

INVALIDEZ DEL PAGO

FRANCISCO MADRAZO
Profesor Titular de Derecho Civil II

I — Introducción

El objeto del presente trabajo es exponer en forma orgánica y sistemática las normas y principios jurídicos aplicables al régimen de nulidad del pago.

Por razones cuyo análisis nos llevaría muy lejos de nuestro objeto, pero que en general podemos atribuir a la tradición romana¹, ningún código moderno ha intentado abarcar en una construcción única toda la teoría referente a la invalidez del pago. Tampoco en la doctrina hemos encontrado ninguna sistematización de la materia.

La tentativa de poner orden en las causales de nulidad y ensayar una clasificación de las mismas conlleva la necesidad de examinar los fundamentos jurídicos en que se apoya cada caso específico, a fin de determinar su ubicación. De tal modo, el sistema condiciona en alguna medida los resultados y éstos pueden aparecer teñidos de herejía frente a respetables antecedentes.

Nos arriesgamos, sin embargo, a exponer el producto por considerar que en los casos más conflictivos podemos siempre invocar alguna voz autorizada en nuestro apoyo. Por lo demás, la índole del trabajo y su fin

1 “El hecho de existir las condiciones sine causa en el derecho justinianeo ha sido definitivo para su evolución posterior en el derecho de occidente, pues la teoría domina en absoluto por la vigencia del derecho común. Muchos siglos de vigencia de lo conditio como pretensión de enriquecimiento hacen, sino inútil, por lo menos puramente académico el problema. Lo cierto positivo es que los títulos IV a VII del Digesto contienen un sistema de condiciones que aún está vigente en gran parte de Europa”. NUÑEZ LAGOS, Rafael, El enriquecimiento sin causa en el derecho español, (Madrid, Reus, 1934), pág. 134.

principalmente didáctico lo hacen susceptible de mayores desarrollos y de correcciones o ajustes.

Respecto a la naturaleza jurídica del pago existe en doctrina una amplia gama de opiniones y teorías que, reducidas a sus elementos fundamentales, pueden subsumirse en tres hipótesis básicas, según se lo considere como hecho jurídico, como acto jurídico o como acto debido.

La cuestión no puede plantearse ni resolverse en términos sencillos porque incide para problematizarla la diversa naturaleza de las prestaciones, que introduce una fuente de complejidades y obliga a efectuar análisis y formular distinciones no siempre claras ni convincentes. Puede afirmarse empero que es ampliamente mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia nacionales la opinión que considera al pago como acto jurídico, y lo mismo ocurre entre los comentaristas del código francés.

No vamos a entrar aquí al examen de la cuestión, ya que se trata de un tema extensamente debatido y sobre el cual nada original puede decirse. Tomaremos pues, como punto de partida, la afirmación de que la teoría del acto jurídico es la que da solución más adecuada a los diversos problemas que se plantean en relación al pago y la única que permite explicar satisfactoriamente los fenómenos jurídicos que se originan en torno a él.

Admitir esto no significa aceptar que todas las normas y regulaciones establecidas para el acto jurídico en general sean aplicables sin más al pago. Son muchos los actos jurídicos que tienen sus propias regulaciones en lo referente a capacidad, formas, nulidades, etc., y el matrimonio es la mejor prueba de ello, aunque el ejemplo pudiera buscarse también entre los contratos, si es que no se quiere salir del ámbito de las obligaciones.

Podemos decir entonces que el pago es un acto jurídico sometido a los principios generales de esa institución y a las reglas propias que surgen de su especialísima naturaleza y finalidad. Su característica más relevante, la que más intensamente condiciona sus reglas, es que no tiende a establecer vínculos de derecho entre las personas, a hacer nacer obligaciones, sino a disolverlos, a extinguirlas.

Como aceptamos como punto de partida la premisa de que el pago constituye un acto jurídico, seguimos de ello que contiene los mismos elementos que cualquier otro acto de la misma naturaleza. Por lógica inferencia, podemos extraer la conclusión de que su invalidez deviene necesariamente de defecto o insuficiencia en alguno de esos elementos.

En ese orden de ideas y ateniéndonos a la formulación tradicional de los elementos de los actos jurídicos, examinaremos las nulidades referidas a la capacidad de los sujetos, a los vicios de la voluntad, a los vicios propios de los actos jurídicos, al objeto y a la causa, para finalizar con los efectos generales de la nulidad.

II — Capacidad

Todo pago tiene algún atisbo, por lo menos, de bilateralidad, puesto que a todo solvens que paga se corresponde un accipiens que recibe. En consecuencia, los requisitos de capacidad para que haya un pago válido deben estudiarse en relación a ambos.

A) **Solvens.** El art. 726 establece que pueden hacer el pago todos los deudores que no se hallen en estado de ser tenidos como personas incapaces, y la nota respectiva remite a los arts. 54 y 55, es decir, incapacidad de hecho. La regla es una simple aplicación de los principios generales establecidos en los arts. 1041 y 1042 y, de tal manera, resultará nulo el pago efectuado por un incapaz absoluto y por un incapaz relativo respecto del acto o hecho de que se trata.

La utilidad práctica de la regla no es demasiado extensa. Difícilmente pueda invocarse en las obligaciones de hacer o no hacer, puesto que los hechos o las abstenciones no son susceptibles de nulidad o repetición.

En el supuesto de que el incapaz hubiese hecho más de lo debido, o algo distinto, o se hubiese abstenido sin estar obligado a ello, no habrá acción de nulidad. En todo caso, y probada la falta de correspondencia entre la acción o la omisión del incapaz con la debida, podrá —según los casos— ejercitarse la acción in remverso o la de daños y perjuicios, a tenor de las circunstancias y de la buena o mala fe del beneficiado.

La regla del art. 726 tampoco tiene aplicación en las obligaciones de dar cuando el pago se ajusta exactamente a lo debido y a las circunstancias de lugar y tiempo. En tal situación, nada podría reclamar el solvens puesto que ningún perjuicio habría sufrido ni tampoco existiría un interés jurídicamente tutelado que pudiese legitimar una acción.

Aun cuando así no fuese, siempre tendría el accipiens la posibilidad de oponer la compensación, puesto que su obligación de restituir lo percibido se equipararía —en cuanto al objeto— con la del solvens, que renacería en virtud de la nulidad del pago. De una u otra forma, la acción carecería de sentido práctico.

De tal modo, la norma en estudio sólo actuaría en ciertos casos muy específicos que determinan la existencia de interés jurídico y excluyen la compensación, por ejemplo, si se paga antes del vencimiento de la obligación, o si ésta estaba prescripta, o si se ha efectuado la elección por el incapaz en el caso de obligaciones alternativas genéricas, o si se ha pagado una deuda ajena, o si no hubiese equivalencia entre lo pagado y lo debido, aunque no exista error en el solvens.

En otro aspecto, el pago puede configurar un acto de administración o de disposición, por lo que algunas personas podrán efectuar los primeros pero no los segundos. Esta distinción está tácitamente recogida en el art. 738, que supedita la validez del pago consistente en el traspaso de la

propiedad de una cosa a la capacidad para enajenarla. La distinción puede resultar importante en relación a los pagos efectuados por los inhabilitados del art. 152 bis o por los emancipados, en este caso con referencia a bienes adquiridos a título gratuito, conforme el art. 135.

En cualquier caso, la nulidad emergente de la falta de capacidad de hecho en el solvens será siempre relativa y, como tal, confirmable.

Aunque, como se ha visto, la nota al art. 726 parece limitar su aplicación a los casos de incapacidad de hecho, la misma solución —tal vez con más rigor— debe darse a ciertas incapacidades de derecho, haciendo jugar la norma del art. 1043. Así por ejemplo, el cónyuge que se obliga contractualmente a transferir la propiedad de un inmueble o mueble registrable ganancial sin el consentimiento requerido por el art. 1277, carece de capacidad para efectuar el pago, por lo que serán nulos los actos que realice en cumplimiento de su obligación. La nulidad será, en este caso, absoluta.

En parecida situación se halla el fallido, quien no puede hacer ni recibir pagos en virtud de lo dispuesto por el art. 113 de la ley 19551. Lo mismo ocurre durante el período de sospecha con los pagos de deudas no vencidas o por entrega de bienes, casos contemplados en el art. 122 de la citada ley.

Debe observarse que si la invalidez del pago proviene de una incapacidad de hecho, la acción de nulidad corresponde al incapaz o su representante, en tanto que si se trata de una incapacidad de derecho, podrá ejercitarla cualquier tercero que ostente un interés legítimo.

B) **Accipiens.** En términos generales, los mismos principios que gobiernan la capacidad del solvens se aplican al accipiens, puesto que el pago es, en la mayoría de los casos, un acto bilateral. Este es el fundamento del art. 739 que comunica las reglas referidas al sujeto activo haciéndolas aplicables al pasivo.

Para el accipiens, la recepción del pago es siempre un acto de administración y, por tanto, en relación a ellos debe juzgarse su capacidad, tal como lo dispone correctamente el art. 734. Así pues, no podrán recibir válidamente un pago quienes se hallen privados de la administración de sus bienes. Fuera de los casos ordinarios de incapacidad de hecho, pueden señalarse como alcanzados por la norma los inhabilitados, cuando la sentencia les vede recibir pagos, los fallidos y, en ciertas hipótesis, los menores emancipados.

No debe exagerarse la importancia de la regla. El pago hecho a un incapaz será eficaz en cuanto se hubiese convertido en su utilidad, tal como lo establece el art. 734 in fine. De esa forma, si se ha entregado una cosa cierta y ella existe en poder del accipiens, o si éste ha recibido dinero y con él ha adquirido valores equivalente o ha cancelado deudas, el pago no será impugnabile. Claro está que la prueba de la utilidad está a cargo del solvens que la invoca en su favor.

Una situación especialísima es la regulada en el art. 735. Se trata del caso del acreedor que, siendo capaz al momento de contraerse la obligación, ha dejado de serlo al efectuarse el pago. En tal hipótesis, si el deudor es de buena fe, esto es, si ignoraba la incapacidad sobreviniente, el pago tiene fuerza cancelatoria. Si la conociese, rigen las reglas ordinarias y el pago será nulo salvo en aquello que se hubiese convertido en utilidad del acreedor.

El fallido desapoderado no es incapaz de hecho y, por tanto, no podrá invocar nunca la nulidad del pago que efectúa, beneficiando la sanción solamente a la masa de acreedores. Se trata, en realidad, de un caso de inoponibilidad, como lo establece el art. 113 de la ley concursal.

III — Vicios de la voluntad

Cualquiera sea la naturaleza de la prestación debida, el pago implica siempre la exteriorización de una voluntad orientada al fin específico de cumplir una obligación o, en otras palabras, de extinguir un vínculo jurídico. Es lo que doctrinariamente se denomina **ánimus solvendi** ².

Esta voluntad, que no tiene en sí misma ninguna característica que la distinga de la existente en cualquier acto voluntario, puede ser afectada por los vicios tradicionalmente estudiados; error, dolo, violencia o intimidación.

A) **Error**. El derecho a repetir el pago efectuado por error ya estaba establecido en el derecho romano. Gayo expone que la situación del que ha recibido en pago algo que no se le debía, por error en el solvens, es equiparable a la del que ha recibido un mutuo, y explica de tal forma que la acción otorgada sea la misma, es decir, una **condictio**, denominada en el caso específico **condictio indebiti** ³.

El código francés, siguiendo a Pothier y con alguna inspiración en el mismo Gayo, lo considera como un caso de cuasicontrato, pero la doctrina no prosperó y naufragó finalmente en la ruina general de la teoría del cuasicontrato ⁴.

2 “Un acto de disposición o de traspaso de una casa, la cesión de un crédito, puede abrigar diferentes causas, jurídicas: causa solvendi, credendi, di, donandi, etc. Para saber cuál de ellas se da en el caso concreto, hay que atender al acuerdo de las partes que intervienen, en el acto”. VON TUHR, Andreas, Tratado de las obligaciones, (Madrid, Reus, 1934), Tº II, pág. 4.

3 “También se obliga por la cosa aquel que recibe de otro lo que éste no le debía y le pagó por error: en efecto, puede intentarse contra él la condictio si paret eum daré oportere como si hubiese recibido un mutuo”, GAYO, Instituta, 3; 91.

4 “Otro ejemplo de cuasicontrato es cuando alguno paga por error de hecho algo que no debe. El pago de esa cosa es un hecho que obliga a quien la recibe a devolverla a aquel que la ha pagado, sin que pueda decirse que ha intervenido en este caso entre ellos alguna convención para la restitución de la cosa”. POTHIER, Robert-Joseph, Oeuvres, (París, Cosse et De la Motte, 1848), Tº II, pág. 56.

Freitas no sigue el sistema galo y vincula el error en el pago a las normas referidas a los vicios de los actos voluntarios, mediante una remisión expresa ⁵. En este, como en tantos otros aspectos, el eminente jurista brasileño señaló el camino correcto apartándose de las soluciones tradicionales.

Para el código civil alemán el pago por error es un caso de enriquecimiento sin causa y lo reglamenta como una derivación del principio general establecido en el art. 812. La crítica al sistema del código alemán la haremos más adelante, por lo que nos limitaremos a señalar por ahora que, siendo la acción in rem verso subsidiaria ⁶, es incorrecto otorgarla cuando existe otra específica, en el caso, la de nulidad por vicio de la voluntad.

Nuestro código se ocupa del pago por error en el título del pago y lo ubica como una hipótesis particular de pago de lo indebido, concediendo una acción de repetición. En la nota al art. 784 el codificador, siguiendo a Marcadé, encuentra el fundamento de la acción en los principios de equidad y del enriquecimiento sin causa.

En nuestra opinión, la acción reglamentaria por el art. 784 y siguientes deviene de la nulidad emergente de la existencia de un vicio de la voluntad y la repetición de lo pagado no es otra cosa que la simple aplicación del principio establecido en el art. 1052.

Si la acción se basase principalmente en el enriquecimiento sin causa, no existiría razón para que el error fuese uno de los requisitos para su ejercicio y menos aún que ese error fuese esencial. Por otra parte, si se examinan los casos de error invalidante enumerados en el art. 790 se advierte que, con excepción de los contemplados en los incs. 3° y 6°, no puede afirmarse que haya en ellos necesariamente un enriquecimiento injustificado.

En efecto, en el caso del pago efectuado antes del cumplimiento de la condición, o de la entrega de una cosa por otra, o de ceder la elección al acreedor cuando correspondía al deudor, o cuando se presta un hecho o una abstención por otro, es perfectamente posible que la condición al fin se cumpla, o que la cosa entregada o elegida tenga menos valor que la debida o la que hubiese elegido el deudor o, en fin, que el hecho prestado sea patrimonialmente inferior al debido. Sin embargo, la acción se

5 Dice el art. 1024 del Esbozo: "Todo pago supone una deuda. Habrá error esencial (arts. 461 a 463) y se tendrá derecho a repetición, siempre que se pague lo que no se debe".

6 "El enriquecimiento sin causa no es fuente de obligaciones en el sentido técnico que hemos dado a esta palabra. El enriquecimiento es el presupuesto de hecho para que una norma actúe. La verdadera fuente está en la ley que consagre, con carácter general o particular, la restitución del enriquecimiento obtenido como una necesidad jurídica". BUSSO, Eduardo B., Código civil anotado, (Buenos Aires, Ediar, 1958), T° III, pág. 109.

confiere lo mismo, es decir, no se exige la prueba del enriquecimiento, elemento fundamental de la figura que se pretende aplicable.

Por lo demás, y como se verá, el resarcimiento puede ir más allá del enriquecimiento del demandado, lo que es inadmisibles en la acción in rem verso. En definitiva, puede aceptarse que la teoría del enriquecimiento incausado influya en la normativa del pago por error, pero no que sea el principio rector.

En cambio, es perfecta la correspondencia de la acción con la teoría del error como vicio de la voluntad, tal como la misma está estructurada en los arts. 923 y subsiguientes, claro está que con las adaptaciones adecuadas a la especial naturaleza del pago como acto jurídico.

Las principales diferencias surgen de la inexigibilidad de dos de los requisitos establecidos para la invalidación de un acto jurídico por el vicio de error. En efecto, no es necesario, conforme al art. 784, que el error sea de hecho, pudiendo serlo de derecho; tampoco es preciso que sea excusable por lo menos en ciertos casos, puesto que, no es aplicable lo dispuesto por el art. 929 en aquellas situaciones influidas por el principio del enriquecimiento sin causa. Debe juzgarse que el que efectuó pago por error incurrió en algún grado de negligencia, debiendo ceder su interés ante el del acreedor cuya conducta no merece reproche. Es una aplicación del principio consagrado en el art. 902.

Otra distinción emergente de la naturaleza del pago es la imposibilidad de reclamar la repetición cuando el acreedor ha destruido el documento que servía de título de la obligación. Por supuesto, y aun cuando el art. 785 no lo especifica, la norma sólo puede ser invocada por el acreedor de buena fe, que participaba del mismo error que el deudor.

En consecuencia, el único requisito exigido para que pueda declararse la nulidad del pago por el vicio de error es que el mismo sea esencial, es decir, que recaiga sobre uno de los elementos esenciales del acto, y el de excusabilidad en los casos en que la negativa de la acción no consagra un enriquecimiento injusto.

Si examinamos la enumeración del art. 790 que ejemplifica sobre los errores que deben ser considerados esenciales, encontramos que el inc. 1 concuerda con el art. 924, ya que el error recae sobre la naturaleza del acto, en tanto que los incisos 2 a 6 lo hacen con el art. 927, puesto que se refieren al objeto.

El error en la persona aunque no contemplado en la enumeración también es esencial de acuerdo al art. 925, por lo que es repetible el pago hecho por quien se cree deudor sin serlo o de quien paga erróneamente a quien supone su acreedor, siempre que exista realmente una obligación, pues de no ser así estaríamos en el terreno más extenso del pago sin causa.

Los casos de error no esencial contemplados en el art. 791 pueden perfectamente subsumirse en la doctrina que informa el art. 928, es de-

cir, error que recae sobre elementos accidentales como la existencia de plazo para el pago o el carácter natural de la obligación que afecta la exigibilidad pero no la existencia de ello.

Según los términos del art. 784 el pago por error en las condiciones enunciadas, otorga derecho a repetir del receptor la cosa o cantidad entregada. Como se verá más adelante, ello no es exactamente así, puesto que la obligación emergente de la nulidad no se corresponde necesariamente con lo recibido, pudiendo ser superior o inferior.

B) **Dolo, violencia e intimidación.** El art. 792 declara susceptible de repetición, entre otras hipótesis, el pago obtenido por medios ilícitos. Tales medios no pueden ser otros que los que configuran los restantes vicios de la voluntad, es decir, el dolo, la violencia y la intimidación. No pueden existir dudas sobre esto si atendemos a que la fuente, Aubry et Rau, los enumera expresamente.

La norma es, empero, inaplicable cuando el pago obtenido por esos medios se corresponde exactamente con lo debido y con las circunstancias de lugar y tiempo convenidas o que surjan de la naturaleza la obligación, pues en tal caso el accipiens podrá oponer la compensación exactamente igual que la hipótesis ya estudiada de la incapacidad del pagador.

Así pues, sólo puede existir interés en declarar la nulidad de un pago obtenido por medios ilícitos cuando se ha pagado una deuda ajena, o cuando la prestación no era la debida, o cuando se ha pagado una deuda aún no exigible o en un lugar distinto al que correspondía.

En relación al dolo, creemos que de los requisitos exigidos por el art. 932 para que pueda fundar la nulidad de un acto jurídico, son aplicables al caso del pago, los de los incisos 1, 2 y 4, es decir, que debe ser grave, determinante de la acción y no debe existir dolo recíproco.

La necesidad de que el dolo sea grave es evidente. El acreedor puede obrar en ocasiones con cierto grado de astucia para obtener un pago anticipado o para lograr modificar la prestación, variando engañosamente hechos o circunstancias o callando aspectos que podrían interesar al deudor para formar su decisión de pagar o no pagar. Mientras esa conducta no revista gravedad, esto es, mientras se mantenga en los límites de lo que podría denominarse habilidad comercial no existe razón para sancionarla, pero si lo supera no puede merecer la protección del orden jurídico. Se trata de una cuestión de apreciación en cada caso concreto.

Por otra parte, un dolo que no fuera determinante del pago sería meramente incidente y sólo podría dar lugar a las indemnizaciones pertinentes en el caso de haber producido daño, pero nunca podría llevar a la invalidación del pago. En cuanto al caso de dolo recíproco, no requiere mayor explicación, ya que el derecho debe desentenderse de los conflictos de quienes obran entre sí deslealmente.

Debe significarse que es de plena aplicación lo dispuesto por el art.

935 y, en consecuencia, el pago será anulable aunque el dolo provenga de un tercero.

En cuanto a la violencia y la intimidación, son aplicables en su integridad los arts. 936 a 934. La gravedad de estos hechos ilícitos obsta a cualquier atenuación del resultado nulificante que pueda determinar alguna ventaja para sus autores.

Los pagos afectados por vicios de la voluntad son anulables y de nulidad relativa conforme a los arts. 1045 y 1048.

IV — Vicios propios de los actos jurídicos

A) **Fraude.** La hipótesis del pago efectuado por un insolvente de otros acreedores está contemplado en el art. 737 que lo declara de ningún valor. Siendo un caso de aplicación de la acción paulina, el punto debe ser examinado en conexión con la reglamentación de tal acción.

Debe observarse que el hecho de pagar una obligación no puede producir ni agravar la insolvencia entendida como desequilibrio patrimonial, pues al sustraerse una fracción del activo para provocar una idéntica disminución del pasivo no se altera la proporción de los mismos.

En consecuencia, el pago efectuado en esas condiciones es fraudulento no porque disminuya la garantía de los acreedores sino porque atenta contra la situación de igualdad que debe existir entre ellos, permitiendo a uno cobrar íntegramente, o antes del plazo, o una obligación desprovista de acción, cuando los demás cobrarán, si llegan a hacerlo, en moneda de quiebra.

En base a ello puede afirmarse que el pago será fraudulento cuando cancele o disminuya una obligación anterior al estado de insolvencia, pero no cuando tenga una contraprestación que haga ingresar al activo un valor equivalente. Ejemplificando, el pago de mercaderías adquiridas a plazo antes de la insolvencia será revocable por fraude, pero no el de mercaderías que se adquieran al contado cuando el deudor se hallase ya en ese estado.

Pero para que el pago sea revocable no basta que el deudor se halle en insolvencia y cancele mediante él una obligación anterior a ese estado. No puede negarse que, mientras no haya sido desapoderado de sus bienes, el insolvente tiene el derecho de pagar y cualquiera de sus acreedores el de recibir el pago.

Lo que transforma el acto en fraudulento es el otorgamiento de ventajas indebidas a uno de los acreedores en perjuicio de los otros, situación que se dará cuando se pague una deuda no vencida, o cuando se abona una deuda ajena, o cuando se dan en pago bienes notoriamente más valiosos que la obligación que se cancela, o cuando ésta es natural y por tanto no exigible, etc.

Conforme el art. 962, el pago será impugnado por cualquier acreedor con título anterior al momento de realizarse el pago, pero no por aquellos cuyos créditos nacieron después.

A nuestro juicio, no puede exigirse —para la procedencia de la acción— el *consilium fraudis*, es decir, que el acto será revocable sin necesidad de probar la complicidad del tercero receptor del pago con el deudor autor del intento fraudulento o su conocimiento del estado de insolvencia.

Basamos esta opinión en el hecho indiscutible de que cuando se paga una obligación natural, o ajena, o no vencida, o se dan bienes por mayor valor que lo debido, se está otorgando al accipiens una ventaja **gratuita** que hace aplicable lo dispuesto por el art. 967.

El efecto normal de la acción pauliana es la inoponibilidad del acto impugnado, esto es, que para el o los acreedores accionantes tal acto se tiene por no realizado. Pero en el caso de pago fraudulento se trata de una verdadera acción de nulidad, puesto que el fin perseguido es que el receptor del pago restituya al patrimonio del deudor lo recibido, con el consiguiente resultado del renacimiento de su crédito o, en el caso de que tal restitución sea imposible, el pago de las indemnizaciones correspondientes de acuerdo al art. 972.

B) Simulación. Bajo la apariencia de un pago puede esconderse un acto de naturaleza distinta o ninguno, de lo que resultarán aplicables las reglas referidas a la simulación en los actos jurídicos, ello en ausencia de normas específicas.

La simulación puede ser lícita si tras el pago aparente se ubica un préstamo o una donación, siempre que de ello no devenga perjuicio para terceros o se viole la ley. En tal caso, cualquiera de las partes intervinientes podrá demostrar la verdadera naturaleza del acto en las formas prescriptas por el art. 960.

Pero más frecuentes serán los casos de simulación ilícita, es decir, de pagos simulados con el fin de substraerse al cumplimiento de obligaciones impositivas o de perjudicar a otros acreedores.

Si la simulación es lícita, es decir, si no es contraria a la ley ni perjudica a terceros, el resultado de la sentencia que la declare será el deber de restituir lo percibido en el caso de que aquella sea absoluta. Si es relativa, la consecuencia será que el acto deberá apreciarse con arreglo a las normas correspondientes a su verdadera naturaleza.

Si se trata de una simulación ilícita, por ejemplo, el pago de una deuda inexistente, el fingido acreedor deberá restituir al patrimonio del falso deudor lo percibido, siempre que quien reclama la declaración pueda invocar un interés legítimo para ello. Los casos más frecuentes se dan, como es notorio, en materia concursal, pero pueden producirse también en otras situaciones, tales como disolución de sociedad conyugal o cualquier otra división de bienes comunes.

C) Lesión. La figura incorporada al art. 954 por la reforma de la ley

17711 no es aplicable directamente al pago, en cuanto este supone una obligación anterior. De existir los requisitos de la figura, ellos aparecerán en relación al negocio jurídico que dio origen a la obligación que se cancela y respecto de él podrá realizarse la impugnación, pero la misma no podrá versar sobre el pago puesto que éste supone una contraprestación ya cumplida.

Sin embargo, los principios que informan la institución pueden regir ciertos casos de pago por entrega de bienes, cuando el valor de ellos excede notoriamente al de la obligación que se cancela o a la inversa.

Aplicando la normativa del art. 954, no bastará el simple hecho de la desproporción sino que ser preciso la explotación de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia del solvens o del accipiens, según el caso. Naturalmente, y conforme lo establecido en el referido artículo, se presume tal explotación por la circunstancia objetiva de la desproporción.

Las acciones ejercitables son las estructuradas en el último párrafo referido artículo, es decir, nulidad del pago o reajuste equitativo del convenio, pudiendo el demandado transformar la acción de nulidad mediante el ofrecimiento de reajuste.

V — Objeto

El objeto del pago no es otra cosa que la prestación a que se obligó al deudor, cualquiera sea la naturaleza de ella. Pero como no puede hablarse de nulidad de un hecho o de una abstención, los aspectos referidos a la invalidez deben examinarse exclusivamente en relación a las obligaciones de dar y, más exactamente, cuando la entrega tiene por fin transferir la propiedad o constituir sobre ella derechos reales.

A) **Propiedad.** El primer requisito de validez de las obligaciones de esa especie es que el solvens sea propietario de la cosa que entrega, tal como lo dispone el art. 738. Aunque esta norma nada establece al respecto, debe entenderse que la acción de nulidad no puede ser ejercida por quien efectúa el pago, ya que nadie puede alegar su propia torpeza.

Respecto al accipiens, debe generalizarse la solución estructurada para la compraventa en el art. 1329, de manera tal que sólo podrá reclamar la nulidad cuando hubiese recibido la cosa de buena fe, esto es, ignorando que el deudor no era propietario de ella, buena fe que deberá existir en el momento de la tradición.

La acción será viable solamente respecto a cosas inmuebles o a muebles registrables, robadas o perdidas, pues en relación a los muebles en general, salvo los casos especificados, la situación del accipiens será inexpugnable en el sentido de que estará a salvo de la reivindicación del propietario por imperio de lo dispuesto en el art. 2412, careciendo en consecuencia de interés jurídico en la nulidad.

Al ejercitarse la acción deberá restituirse o ponerse a disposición del demandado la cosa recibida en las mismas condiciones en que fue entregada, salvo que se hubiese deteriorado o perdido sin culpa.

Es de aplicación también a todos los pagos mediante la entrega de cosa ajena lo normado en el art. 1330 de manera tal que la nulidad queda purgada por la ratificación del verdadero propietario o si el solvens hubiese venido a ser sucesor universal de aquél, o sucesor particular respecto de la cosa.

Si el accipiens no hubiese intentado la acción de nulidad y fuese demandado por reivindicación por el propietario de la cosa, la situación será regida por los arts. 2110 y subsiguientes, es decir, que deberá citar a juicio al solvens, salvo los casos previstos en el art. 2111. Se trata en definitiva, de un caso corriente de evicción, con el surgimiento de las responsabilidades consiguientes.

El pago será nulo también cuando se entreguen cosas con el fin de transmitir el dominio o constituir derechos reales y ellas estuviesen fuera del comercio o por cualquier motivo no pudiesen ser objeto de actos jurídicos, todo ello por aplicación lisa y llana del art. 953. La nulidad podrá ser petitionada por el solvens o el accipiens, siempre que ostenten buena fe.

B) **Embargo.** Las circunstancias de estar embargada la cosa que se entrega no afecta la validez del pago, pero de existir mala fe en el accipiens —consistente en tener conocimiento del gravamen— la transferencia de propiedad o constitución de derechos reales será inoponible, al acreedor embargante. En el caso de inmuebles o muebles registrables en el embargo se anota en los registros respectivos por lo que el accipiens no podrá alegar nunca buena fe. Entre partes el pago será siempre válido y el acreedor que recibió la cosa embargada con conocimiento de ello no podrá alegar tal circunstancia para reclamar la nulidad.

Cuando el embargo recae sobre el crédito, es decir que afecta al acreedor, no podrá el deudor efectuarle un pago directo, tal como lo establece el art. 736. Pero aquí también se trata de un caso de inoponibilidad, puesto que por imperio de la misma norma, la nulidad sólo aprovechará a los embargantes. En consecuencia, cualquiera de las partes puede perfeccionar el acto desinteresando a aquéllos, esto es, satisfaciendo sus acreencias, con el consiguiente derecho a repetir del verdadero deudor en el caso del solvens.

El embargo puede haber sido decretado con monto o sin él. Si se trata de sumas de dinero, el embargo sólo alcanza al monto fijado por el Juez y respecto del excedente puede haber un pago inimpugnable. Pero si no se ha establecido monto o se deben entregar cosas distintas que dinero, la existencia del embargo no permite que el deudor efectúe ningún pago que pueda ser opuesto al acreedor o acreedores embargantes. La misma solución corresponde en el caso de que el crédito estu-

viese prendado, siempre que el solvens hubiese sido notificado de la existencia de embargos.

VI — Causa

Diferentes circunstancias pueden ocasionar la nulidad del pago por razones vinculadas a la causa del mismo, sea que se considere la causa fuente, la causa fin o la causa motivo.

Los regímenes legislativos modernos se hallan en general inspirados en el sistema romano, que contemplaba el otorgamiento de diversas **condiciones** casuísticamente determinadas, las que fueron definitivamente sistematizadas en el Digesto.

Fuera de la *condictio indebiti*, ya mencionada en relación al pago por error, se concedían la *condictio ob turpem vel iniustam causam* cuando el pago respondía a una causa inmoral o ilícita siempre que no hubiese torpeza por parte del solvens; la *condictio ob causam datorum*, llamada por Justiniano *causa data causa non secuta*, utilizable en el caso de que el pago se haya efectuado en vista a una contraprestación que no se produce; la *condictio ob causam finitam*, cuando la entrega se había efectuado en consideración a una causa existente pero que luego desaparecía y la *condictio sine causa* para aquellas hipótesis en que el pago no tenía ni podía tener causa fuente.

El objeto de las condiciones era uniformemente la repetición de lo pagado, siendo invariablemente actor el solvens y demandado el accipiens.

Ya en los comienzos del Imperio se perfilaron en la doctrina romana dos tendencias en cuanto a la naturaleza y alcance de las condiciones, las que de alguna manera han persistido hasta nuestros días. Los sabinianos fueron generosos en su concepción de estas acciones, otorgándolas indiscriminadamente y sin otra exigencia que los requisitos generales del enriquecimiento sin causa, teoría basada en doctrinas filosóficas griegas de raíz estoica e introducido en Roma por Quinto Mudo Scevola.

Los proculyanos, por el contrario, se atenían más a la tradicional técnica jurídica romana y limitaban la aplicación de las condiciones a los casos específicamente contemplados en cada una de ellas. Su criterio parece haber predominado puesto que es el que inspira los títulos respectivos del Digesto ⁷.

Independientemente de las condiciones, existían en Roma desde fines de la República una serie de acciones que también podrían ser consideradas como basadas en el enriquecimiento sin causa, conocidas por los comentaristas como acciones *adiecticiae qualitatis*. En todas ellas, de *peculio*, *institoria*, *in rem verso*, etc., se parte de la hipótesis de que un *pater*

7 NUÑEZ LAGOS, Rafael, op. cit., pág. 132.

familias ha obtenido una ventaja patrimonial mediante la actividad de un alieni iuris o de un esclavo bajo su potestad. En tales casos, el tercero cuyo vínculo jurídico con el sujeto bajo potestad permitió el enriquecimiento del pater tenía una acción para reclamar de éste lo que aquél le adeudase, con ciertas restricciones en lo referente al límite de la responsabilidad según los diversos casos⁸.

Las diferencias entre las condiciones y las acciones adiecticiae qualitatis son bien notorias, tanto en lo referente a su origen como a su funcionamiento y estructura. Aun en el supuesto de considerar que ambos grupos se basan en el enriquecimiento sin causa, las condiciones son directas en el sentido de que se entablan entre quienes estuvieron vinculados en el negocio jurídico, tanto que las adiecticiae qualitatis son indirectas ya que ninguna relación jurídica existía entre el pater y el acreedor accionante⁹.

Pese a ello, en la doctrina moderna ambas categorías de acciones aparecen conectadas entre sí y se llega a denominar genéricamente como **actio in rem verso** a toda acción que de alguna manera encuentre fundamento en el enriquecimiento sin causa, incluidos los casos de repetición de pago por falta de causa.

Es verdad que el enriquecimiento sin causa fue admitido en Roma, pero no como fuente de obligaciones sino como principio moral, y ese es el sentido del conocido texto de Pomponio incluido en el Digesto¹⁰.

En realidad, la generación del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones y específicamente como fundamento de la repetición de lo pagado sin causa es posterior a la sanción del código francés¹¹ y aun a la sanción de nuestro código.

Sabido es que el código de Napoleón sólo se ocupa del pago por error como un caso de cuasi contrato e ignora las restantes condiciones romanas. Son sus comentaristas los que suplen la omisión y Aubry et Rau, fuente reconocida de nuestros artículos 792 a 195 restablecen la doctrina romana que había sido receptada por la antigua jurisprudencia francesa, pero no vinculan el sistema al enriquecimiento sin causa sino a la teoría de la causa en las obligaciones basada en principios distintos y considera-

8 “Y por regla general decimos que hay acción de inrem verso en todos los casos en que el procurador tendría la acción de mandato, o el que fue gestar de negocios la de gestión de negocios y siempre que el esclavo consumió algo para que el señor tuviese mejorada o no deteriorada una cosa”. ULPIANO, Libro 15, Tit. 3º, 3,2 Digesto.

9 NÚÑEZ LAGOS, Rafael, op. cit., pág. 13.

10 Libro 50, Tit. 17, ley 206.

11 En Francia, la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones no fue receptada jurisprudencialmente hasta el 15 de junio de 1892, fecha en que se falla el célebre “caso de los abonos”.

blemente más compleja¹². No es de extrañar entonces la nota al art. 792 que remite para ese artículo y los siguientes a los arts. 499 a 504, es decir a los que regulan la causa de las obligaciones.

Es sólo algún tiempo después, y por influencia del código alemán que la repetición del pago sin causa aparece como un caso de la acción **in rem verso** esto es, como una hipótesis particular del enriquecimiento sin causa.

Debe señalarse que aún en la elaboración del código alemán tal asimilación fue algo sorpresiva, puesto que el art. 748 del anteproyecto se limitaba a la enumeración textual de las condiciones del Digesto, siendo sustituido en el proyecto definitivo por el actual art. 812 y sus complementarios entre ellos el 817 que se refiere a la causa ilícita.

Aun en la doctrina moderna, voces disidentes muy autorizadas persisten en negar el enriquecimiento sin causa como fundamento de la repetición de lo pagado sin causa, encontrándolo en la teoría de la utilidad social y en los actos jurídicos¹³ o considerándolo un negocio jurídico autónomo que obedece a reglas particulares¹⁴. No ha dejado de destacarse que la obligación de restituir puede ir más allá de la medida del enriquecimiento en los casos de un accipiens de mala fe, lo que demuestra que su fundamento no puede ser —por lo menos exclusivamente— la actio in rem verso¹⁵.

Por nuestra parte, pensamos que en el derecho positivo argentino la vinculación que el mismo codificador establece entre las normas referentes al pago sin causa con las que se ocupan de la causa de las obligaciones no autoriza a buscar el fundamento de la repetición en la teoría del enriquecimiento sin causa. Debe entenderse más bien, que se trata de nulidad con el efecto de la repetición de acuerdo a la regla general del art. 1052¹⁶.

El art. 792 comprende en la generalidad de sus términos varias hipó-

12 “Es necesario, en segundo lugar, que el pago sea hecho indebidamente, es decir, sin una causa jurídicamente suficiente para motivarlo. Las reglas desarrolladas sobre la causa de las obligaciones convencionales se aplican igualmente a la causa de los pagos”. AUBRY, C. et RAU, C., Cours de droit civil français, (París, Marchall-Billard, 1871), T° IV, pág. 729.

13 “Esa teoría de lo indebido, como también aquellas de las diversas condiciones, se refieren a la teoría de la causa, es decir, de la utilidad social de los actos jurídicos”. DEMOGUE, René, Des obligations en general, (Rousseau, París, 1923), T° III pág. 141.

14 “El pago de lo indebido es un negocio jurídico autónomo, que obedece a reglas particulares. No puede ser enfocado ni como contrato ni como aplicación pura y simple de las reglas de la responsabilidad civil o del enriquecimiento sin causa”. MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones de derecho civil, (Buenos Aires, EJE, 1960), Parte 2a, T° II, pág. 451.

15 Ibidem, pág. 465.

16 Llambías opina que el pago es nulo cuando ha sido obrado por error u obtenido por medios ilícitos, pero lo califica de inexistente cuando falta o es ilícita la causa. En realidad la idea es la misma pese a la distinta terminología. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Tratado de derecho civil argentino - obligaciones, (Buenos Aires, Perrot, 1975), pág. 372.

tesis que deben ser distinguidas. La referencia al pago sin causa incluye tanto la falta de causa fuente como de causa fin¹⁷, en tanto que la mención del efectuado por una causa contraria a las buenas costumbres se vincula a la causa motivo. Respecto del pago obtenido por medios ilícitos, ya hemos visto que nada tiene que ver con la causa y es repetible por existis vicios de la voluntad que lo invalidan. Se trata de un error sistemático de Aubry et Rau.

Así pues el pago carecerá de causa fuente cuando se paga una obligación inexistente; por ejemplo, cuando es inevitable abonar un pagaré de favor dolosamente reclamado por el tomador; o cuando se paga una deuda ya cancelada pero cuyo recibo se ha extraviado; o cuando se paga el débito de un homónimo por la urgencia de levantar un embargo indebidamente anotado, etc. En todos estos casos será aplicable el principio del art. 499 y de ello devendrá la nulidad del pago.

Pero puede darse el caso de que el pago responda a una obligación normalmente constituida e instrumentada con miras a la obtención de ciertos fines que son o se hacen de imposible cumplimiento —jurídica o materialmente— o que simplemente no se logran. Por ejemplo, lo que se ha pagado como precio de una cosa que antes de la entrega se pierde sin culpa, o por un inmueble que es expropiado, o lo que se entrega para atender a los gastos de un matrimonio que no se celebra.

También entran aquí los casos en que el pago se realiza en consideración a una causa existente pero que luego hubiera dejado de existir, como será en el supuesto del precio pagado por una cosa si se rescinde o resuelve luego el contrato de compraventa.

En todas estas situaciones, contempladas en el art. 793 falta o desaparece la causa fin del pago considerado como acto jurídico y debe aplicarse la doctrina que está implícita en el art. 500, es decir, que los actos jurídicos deben tener para su validez, una causa, sin perjuicio de que ella se presuma.

Mucho más simple y comprensible es el encuadre de los casos concluidos en los arts. 794 y 795 en el dispositivo general del art. 502, que exige la moralidad y licitud de las causas motivo como requisito para la validez de los actos jurídicos.

En todas las situaciones estudiadas, la ausencia o el defecto en la causa del pago, sea tomada esta voz como fuente, como fin o como motivo, produce la nulidad de aquél y el consiguiente derecho a reclamar la repetición de lo pagado. Como se ha visto no hay en ello nada que no

17 “De lo expuesto resulta que la doctrina del pago sin causa puede considerarse incluida en la teoría de la causa fin. Con la particularidad de que —estando la representación mental de fines futuros vinculada a la existencia de presupuestos pretéritos— el pago sin causa lo es en el doble sentido de que falla la causa fin (pagar la deuda) y falla la causa antecedente (existencia de la misma deuda)”. BUSSO, Eduardo B., op. cit., pág. 161.

pueda extraerse como legítima inferencia de las normas regulatorias de la causa de los actos jurídicos y de los efectos generales de la nulidad de ellos.

VII — Efectos de la nulidad

Del principio ya establecido de que la nulidad del pago es una especie dentro del género nulidad de los actos jurídicos se deduce sin esfuerzo que las reglas generales que disciplinan los efectos de estas nulidades se aplican a la materia que nos ocupa, ello con arreglo a las circunstancias de cada caso y siempre que no existan normas específicas.

Por supuesto, el primero y más aparente efecto de la nulidad del pago es la carencia de fuerza cancelatoria de conformidad con la doctrina que fluye de los arts. 1050 y 1056. Significa ello que la obligación que se pretendía cancelar con el pago inválido subsiste con todos sus accesorios y en las mismas condiciones que tenía antes del pago viciado.

También, y por aplicación de lo establecido en el art. 1052 la invalidación del pago obliga a restituir lo que se haya percibido en virtud de él.

A) **Alcance del deber de restituir.** En los casos en que la nulidad del pago impone el deber de restituir lo percibido, la extensión de esta obligación está determinada por la buena o mala fe del accipiens.

El Código Civil prevé en los arts. 786 a 789 las hipótesis que pueden producirse en relación al pago por error, pero las soluciones que allí se explicitan son aplicables también a los restantes casos en que debe devolverse lo recibido por estar viciado el acto del pago. Por lo demás, dichas soluciones están en armonía con los principios generales y podrían deducirse de ellos aun cuando no existieran tales normas específicas.

Respecto a las obligaciones de dar, debe distinguirse entre la entrega de cantidades de cosas, sea dinero o cosas tangibles, y la de cosas ciertas.

En lo referente a las primeras, el que recibió el pago de buena fe sólo debe restituir la cantidad recibida y los intereses a partir del momento en que fue constituido en mora, que será ordinariamente la fecha de notificación de la demanda. Pero si ha obrado de mala fe deberá los intereses desde el momento en que recibió el pago. Tanto en un caso como en el otro creemos que corresponde la indexación de los valores.

La excepción viene dada por el art. 738 para el caso del pago efectuado por un incapaz. En tal situación, el accipiens no está obligado a restituir lo que haya consumido de buena fe.

Cuando el pago ha consistido en la entrega de una cosa cierta, debe igualmente distinguirse si ha existido buena o mala fe en el accipiens. La idea que preside las soluciones legales podría resumirse diciendo que, como el pago es inválido, no tiene por efecto transmitir la propiedad. En consecuencia, el accipiens es un simple poseedor de la cosa y como tal

será tratado. Si recibió el pago ignorando el vicio que lo invalidaba se le aplicarán las reglas establecidas para el poseedor de buena fe que debe restituir, y las pertinentes al de mala fe si conocía el obstáculo.

En virtud de ello, el accipiens de buena fe devolverá la cosa con los frutos pendientes, pero hará suyos no sólo los consumidos, como dice el art. 786, sino también los percibidos con arreglo a lo dispuesto en el art. 2423. En cuanto a los frutos civiles, le pertenecerán los correspondientes al tiempo de su posesión de buena fe.

La extensión del resarcimiento en el caso del accipiens de mala fe viene dada por el art. 788 en concordancia con los arts. 2438 y 2439, es decir que deberá además de la cosa y los frutos pendientes, los percibidos, los que no se produjeron o percibieron por su negligencia y los que la cosa podría haber producido si hubiese estado en poder de su dueño.

En caso de pérdida de la cosa, total o parcial, o de deterioro de la misma, el accipiens de buena fe no responde más que hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido y sólo está obligado a restituir la cosa en el estado en que se halle, todo ello de acuerdo al art. 2431.

Por el contrario y de conformidad con las soluciones concordantes de los arts. 789 y 2435, el accipiens de mala fe responde por la pérdida o deterioro aun en el supuesto de que el mismo haya ocurrido por caso fortuito, salvo que pueda acreditar que la pérdida o deterioro se habrían producido igualmente de estar la cosa en poder de su dueño.

Respecto a las mejoras y gastos no tras el título del pago ninguna regla específica, pero no es dudoso que se aplican las correspondientes a los poseedores de buena o mala fe, según el caso.

En la hipótesis de que la cosa dada en pago ha sido enajenada a un tercero, deben distinguirse diversas situaciones, según la cosa sea mueble o inmueble y haya buena o mala fe en el accipiens o en el tercero.

Para las cosas muebles juega decisivamente el art. 2412, con el consiguiente resultado de que no podrá reivindicarse de un tercero, a menos que haya mala fe en éste, consistente en el conocimiento de la invalidez del pago, o que la transmisión del accipiens al tercero haya sido a título gratuito, ello por aplicación del art. 2778.

En cualquier otro caso sólo cabe, luego de la declaración de nulidad, reclamar el resarcimiento contra el accipiens, consistente en el importe que él percibió por la cosa, si era de buena fe, o en todos los daños y perjuicio si no lo era.

Si lo entregado es un inmueble, debe estarse a lo dispuesto por el art. 787, pero sin perder de vista que el mismo sufre la influencia de la reforma del 1051. De manera tal, la cosa será reivindicable del tercero poseedor, salvo que éste la hubiera adquirido a título oneroso y ostentase buena fe. Si la reivindicación fuese imposible, la extensión de la obligación del accipiens, será la misma que en el caso de los muebles, según puede invocar o no buena fe.

B) **Daños y perjuicios.** En determinadas hipótesis la sanción de nulidad del pago viene determinada por la existencia de un hecho ilícito, en cuyo caso al deber de restituir se agrega el de indemnizar los daños y perjuicios que pudieron haberse producido.

Ocurre tal situación en los casos de pagos obtenidos por medios ilícitos, es decir, por dolo, violencia o intimidación. En estas situaciones, la acción de responsabilidad será separable de la de restitución, cuando el dolo, la violencia o la intimidación provengan de un tercero, sin conocimiento del accipiens, ello por aplicación de lo dispuesto por los artículos 935 y 934.

También habrá acción de responsabilidad en ciertas hipótesis de pago sin causa, cuando existe mala fe en el acreedor aparente, tal sería el caso si se exige el cumplimiento de una prestación inexistente con pleno conocimiento de ello. Podría mencionarse en ese sentido la hipótesis del que ejecuta un pagaré de favor o reclama el pago de una obligación ya satisfecha sabiendo que el deudor ha extraviado el recibo, etc.

Lo mismo ocurre en los casos de pagos invalidables por ilicitud de la causa, cuando el accipiens conocía tal circunstancia al momento de recibirlo, pero no cuando lo ignoraba.

En todas estas situaciones se responde por todos los daños y perjuicios conforme a las reglas referentes a los hechos ilícitos y la acción será acumulable a las de nulidad y restitución.

C) **Prescripción.** En los casos de vicios de la voluntad o de falsa causa regirá la prescripción bianual del art. 4030. El mismo plazo corresponde por aplicación del art. 4031 a los casos de incapacidad. La acción emergente del pago viciado por lesión prescribirá a los cinco años.

En todas las demás hipótesis regirá la prescripción ordinaria de diez años, salvo las raras hipótesis en las que puede invocarse una nulidad absoluta, que será imprescriptible por imperio de lo establecido en el art. 4023.