art. 1,341). ¿Se dirá que el art. 1,348 hace excepción á la regla del art. 1,341 para las obligaciones que nacen de los cuasicontratos? Hemos contestado de antemano á la objeción: la excepción solo se aplica al caso en que ha sido imposible al demandante procurarse una prueba literal; y es muy fácil á aquel que ha pagado procurarse una prueba literal de su pago; esto es, pedir un recibo, y la más sencilla prudencia le hace un deber de pedirlo. No está, pues, en el caso de la excepción, por consiguiente, queda bajo el imperio de la regla.

367. El demandante en repetición debe probar, en segundo lugar, que ha pagado lo que no debía. ¿Cómo lo probará? Hay que distinguir los tres casos en los que hay lugar á repetición. En el caso previsto por el art. 1,377, la deuda existe, pero el pago está hecho por aquel que no era deudor; es, pues, necesario que el demandante pruebe que no era deudor, lo que equivale á hacer la prueba de la deuda, pues probándola, prueba que era deudor. ¿Será admitido á esta prueba por testigos? La afirmativa no nos parece dudosa. Aquel que paga es un tercero en cuanto á la obligación contraída por el verdadero deudor; y desde que el tercero invoca un contrato, debe ser admitido á probarlo por testigos, pues le ha sido imposible procurarse una prueba literal de un contrato en el que fué extraño; se encuentra uno en el caso de la excepción prevista por el art. 1,348.

¿Sucederá lo mismo si el deudor paga lo que debe, pero á otra persona que el verdadero acreedor? Nó, pues siendo deudor, fué parte en el contrato, pudo y debió, pues, procurarse una prueba literal; es, por consiguiente, según el derecho común como deberá probar cuál es el verdadero acreedor; luego por escrito si el monto del crédito pasa de 150 francos.

Queda la tercera hipótesis. No hay deuda. ¿Cómo probará el demandante que no existía deuda? Hay varias hipótesis en las que la deuda no existe; la naturaleza de la prueba depende de la naturaleza del hecho que se trata de probar. Si la deuda indebidamente pagada era extinguida, deberá probar el modo de extinción; y la prueba de la extinción de las obligaciones está sometida á los mismos principios que la de su existencia: Se aplica, pues, el derecho común. Lo mismo sucede en el caso en que la deuda es inexistente ó nula; en este caso, hay que probar cuál es la condición que falta para la existencia ó la validez de la obligación. En todos los casos en que el hecho es de naturaleza á ser probado según las reglas generales acerca de la prueba, la cuestión no es dudosa. Pero la prueba se hace muy difícil cuando el demandante pretende que nunca hubo deuda ninguna por él contraída. Si el recibo marca que tal deuda ha sido pagada, ó si las partes están de acuerdo en este punto, la prueba está limitada á la existencia de la deuda que ha sido pagada. Esta prueba podrá hacerse por testigos, y esto será todavía muy difícil; es seguro que no se puede exigir una prueba literal de la existencia de una deuda; se hace acta por el contrato, pero no se hace por el hecho negativo que no intervino en la convención. El demandante será admitido á la prueba testimonial, y si no llega á hacerla, su acción en repetición no será admitida. Culpa suya es, después de todo, el haber pagado una deuda que no existía. Todo pago supone una deuda; si aquel que pretende

haber pagado sin que hubiese deuda, no llega á probarlo, se debe creer que el pago fué hecho en virtud de una deuda. (1)

Queda una última hipótesis, la más difícil en lo que se refiere á la prueba. El recibo no dice que la deuda ha sido pagada, y las partes no están acordadas en este punto. Al demandante toca dar la prueba; debe, pues, probar que entendió pagar tal deuda y que ésta no existía. Esta prueba puede ser de tal manera difícil, que parece imposible. Nó, porque consiste en probar un hecho enteramente negativo. ¿El demandante debe probar que no es deudor, en virtud de ninguna causa posible de obligación? No probó que ha pagado, y todo pago supone una deuda determinada; debe, pues, probar cuál es la deuda que entendió pagar. Decimos que debe probarlo. Se ha sostenido que bastaba decir: "es para pagar tal deuda por lo que entregué la suma ó la cosa de que reclamo la restitución; esta deuda no existía; luego tengo derecho á repetición." (2) Esto no es serio. No se afirma en justicia, se aprueba; no basta, pues, decir que se entendió pagar tal deuda, hay que probar esta alegación, y si no se prueba, la demanda en repetición será desechada.

Hay un caso en que, por excepción, el demandante no debe probar la existencia de la deuda; vamos á tratarlo al ocuparnos de la tercera prueba que le incumbe.

368. El demandante en repetición debe también probar que ha hecho el pago por error, pues sin error no hay repetición; toca, pues, á aquel que repite probar el error. Hay, sin embargo, controversia acerca de este punto. Se enseña que, una vez hecha la prueba de que el demandante ha pagado lo que no debía, la presunción es que lo hizo por error; se dice, en efecto, que aquel que paga lo que no debe, tira su dinero, á menos que tenga la intención de hacer una liberalidad; y nadie ha presumido dar; luego debe suponer-

1 Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 672, núm. 357 bis 8°.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 832, núm. 1,677.

se que aquel que hizo un pago indebido lo hizo por error. De esto se saca la consecuencia que toca al demandado probar que el pago le fué hecho en un espíritu de liberalidad, ó por otra causa justa. Se admite una excepción á esta presunción que se invoca en favor del demandante. El error ya no se presume, y el demandante debe ministrar su prueba cuando la excepción perentoria que pruebe el pago indebido deja subsistir una obligación natural, ó un deber de conciencia: tal es la prescripción. En fin, se agrega también una restricción á esta teoría, distinguiendo entre el error de derecho y el error de hecho; unos dicen que la ignorancia del derecho nunca se presume; toca á aquel que alega el error, el probarlo; otros dicen que el juez tiene un poder discrecional, que podrá mostrarse más severo cuando se trata de un error de derecho, y más fácil si se trata de un error de hecho. (1)

En nuestro concepto, esta doctrina es puramente arbitraria. No tiene fundamento ni en el texto ni en el espíritu de la ley. Se dice que el error se presume, y que toda persona es presumida á conocer el derecho. Hemos más de una vez desechado esta última presunción. En cuanto á la presunción de error, no puede ser asunto de una presunción legal, puesto que no hay ley que la establezca. En el caso en que el juez puede decidir la contestación por presunciones ordinarias, dichas del hombre, podrá sin duda juzgar, fundándose en las circunstancias de la causa, cuando hay error; pero siempre tocará al demandante dar la prueba del error, en este sentido, que él es quien debe establecer las presunciones graves, precisas y concordantes de las que resulte que hizo el pago por error. El motivo que se da para dispensar al demandante de dar la prueba se vuelve contra él. Sin duda que nadie es presumido de tirar su dinero; pero qué debe

1 Larombière, t. V, pág. 634, núms 30-32 (Ed. B., t. III, páginas 399 y siguientes). Aubry y Rau, t. IV, pág. 730, y notas 10 y 11, pfo 442.

concluir de esto? Hay que decir con Toullier que esto es una razón más para imponer la prueba del error al que, contra toda probabilidad, sostiene que ha pagado por error lo que no debía. (1)

369. Mantendremos, pues, la regla escrita en la ley, en virtud de la cual el demandante debe probar el fundamento de su demanda. Sin embargo, en derecho romano, esta regla sufría una excepción en lo que se refiere á la existencia de la deuda y del error. Se supone que el demandado comience por negar de mala fe haber recibido la cosa que el demandante repite; si el demandante prueba en este caso que el demandado la recibió, ya nada queda que probar, ni la existencia de la deuda ni el error. Los autores modernos están unánimes en admitir esta excepción, y puede justificarse, aunque esté de principio que no hay excepción sin ley; la excepción resulta, en este caso, de la denegación hecha por el demandado y de la prueba contraria ministrada por el demandante. Reclamo contra Pedro una suma de 1,000 francos que pretendo haberle pagado indebidamente. Pedro niega haber recibido dicha suma. Pruebo que se la entregué. Por esto mismo pruebo que he pagado lo que no debía y que lo pagué por error. En efecto, negando haber recibido los 1,000 francos que realmente recibió, Pedro reconoce implícitamente que no había deuda, pues si la hubiera habido, no hubiera negado haber recibido su pago. Queda, pues, probado por su confesión que recibió los 1,000 francos indebidamente. Queda también probado que los recibió sin causa; es decir, á consecuencia de un error de parte mía, pues si hubiese pagado concientemente los 1,000 francos sin deberlos, hubiera hecho una liberalidad á Pedro; y Pedro, aceptando los 1,000 francos, hubiera habido un donativo manual, y Pedro no hubiera negado haberlos recibido si esto hubiera sido á título de donativo. Por lo tanto,

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 51, núm. 64.

su negativa y la prueba contraria que he hecho, establecen que Pedro recibió los 1,000 francos sin que hubiese deuda ni liberalidad; luego nada tengo que probar, y Pedro debe restituir los 1,000 francos, á no ser que él pruebe, después de haber negado, haber recibido los 1,000 francos y que tenía una justa causa para recibirlos. Esto es decir que la prueba recae en él. (1)

Núm. 2. Obligaciones de aquel que recibió la cosa indebidamente.

Núm. 1. Principio.

370. Según los términos del art. 1,356, aquel que recibe *por error ó concientemente* lo que no le es debido, se obliga á restituirlo á aquel de quien indebidamente lo recibió. La obligación de restitución es, pues, la misma, ya sea que el demandado haya recibido *por error*; es decir, de buena fe, ó *concientemente*; es decir, de mala fe. En efecto, la buena fe de aquel que recibe lo que no se le debe, no es un título que permita retener lo que se recibió indebidamente; al contrario, le impone el deber de restituirlo desde que conoce que el pago fué indebido. Pero si la obligación de restituir es lo mismo para aquel que recibió de buena fe y para aquel que recibió de mala fe, no sucede lo mismo con la extensión de esta obligación; resulta de los arts. 1,378 y 1,380 que la ley se muestra más severa para el demandado de mala fe que para el demandado de buena fe; nada más justo. ¿Por qué aquel que la recibió de buena fe está obligado sin su consentimiento en virtud del cuasicontrato de lo indebido, ó para mejor decir, en virtud de la ley? Porque la equidad no permite que se enriquezca sin derecho, á expensas del que

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 54, núms. 69 y 70 y todos los autores. Véase Aubry y Rau, t. IV, pág. 731, y nota 12. Debe agregarse Mourlon, t. II, pág. 882, núm. 1,678.

le pagó indebidamente. Tal es el principio de su obligación, y este principio limita también su extensión; está obligado por cuanto se enriqueció. Diferentemente pasa con aquel que recibió indebidamente lo que no se le debía; es culpable de dolo y debe reparar el perjuicio que ha causado por su mala fe; poco importa que se haya enriquecido ó no, la moral y el derecho exigen que soporte todas las consecuencias del dolo, aunque no hubiera sacado ningún provecho. (1)

371. Cuando se dice que la extensión de la obligación de restitución varía según que el demandado es de buena ó de mala fe, debe entenderse por demandado aquel que recibió el pago indebidamente. Si la repetición está ejercitada por los herederos, no se toma en cuenta su buena fe. Al aceptar la herencia, suceden á las obligaciones del difunto; si éste fué de mala fe, está obligado por los perjuicios que ha causado por su dolo, y esta obligación pasa á sus herederos. Esto es de derecho común. (2)

II. Aplicación.

1. Pago indebido de una suma de dinero ó de una cosa fungible.

372. El art. 1,378, dice: "Si hubo mala fe de parte de aquel que recibió, está obligado á restituir, tanto el capital, como los intereses desde el día del pago." Se concluye de esto que aquel que recibió una suma de buena fe solo debe restituir el capital, y que no está obligado á restituir los intereses. (3) Si la cuestión pudiera decidirse según los principios, debiera decirse que á pesar de la buena fe, aquel que

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 73, núm. 94, y pág. 82, núm. 103.

2 Casación, 17 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 273). Denegada, 10 de Junio de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 117). Aubry y Rau, t. IV, pág. 737, nota 33 (4ª edición).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 735. Mourlon, t. II, pág. 884, número 1,681. Colmet de Santerre, t. V, pág. 674, núm. 359 bis I. Larombière, t. V, pág. 664, núm. 10 (Ed. B, t. III, pág. 411).

recibió los intereses debe restituirlos; en efecto, se enriquece tanto con el capital, como con los intereses y está obligado por cuanto se ha enriquecido. Sin embargo, la intención del legislador parece haber sido la de no someter á la restitución de los intereses á aquel que recibió la cosa de buena fe. El relator del Tribunado dice que el demandado de buena fe solo estará obligado á restituir los intereses desde el día de la demanda. (1) No da motivo en apoyo de esta resolución; puede solo inducirse de sus palabras que la ley aplica al pago indebido el principio general del art. 1,153, en virtud del cual los intereses solo se deben á partir del día de la demanda. La razón es mala; si los intereses no corren en las obligaciones convencionales sino á partir de la demanda, es que tocaba al acreedor haberlo estipulado; no puede decirse otro tanto de los cuasicontratos. En esta materia el principio de equidad es el que domina: aquel que recibe una suma que no le es debida y que percibe sus réditos, se enriquece; luego debe restituirlos. Se invoca el artículo 549: si el poseedor de buena fe gana los frutos. ¿Por qué aquel que de buena fe recibe un capital, no ganaría los intereses? Contestaremos que no hay ninguna analogía entre el poseedor de buena fe y el demandado á la acción en repetición; el primero goza en virtud de un título de que ignora los vicios; el segundo, no tiene ningún título por el solo hecho que recibe lo que no le es debido; está obligado á restituir por cuanto se ha enriquecido, y se ha enriquecido por los intereses. Buscamos en vano el motivo jurídico que le permita enriquecerse á expensas de aquel que hizo el pago indebidamente.

373. Se llega hasta sostener que si los intereses de una renta han sido pagados indebidamente, aquel que los recibió no está obligado á restituirlos; se dice que, en efecto, los réditos son el producto del capital, y el poseedor de buena

1 Tarrible. *Discursos*, núm. 16 (Locré, t. VI, pág. 236).

fe gana los intereses. (1) La Corte de Casación se pronunció por la opinión contraria, y nosotros no titubeamos en ponernos á su lado. Sin duda, son intereses, pero se trata de saber, en nuestro caso, lo que debe restituir el demandado; debe restituir lo que ha recibido indebidamente; luego los intereses que le han sido pagados; los intereses constituyen aquí un capital, puesto que son la cosa misma que ha recibido. Es un error decir que aquel que recibe dichos réditos es un poseedor de buena fe; no posee el crédito con relación de quien ha pagado los réditos, pues no es su acreedor. Queda, pues, un pago recibido sin derecho y que, por consiguiente, debe ser restituido. (2)

374. Si las cosas fungibles han sido pagadas indebidamente, aquel que las recibió debe restituir cosas de igual cantidad y cualidad. ¿Si es de mala fe, debe los intereses del valor estimativo de estas cosas á partir del día del pago? La afirmativa no nos parece dudosa; (3) aquel que es de mala fe debe indemnizar al demandante en repetición por el perjuicio que le causó; y no es indemnizar el restituir una suma que solo representa el capital y no su producto. Se objeta que las cosas fungibles nunca producen réditos de pleno derecho. (4) Hemos contestado de antemano á esta objeción: se trata de un goce que se ha tenido indebidamente y que impone al que gozó de mala fe la obligación de indemnizar completamente al propietario á quien privó de dicho goce por su dolo.

2. Pago indebido de cosas determinadas.

375. La cosa debe ser restituida con sus accesorios, sin

1 Massé y Vergé según Zachariæ, t. II, pfo 295, nota 4. Demolombe, t. IX, núm. 624.

2 Denegada, 4 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 362). Aubry y Rau, t. IV, pág. 735, y nota 28 (4ª edición).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 735, pfo. 442 (4ª edición).

4 Larombière, t. V, pág. 665, núm. 12 (Ed. B., t. III, pág. 411).

distinguir si aquel que la recibió era de buena ó de mala fe (art. 1,379). ¿Qué debe decidirse de los frutos? Pothier contesta, conforme al derecho romano, que los frutos deben ser restituidos aún por aquel que los hubiera recibido de buena fe; y da de ello una razón decisiva, esto es, que los aprovechó; y está obligado por cuanto se ha enriquecido. (1) El art. 1,378 pone los frutos en la misma línea que los intereses; debe, pues, decirse de los frutos lo que hemos dicho de los intereses (núm. 372). Se hace un singular ratiocinio para justificar la disposición del Código. Los artículos 549 y 550, dice Larombière, asientan un principio general, absoluto: todo poseedor de buena fe gana los frutos. Para que hubiera excepción en el caso de pago indebido, se necesitaría que ésta estuviera escrita en la ley; y el art. 1,378 confirma más bien este principio, puesto que no somete á la restitución sino al poseedor de mala fe. (2) Solo falta una cosa á esta argumentación, y es probar que aquel que recibe de buena fe un inmueble que no le es debido, sea un poseedor de buena fe, en el sentido del art. 549: ¿Puede aplicársele la definición que el art. 550 da del poseedor de buena fe? ¿Es que aquel que recibe indebidamente una cosa la posee "en virtud de un título translativo de dominio del que ignora los vicios?" ¿Cuál es ese título translativo? Asimilar á un poseedor de buena fe á aquel que recibe un pago indebido, es confundir dos órdenes de ideas completamente distintas; en el caso del art. 549, el demandante *reivindica*, no hay ninguna liga de obligación entre él y el poseedor; en el caso del art. 1,376, el demandante *repite* en virtud de un cuasicontrato que existe entre él y el demandado. Lejos de haber identidad entre ambas hipótesis, ni siquiera hay analogía.

376. ¿Quién soporta la pérdida ó el deterioro? El artículo

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núm. 172.

2 Larombière, t. V, pág. 663, núm. 9 (Ed. B., t. III, pág. 410).

lo 1,379 contesta á la cuestión en estos términos: "Si la cosa indebidamente recibida es un inmueble ó un mueble corporal, aquel que la recibió se obliga á restituirla tal cual si existe; ó su valor si ha perecido, ó sea deteriorada *por culpa suya*; es aún garante por la pérdida y caso fortuito, si la ha recibido de mala fe." Parece resultar de esto que si la cosa perece ó se deteriora por *culpa* de quien la recibió, responde por ello, sin distinguir si la recibió de buena ó mala fe.

Los autores están unánimes en desechar esta interpretación; la ley, así entendida, estaría en oposición con la tradición y con los principios. Aunque, dice Pothier, la cosa se hubiera despreciado ó deteriorado por el poco cuidado que de ella hubiera tenido el poseedor, el demandante en repetición no podría quejarse de ello, pues el poseedor ha descuidado la cosa como suya. Pothier dice aún que la cosa le pertenecía; hacemos algunas reservas acerca de este punto. (1) Basta que, por el hecho de aquel que pagó, el poseedor se haya creído propietario para que no pueda hacérsele responsable por no haber conservado la cosa como buen padre de familia; no crea ser deudor, no puede, pues, estar obligado como lo está un deudor. ¿Pero cómo conciliar el texto con los principios? El art. 1,378 dice que si la cosa perece por *culpa* de quien la recibió, éste debe su valor; y, en tanto que es de buena fe, la *culpa* no se concibe, puesto que se creía propietario. ¿Cuándo tendrá la culpa? Pothier contesta: desde el momento que tendrá conocimiento que la cosa no le es debida, pues desde este momento, la buena fe le obliga á conservar la cosa, con el fin de poder llenar su obligación de devolverla á quien se la entregó; por tanto, está obligado por los deterioros ó pérdidas que sobrevendrían á la cosa por falta de haberla conservado como buen padre de familia. Esta explicación tomada de Po-

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núms. 170 y 171.

thier, es la generalmente admitida, concilia el texto con los principios. (1)

Si aquel que recibió indebidamente es de mala fe, está en falta desde el momento en que recibió cuando no conserva como un buen padre de familia, pues desde entonces sabía que debía devolverla, lo que lo obliga á conservarla. El art. 1,378 dice que es aún gerente de la pérdida por caso fortuito. Así, está obligado de derecho pleno en virtud de la ley; se le debe, pues, aplicar la disposición del art. 1,302, concerniente á los efectos de la demora; el deudor, aunque esté en demora, está liberado de la pérdida por caso fortuito en el caso en que la cosa hubiera igualmente perecido en casa del acreedor que la hubiera entregado. Durantón va más allá; asimila á aquel que recibió la cosa de mala fe con un ladrón, quien es responsable aunque la cosa perezca en casa del propietario. Esto es sobrepasar el rigor de la ley; no dice que el hecho de recibir una cosa de mala fe sea un robo; luego no se puede aplicar al poseedor de mala fe lo que la ley dice del ladrón. Semejante rigor sería contrario á los principios; el poseedor está obligado por el perjuicio que es la consecuencia de su dolo, puesto que se supone que la cosa ha perecido aunque no hubiese sido pagada. En fin, tal era la opinión de Pothier; lo que es decisivo. (2)

377. La ley prevee también el caso de la venta: "Si aquel que recibió de buena fe vendió la cosa, solo debe restituir el precio de la venta" (art. 1,384). ¿Cuál es su obligación si vendió siendo de mala fe? La ley no lo dice, pero los principios no dejan ninguna duda. Aquel que vende, sabiendo

1 Toullier, t. VI, pág. 74, núms. 95-96, y pág. 80, núms. 101 y 102. Aubry y Rau, t. IV, pág. 736, nota 30 y los autores que citan. Mourlon, t. II, pág. 884, núms. 1,682-1,684. Colmet de Santerre, t. V, página 275, núm. 360 bis II.

2 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núm. 176. Colmet de Santerre, t. V, pág. 675, núm. 340 bis I. En sentido contrario, Durantón, t. XIII, pág. 715, núm. 693.

que debe restituir la cosa, no puede, al venderla, descargarse de su obligación de devolver á quien se la pagó, y como ya no puede cumplir su compromiso porque ya no tiene la cosa, está obligado á todos los daños y perjuicios para con aquel á quien debía devolverla. Esta es la decisión de Pothier; procede de los principios que rigen esta materia. De esto resulta que el vendedor de buena fe se libera al restituir el precio que recibió, aunque hubiera vendido á vil precio; mientras que aquel que fué de mala fe debe restituir el valor. (1) Si la venta ha sido parcial, se aplica el mismo principio. La restitución de lo que no fué vendido se hará sin distinción entre el poseedor de buena ó de mala fe, cuando á la parte vendida, aquel que es de buena fe restituirá el precio que recibió, porque este es el valor de lo que se enriqueció; aquel que es de mala fe está obligado á todos los daños y perjuicios resultando de su dolo. (1)

378. La venta de la cosa por aquel que la recibió indebidamente presenta otra dificultad en la que las opiniones están muy divididas. ¿Aquel que pagó la cosa tiene acción contra el tercero adquirente, y ¿cuál es esta acción? Creemos que no tiene acción en repetición, pero que puede reivindicar cuando se trata de una cosa mueble. No tiene la acción en repetición, porque esta acción nace de un cuasicontrato; no puede pertenecer, pues, sino á aquel que ha pagado contra aquel que recibió. En efecto, el cuasicontrato es asimilado al contrato cuando se trata de la liga de obligación que de él resulta; y la acción que nace de una obligación no puede ser formulada sino contra aquel que ha contraído, y el tercer adquirente es extraño al cuasicontrato; luego no puede haber acción contra él por fazón del cuasicontrato. Es, pues, impropriamente como se dice que aquel que ha pa-

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núm. 177. Colmet de Santerre, t. V, pág. 676, núm. 361 bis I.

2 Orléans, 11 de Enero de 1849 (Daloz, 1849, 2, 172).

gado tiene la acción en repetición contra los terceros. (1)

¿Tiene acción en reivindicación. La decisión depende del punto de saber si el pago indebido transfiere la propiedad de la cosa á aquel que la recibe. Si se ha vuelto propietario, transfirió la propiedad al adquirente y, por lo tanto, no puede tratarse de reivindicar. Pero si aquel recibió la cosa indebidamente no se ha hecho propietario de ella, no pudo transferir al comprador derechos que no tenía; en realidad, vendió la cosa ajena; el propietario puede, pues, reivindicarla. Queda por saber si el pago indebido es translativo de propiedad. Pothier lo admite, conforme al derecho romano; aquel que paga quiere transferir la propiedad, dice; aquel que la recibe quiere adquirirla; juntándose la tradición con la intención, la propiedad se halla transferida. Pothier concluye de esto que aquel que ha pagado indebidamente no tiene ninguna acción contra el tercer detentor; no tiene la reivindicación, puesto que ha dejado de ser propietario; no tiene la repetición, puesto que el tercero no está obligado para con él. Esta doctrina está desechada por la mayor parte de los autores, y con razón. Los principios del derecho romano no son ya los nuestros. Supongamos que el pago se haga en virtud de una pretendida venta; la propiedad, en derecho francés, se transfiere por el solo efecto del contrato, independientemente de toda tradición. En el caso, ¿transfiere la venta la propiedad? No, puesto que no hay venta. Si la propiedad no está transmitida por la venta, ¿lo está por el pago? No, pues el pago no es translativo de propiedad cuando se hace en virtud de una venta. Luego no hay translación de dominio en virtud de la venta, ni en virtud del pago. Si la cosa está pagada sin que haya deuda alguna, ni siquiera aparente, no hay ningún título que pueda transferir la propiedad. Se dirá en vano que aquel que pa-

1 Compárese Mourlon, t. II, pág. 885, núm. 1,686. Marcadé, tomo V, pág. 276, núm. 3 del artículo 1,380.

ga quiere transmitir la propiedad y que aquel que recibe la quiere adquirir; contestarémos que el pago puede efectivamente transferir la propiedad cuando es un verdadero pago, pero, en el caso, no hay pago puesto que no hay deuda. Solo pudiera haber translación de dominio si hubiera donación bajo forma de pago; pero la donación de los inmuebles necesita una acta, y nuestra cuestión, como lo vamos á decir, solo se presenta para el pago de un inmueble. ¿Se objetará que la jurisprudencia admite la validez de las donaciones hechas bajo forma de un contrato oneroso? Hemos combatido esa jurisprudencia, y aunque se admitiera, no recibiría aplicación al caso, pues para que pueda haber donación disfrazada, se necesita cuando menos un contrato aparente; y en el caso del pago indebido, no lo hay. (1)

Si aquel que recibió indebidamente la cosa no se ha vuelto propietario, nuestra opinión está decidida; no pudo transferir al adquirente un derecho que no tenía (art. 2,125). Aquel que hizo el pago indebido ha quedado propietario; luego puede reivindicar. ¿Se objetará la buena fe, ya del vendedor, ya del comprador? La objeción no es seria; la hemos contestado al tratar de la enajenación hecha por un heredero aparente. Es inútil renovar el debate.

Aquel que ha pagado indebidamente tiene, pues, la acción en reivindicación contra los terceros, pero solo la tiene bajo las condiciones determinadas por la ley. Y en derecho francés, la reivindicación de las cosas muebles no es admitida; este es el sentido de la regla que en cuanto á muebles la posesión vale por título. Dirémos, en el título *De la Prescripción*, cuáles son las excepciones. De esto sigue que el demandante en repetición no puede, en regla general, promover contra los terceros, porque casi siempre son cosas muebles las que se pagan indebidamente. (2)

1 Durantou, t. XIII, págs. 698 y siguientes, núm. 683. Aubry y Rau, t. IV, pág. 737, nota 37, y las autoridades que citan.

2 Denegada, 7 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, t. 10).

379. La doctrina que acabamos de exponer no es dudosa bajo el punto de vista de los principios, pero encuentra una objeción muy seria en el art. 1,380, si se entiende tal como el orador del Tribunado lo ha interpretado: "Si aquel que recibió de buena fe ha vendido la cosa, solo debe restituir el precio de la venta." Hé aquí la razón que da de esta disposición el relator del Tribunado: "Esta buena fe lo hace justamente considerar como legítimo propietario de la cosa, de donde la consecuencia que tenía derecho de disponer de ella del modo que juzgase más conveniente á sus intereses. (1) Si esta explicación prueba alguna cosa, es que no debe darse demasiada importancia á los trabajos preparatorios. El error del relator es palpable: la buena fe de aquel que recibe indebidamente la cosa, ¿puede hacerlo propietario? La cuestión no tiene sentido común. La propiedad no se transfiere por la buena fe del comprador, se transfiere por un título translativo de dominio, ¿y en dónde está el título del que recibe la cosa indebidamente? Tarrible, el orador del Tribunado, es de una singular inconsecuencia. Comienza por decir que la propiedad no puede ser transferida sin una causa legítima y sin una acta no equívoca del verdadero propietario; es decir, que el pago indevido no transfiere la propiedad. Después dice que si aquel que ha recibido de mala fe, enajena la cosa, esta venta no quitará al verdadero dueño el derecho de reivindicar; lo que supone que el propietario no puede reivindicar si el vendedor era de buena fe. (2)

Hay que abandonar esas malas explicaciones para atenerse al texto y á los principios. El art. 1,380 reglamenta únicamente las relaciones entre el que paga y el que recibe indebidamente. No se trata ahí del derecho de reivindicación; luego no se puede oponer el art. 1,380 á aquel que, habiendo pagado lo que no debe, reivindicar. Pero esto no resuel-

1 Bertran de Greuille, Informe, núm. 7 (Loché, t. VI, pág. 280).

2 Tarrible, Discursos, núm. 16 (Loché, t. VI, pág. 286).

ve la dificultad. La reivindicación reacciona en contra del del vendedor, puesto que el comprador vencido tiene acción contra aquel que ha vendido; esta acción de garantía obliga al vendedor á indemnizar completamente al adquirente; resultará de esto que aquel que recibió el pago indevido y que vende, estará obligado á más que la restitución del precio de la venta. Si es de mala fe, esto es muy lógico; está obligado á todos los daños y perjuicios. Pero si es de buena fe, no está obligado sino por cuanto se ha enriquecido; y solo se enriquece del precio que ha recibido. ¿Puede obligársele á más por razón de la acción en garantía? Solo hay un medio de conciliar los principios con el art. 1,380; es decir, que el propietario reivindicante deberá tener en cuenta aquel que recibió la cosa indebidamente, pero de buena fe, por lo que éste paga al comprador además del precio. Esta decisión está conforme con la equidad: Aquel que recibe de buena fe está sin falta; aquel que paga, antes de haberlo debía asegurarse si debía; es, pues, más justo que soporte la pérdida, que aquel á quien indujo en error por el pago. (1)

Núm. 3. Obligaciones del demandante en repetición.

380. El art. 1,381 dice: "Aquel á quien la cosa está restituida debe tener en cuenta aún al poseedor de mala fe, todos los gastos necesarios y útiles que han sido hechos para la conservación de la cosa." Se ha criticado, y no sin razón, la redacción de este artículo; distingue y confunde á la vez los gastos necesarios y los gastos útiles; los distingue, puesto que los menciona como gastos distintos, y los confunde, puesto que aplica á los gastos útiles lo que dice de

1 Duranton, t. XIII, pág. 704 núm. 683. Aubry y Rau, t. IV, pág. 738, nota 38. En sentido contrario, Larombière, t. V, pág. 673, núm. 9 (Ed. t. III, pág. 314).

los gastos necesarios, al decir que unos y otros han sido hechos para la *conservación* de la cosa; y, es de principio elemental que los gastos necesarios son aquellos que se hacen para conservar la cosa, mientras que los gastos *útiles* se hacen para *mejorarla*. La redacción está además incompleta, pues la ley no dice cuál es la extensión de las obligaciones que impone al demandante en repetición, y no dice nada de los gastos superfluos. (1) De lo que resultan dificultades y controversias.

381. Un primer punto nos parece seguro. Los gastos necesarios deben ser reembolsados íntegramente, sin tener cuenta del aumento de valor que resulta de ellos. Aquel que hace estos gastos enriquece al propietario por todo lo que anticipa, pues el propietario hubiera debido pagar lo que paga el poseedor; es, pues, justo que reembolse el gasto por entero; si solo restituye hasta concurrencia de mejora, se enriquecería á expensas del que hizo el gasto. Y la equidad, que obliga al que recibió la cosa á restituirla, porque no le es permitido enriquecer á expensas de los demás, obliga también al propietario á reembolsar los anticipos de los que aprovecha, porque se enriquecería también sin causa. No debe distinguirse si el poseedor es de buena ó mala fe, pues el propietario no puede enriquecerse á expensas de un poseedor de mala fe, como no puede hacerlo en perjuicio de un poseedor de buena fe.

382. Los gastos útiles deben igualmente ser reembolsados por el demandante en repetición, y, al decir: *aun al poseedor de mala fe*, la ley marca claramente que coloca al poseedor de mala fe en la misma línea que al poseedor de buena fe; ¿será el gasto íntegro el que deberá ser reembolsado? Nó, esto resulta de la naturaleza misma del gasto útil; no es útil sino en los límites del provecho que de él resulta; luego debe ser restituído hasta concurrencia de la mejora.

1 Marcadé, t. V, pág. 278, núm. 1 del artículo 1,380.

¿Debe distinguirse entre el poseedor de buena fe y el de mala fe? Se ha propuesto esta distinción, pero el texto la rechaza, así como la tradición. Pothier dice formalmente, que el demandante en repetición debe reembolsar los gastos hasta concurrencia de lo que la cosa ha mejorado. Esto no está completamente conforme con la equidad: Se dirá en vano que el excedente del gasto en la mejora está perdido para el poseedor; contestaremos que éste se ha expuesto á la pérdida, creyendo que era propietario y que gozaba de estas mejoras; de seguro que no las hubiera hecho si hubiera previsto que tendría que devolver la cosa; pierde, pues, cuando la equidad solicita que se le indemnice. Pero la ley, explicada por la tradición, no permite hacer esas distinciones. (1)

383. Esto decide la cuestión en lo que se refiere á los gastos superfluos. Estos no son gastos *útiles*; luego el texto no permite que se tengan en cuenta. La equidad, en nuestro concepto, exigiría que el poseedor de buena fe fuese completamente indemnizado, pues si ha hecho gastos de lujo, es porque se creyó propietario, y se creyó tal por culpa de aquel que hizo el pago indebido: las consecuencias de la falta debieran, pues, recaer en aquel.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 737, nota 34. Mourlon, t. II, página 887, núm. 1,689. Marcadé, t. V, pág. 278, núm. 2 del artículo 1,380. Colmet de Santerre, pág. 678, núm. 362 bis. En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 716, núm. 695.