

# “Si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal”

## Algunas consideraciones sobre la regulación del pago indebido en el Código Civil peruano

Luciano Barchi Velaochaga<sup>(\*)</sup>

### 1. A manera de introducción: la “ley de Murphy” y la regulación del pago indebido en el Código Civil

Como lo señala Cándido Paz-Ares<sup>(1)</sup> la seguridad jurídica posee dos manifestaciones distintas que, no obstante, se presentan asociadas: una vertiente objetiva y otra subjetiva. La “seguridad jurídica objetiva” es el producto de la claridad, plenitud y estabilidad de las reglas que componen un determinado sistema jurídico y, también de su eficaz administración judicial y cautelar. En síntesis, pues, la seguridad jurídica objetiva postula la existencia de un *ius certum*, que permita al individuo prever y calcular cómo serán resueltos los conflictos que eventualmente puedan alterar su programa de aprovechamiento económico de los recursos. Desde esta perspectiva, según el autor español, al permitir a los individuos planificar el futuro con certeza, el sistema jurídico contribuye considerablemente a la reducción de los costos de información de la actividad económica y de la actividad humana en general. Este tipo de seguridad es una seguridad de orientación.

En efecto, los agentes económicos requieren hacer cálculos para tomar decisiones, en tal sentido, el costo de la inseguridad jurídica es mayor cuando el ordenamiento jurídico es incierto; se dice entonces que los agentes económicos requieren predictibilidad, la cual puede ser definida como “la situación en la cual los sujetos pueden conocer cuáles son las reglas de juego vigentes y, con cierta certeza, pueden confiar que estas no van a ser modificadas entre el momento

de la toma de decisión y el de la ejecución”<sup>(2)</sup>. En otras palabras la predictibilidad supone la posibilidad de calcular previamente (*ex ante*) los efectos jurídicos de los comportamientos.

Al respecto De Trazegnies señala: “el Derecho constituye el medio por el cual la sociedad capitalista garantiza la libertad individual de acción tanto frente a las perturbaciones creadas por los individuos entre sí como frente a las interferencias del propio Estado. En ese sentido, el Derecho debe ser predecible a fin de que no origine opacidades en la actividad racional de los individuos; por eso debe tener un carácter genérico y sistemático, es decir, constituir un orden cerrado, sin lagunas, de aplicación uniforme”<sup>(3)</sup>.

De acuerdo con Pérez Luño las principales condiciones que se concitan en el concepto de seguridad jurídica se engloban en dos exigencias básicas: la corrección estructural y la corrección funcional<sup>(4)</sup>.

La corrección estructural entendida como garantía de formulación regular de las normas de un sistema jurídico y la corrección funcional como “la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación”<sup>(5)</sup>, en tal sentido, no basta con dictar leyes sino se debe asegurar que estas sean cumplidas, el incumplimiento sistemático de las normas, o sea, la falta de eficacia de un ordenamiento jurídico conducen a la quiebra de la seguridad. Algo que sin duda deben comprender nuestros legisladores.

De acuerdo con Pérez Luño la corrección estructural supone los siguientes requisitos<sup>(6)</sup>: *lege*

(\*) Abogado por la Universidad de Lima. Magister en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiante del último ciclo del Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(\*\*) A la memoria de Luis Aragón Fontana, ingeniero de profesión y abogado por vocación, por haber tenido la fortuna de conocerlo.

(1) PAZ-ARES, Cándido. *Seguridad Jurídica y Seguridad del Tráfico*. En: *Revista de Derecho Mercantil*. Número 175-176. Enero-Junio. Madrid, 1985. pp. 12 y siguientes.

(2) HERNÁNDEZ GAZZO, Juan Luis. *Seguridad jurídica y costos de transacción: algunas distorsiones en el Código Civil*. En: *Derecho y Sociedad*. Año VIII. Número 12. p. 18.

(3) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *El Derecho Civil ante la postmodernidad*. Bogotá: Témis, 1993. p. 16.

(4) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Seguridad Jurídica*. 2da. edición. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. pp. 31 y siguientes.

(5) PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Ibid.*; p. 35.

(6) Véase al respecto BARCHI VELAPOCHAGA, Luciano. *Función normativa de los organismos reguladores y la crisis de la seguridad jurídica*. En: *Cathedra*. Número 11. pp. 133-144.

*promulgata, lege manifesta, lege plena, lege stricta, lege previa y lege perpetua.*

*Lege manifesta* supone que la ley debe ser clara para que a nadie induzca a error por su oscuridad. Se trata de la necesidad de que las normas puedan ser comprensibles y eludan las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras, para formularse como leyes claras y precisas. La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en la medida de lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas y económicas.

La *lege manifesta* supone que los destinatarios de la norma no tengan dudas respecto a su interpretación, es decir, respecto a su significado. Para observar o cumplir una norma es necesario determinar lo que ella significa.

Los actos interpretativos no vinculan a los otros destinatarios de la norma, en otras palabras, quien interpreta la ley no está obligado a atribuirle aquel significado que otros destinatarios de la norma le hubieran atribuido. Si tenemos en cuenta que las normas jurídicas restringen las interacciones humanas en la sociedad, cuando la norma es oscura, podría ocasionar diversas interpretaciones respecto a una única norma lo que, a su vez, generará incertidumbre respecto cómo observarla.

También se pretende evitar la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho. Resulta claro, sin embargo, que en la actualidad, a diferencia de lo que ocurría con la escuela exegética, se admite la labor creativa de los jueces, en otras palabras se permite una mayor discrecionalidad del juez en su labor creadora. Ello, sin duda, tiene el beneficio de permitir la adaptación del Derecho a los cambios evitando su divorcio de la realidad<sup>(7)</sup>, pero también tiene riesgos: la inseguridad. En tal sentido, es necesario establecer límites a dicha discrecionalidad judicial para evitar la arbitrariedad y ello puede lograrse, en gran medida, evitando normas oscuras e imprecisas.

### 1.1. La “ley de Murphy”

La “ley de Murphy”, no es una norma jurídica. Es un adagio cuya autoría es atribuida a Edward A. Murphy Jr., un ingeniero que trabajó por un breve período en

experimentos con cohetes para la fuerza aérea de los Estados Unidos de América. En tal sentido se trata de una ley epónima (es una ley que recibe el nombre de una persona). La “ley de Murphy” señala que: “si algo tiene la posibilidad de salir mal, saldrá mal”.

Existen múltiples historias respecto de su origen<sup>(8)</sup> y, además, su significado ha sido mal interpretado, atribuyéndolo a una visión pesimista de la vida<sup>(9)</sup>. En realidad el espíritu de la ley conlleva el principio de diseño preventivo; vale decir, el anticipar los errores que el usuario final probablemente cometerá. Así, pensemos por ejemplo en los discos compactos. Estos permiten una orientación incorrecta, el disco puede ser insertado al revés. Con el diseño preventivo se reconoce el hecho de que el disco puede ser insertado de manera errónea y por lo tanto que alguien, eventualmente, lo hará. Así, habrá que prever un dispositivo que funcione en caso que el usuario introduzca el disco compacto al revés.

Si llevamos la “ley de Murphy” al Derecho, podríamos decir que una norma que no es clara, inducirá a algún intérprete al error, diremos entonces que si una norma puede tener varias interpretaciones y una de ellas (o varias) es una interpretación errada, alguien la interpretará de esa manera.

Si bien como hemos dicho, hoy se admite la labor creativa de los jueces, lo cual supone como ventaja la adecuación del Derecho a la realidad, también es cierto que presenta el riesgo de la inseguridad y para comprobarlo basta revisar las diversas sentencias contradictorias que emiten los jueces y vocales de nuestro Poder Judicial<sup>(10)</sup>. Por tanto, es necesario establecer límites a dicha discrecionalidad judicial para evitar la arbitrariedad.

La “ley de Murphy”, entonces, nos conduce hacia un diseño preventivo de las normas jurídicas, lo que conlleva a una mayor claridad y precisión en su redacción.

Este ensayo pretende revisar algunos artículos del Código Civil relacionados al pago indebido, donde podremos advertir una pésima técnica legislativa carente, precisamente, de un “diseño preventivo”; en tal sentido, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que “dado que dichas normas tienen la posibilidad de ser mal interpretadas y por tanto mal aplicadas, lo serán”.

(7) LORENZETTI, Ricardo. *La discrecionalidad del juez en el marco de la legislación por cláusulas generales y los límites constitucionales*. En: *Derecho PUC*. Número 55. Diciembre de 2002. pp. 155 y siguientes. Para Bullard el juez convierte la ley en realidad por lo que “su responsabilidad en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante” (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Viendo más allá del expediente los efectos de los fallos judiciales a partir del análisis económico del Derecho*. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003. p. 48). Véase también BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Un nuevo paradigma: la jurisprudencia es la ley. ¿Es el “common law” más eficiente que el sistema romano germánico?* En: *Derecho & Sociedad*. Año XIII. Número 19. Lima. 2002. pp. 253 y siguientes.

(8) Véase <http://es.wikipedia.org>.

(9) Véase *¡Arriba esos ánimos!* En: *El Comercio*. 30 de setiembre de 2006. <http://elcomercio.pe/educación/Html/>.

(10) En tal sentido no podemos hablar de “jurisprudencia” si la entendemos como el conjunto de fallos firmes y “uniformes” que dicta el órgano jurisdiccional.

## 2. El deber de restitución: su alcance y contenido<sup>(11)</sup>

El “pago indebido”<sup>(12)</sup> constituye una fuente heterónoma de relaciones obligatorias<sup>(13)</sup>. Es decir, es un caso donde la relación obligatoria no se constituye por voluntad de los sujetos sino de manera impuesta (o forzosa) por el Estado. En concreto, se trata de un supuesto de hecho legalmente tipificado<sup>(14)</sup>.

“Artículo 1267. El que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió”.

Como puede apreciarse el artículo 1267 del Código Civil peruano de 1984<sup>(15)</sup> contiene: (i) un “supuesto de hecho”<sup>(16)</sup>: “el que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago”; y, (ii) una “consecuencia”<sup>(17)</sup>: la constitución de una relación obligatoria donde quien recibe “indebidamente” (*accipiens*)<sup>(18)</sup> algún bien o cantidad queda obligado a su restitución frente a quien se lo entrega por error (*solvens*).

El contenido del deber de restitución dependerá de la buena o de la mala fe del *accipiens*; es decir dependerá si el *accipiens* recibe el bien en la creencia que le era debido o si lo recibe siendo consciente del error del *solvens*.

### 2.1. El contenido del deber de restitución en la atribución patrimonial sin causa por error del *solvens* recibido por el *accipiens* de buena fe

Debe advertirse que cuando el *solvens* “entrega a otro algún bien o cantidad en pago”, está realizando la tradición del bien, por tanto, conforme al artículo

900, el *solvens* transfiere la posesión del bien al *accipiens* de tal manera que el *accipiens* es, ante todo, un poseedor<sup>(19)</sup>.

Dado que se trata de una atribución patrimonial sin causa, el *accipiens* recibe la posesión ilegítima y, si el *accipiens* cree que le es debido el bien, entonces el *accipiens* es un poseedor de buena fe<sup>(20)</sup>.

“Artículo 1271. El que de buena fe acepta un pago indebido debe restituir los intereses o frutos percibidos y responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido”.

#### 2.1.1. Respecto a los frutos y los intereses<sup>(21)</sup>

De acuerdo con el artículo 1271 el *accipiens* debe restituir:

- El bien recibido.
- Cuando el bien recibido sea dinero, debe restituir, además, los intereses percibidos.
- Cuando se trata de cualquier otro bien (distinto al dinero) que sea fructífero<sup>(22)</sup>, debe restituir, además, los frutos percibidos.

Este artículo debe ser concordado con el artículo 908 del Código Civil: “Artículo 908. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos”.

Pues bien, si el poseedor de buena fe hace suyos los frutos debemos entender que cuando el artículo 1271 señala que el *accipiens* debe restituir los frutos percibidos serán aquellos que se hubieran percibido desde el momento que es notificado con la demanda<sup>(23)</sup>, aunque con mayor precisión deberá concordarse con el artículo 907.

(11) Las siguientes consideraciones sobre el pago indebido son apreciaciones preliminares del autor extraídas de su tesis doctoral actualmente en elaboración.

(12) El pago se califica precisamente como “hecho debido” en cuanto constituye la actuación de la relación obligatoria y, por tanto, actuación de la posición deudora. La relación obligatoria es entonces el título jurídico del pago. Si para que una atribución o desplazamiento patrimonial sea pago debe existir una causa o título, entonces un pago siempre es debido, hablar de “pago indebido” resulta siendo contradictorio, así quizá resulte más adecuado referirse a atribuciones o desplazamientos patrimoniales sin causa.

(13) Por ello, la mayoría de las legislaciones lo ubican, adecuadamente, en el libro de fuentes de las obligaciones.

(14) Respecto a las fuentes de las obligaciones véase en DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ta. edición. Volumen II. Madrid: Civitas, 1996. pp. 131 y siguientes. Recordemos que las normas jurídicas de conducta se estructuran mediante la articulación lógica de dos elementos que se denominan: (i) hipótesis, supuesto de hecho, *tatbestand* para los alemanes, *fattispecie* para los italianos; y, (ii) consecuencia (véase al respecto REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Madrid: Pirámide, 1984. pp. 78 y siguientes).

(15) En lo sucesivo cuando se indique solo el número del artículo deberá entenderse referido al Código Civil peruano de 1984.

(16) De acuerdo con Marcial Rubio “el supuesto es la hipótesis que formula el autor de la norma jurídica para que, de verificarse u ocurrir en la realidad, se desencadene lógico-jurídicamente la necesidad de la consecuencia (RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico*. *Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. p. 97).

(17) De acuerdo con Rubio Correa “La consecuencia es el efecto que el autor de la norma jurídica le atribuye lógico-jurídicamente a la verificación del supuesto en la realidad” (RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*; p. 101).

(18) Llamamos *accipiens* al sujeto que recibe el “pago indebido” y *solvens* a quien lo efectúa.

(19) “Artículo 900. La posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley”. Conforme a Ballarín Hernández “La *indebiti solutio* transfiere siempre la posesión de lo entregado” (BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael. *El cobro de lo indebido*. *Perfiles institucionales y eficacia traslativa*. Madrid: Tecnos, 1985. p. 153).

(20) “Artículo 906. La posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título”.

(21) Si bien para el Código Civil los intereses constituyen frutos (se trataría de frutos civiles de acuerdo con el artículo 891 del Código Civil), en las normas relativas al pago indebido se les brinda un tratamiento diferenciado (MAZZONI, Cosimo Marco. *Frutti civili e interessi di capitale*. En: *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*. Número 75. Milano: Giuffrè, 1985). Para una crítica la posición que considera a los intereses como frutos véase FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La naturaleza jurídica de los intereses: punto de conexión entre Derecho y Economía*. En: *Derecho PUC*. Número 45. Diciembre 1991. pp. 177 y siguientes.

(22) Podría hablarse de “bienes productivos” para referirse a aquellos bienes caracterizados por la natural aptitud de producir bienes (“bienes productivos en sentido estricto”) (véase al respecto TANZI, Mauricio. *Godimento del bene produttivo e impresa*. Milano: Giuffrè, 1998).

(23) En este sentido el artículo 2033 del Código Civil italiano.

“Artículo 907. La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada”.

Así, el artículo 1271 debe leerse en el entendido que el *accipiens* de buena fe debe restituir los frutos percibidos desde el momento que se percate que el bien no le era debido o, en todo caso, desde la fecha de la notificación de la demanda. Y como desde ese momento se considera poseedor de mala fe deberá concordarse con el artículo 910 y, por tanto, “si no existen (los frutos), a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir”.

“Artículo 910. El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir”.

Respecto a los intereses la norma obliga al *accipiens* de buena fe a restituir los intereses percibidos. Adviértase que si el *accipiens* hubiera prestado el dinero recibido y conforme al artículo 1243 hubiera fijado como tasa de interés convencional compensatoria la máxima permitida por el Banco Central de Reserva del Perú entonces el *accipiens* tendría que restituir los intereses percibidos con dicha tasa. La tasa máxima, en obligaciones dinerarias contraídas en moneda extranjera, es la Tasa Activa Moneda Nacional (TAMN<sup>(24)</sup>) que a la fecha es, aproximadamente, 25% efectiva anual<sup>(25)</sup>.

Si el *accipiens* de buena fe no hubiera percibido intereses entonces deberá devolver aquellos que se hubieran percibido utilizando la diligencia ordinaria. Esto puede resultar complicado para determinar puesto que el costo de oportunidad del dinero no es único; es decir, hay tasas de rendimiento alternativas (ejemplo: depósitos a plazo fijo, oro, etcétera) ¿cuál se habría percibido utilizando la diligencia ordinaria?

#### 2.1.2. Respecto a la pérdida o deterioro del bien

De acuerdo con el artículo 1271 el *accipiens* responde de la pérdida o deterioro del bien en cuanto por ellos se hubiese enriquecido.

¿Cuáles son las consecuencias si el bien se pierde en posesión del *accipiens* de buena fe, es decir, antes de la restitución?

El *accipiens* debe restituir al *solvens* el bien que ha recibido. Estamos, entonces, frente a una

relación obligatoria con prestación de dar bien cierto (se trata del bien que el *accipiens* ha recibido) con función restitutoria y, por tanto, sujeta al riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación (pérdida del bien) antes de la entrega. En tal sentido, debemos preguntarnos ¿cuáles son las consecuencias de la pérdida del bien antes de la devolución?

Se entiende que se ha producido la pérdida del bien, en los casos previstos en el artículo 1137<sup>(26)</sup>. La pérdida del bien genera la imposibilidad sobreviniente de la prestación y, por tanto, la liberación del *accipiens* de restituir el bien *in natura*, aún si la pérdida se produjera por causas a él imputables, pero la pérdida del bien que debía ser restituido genera una lesión del derecho de propiedad que de ser imputable al *accipiens* lo obligaría a responder. Obviamente esta lesión se causa al propietario; en tal sentido se debe indemnizar al propietario y no al *solvens non dominus*.

Como regla general el *accipiens* de mala fe no responde por la lesión del derecho de propiedad, ni siquiera por causas a él imputables. La buena fe da lugar a una atenuación de la responsabilidad del *accipiens* lo que, según Levi, genera “un injustificado tratamiento respecto de los daños que sufre el *solvens*, cuando la imposibilidad de la prestación dependa de hecho propio”<sup>(27)</sup>.

El artículo 1271, mantiene la regla generalmente aceptada que el *accipiens* de buena fe no responde por la lesión del derecho de propiedad incluso por causas a él imputables, no obstante, precisa que “responde de la pérdida (...) del bien en cuanto por ello se hubiese enriquecido”. Así, por ejemplo, si el *accipiens* dentro de una actividad de empresa hubiera transformado los bienes recibidos, tendrá que pagar su valor<sup>(28)</sup>, sería el caso del vinicultor que recibe uvas que son transformadas en vino<sup>(29)</sup>. O el caso del *accipiens* que ha conseguido el resarcimiento del daño por parte de un tercero responsable de la pérdida del bien. Este párrafo se sustenta en el principio del enriquecimiento sin causa, puesto que el enriquecimiento que pudiera obtener el *accipiens* de buena fe como consecuencia de la pérdida del bien no le correspondería a él sino al propietario.

De acuerdo con Bianca en este caso “el valor debería ser determinado con referencia al momento de la pérdida, pues es en la oportunidad en la que el

(24) Tasa activa moneda nacional; es la tasa promedio ponderado de las tasas que la banca múltiple cobra por sus operaciones activas en moneda nacional (intereses que las empresas financieras cobran por los préstamos de dinero que realizan). Si fuera en moneda extranjera sería la TAMEX.

(25) Esto es importante tenerlo en cuenta para cuando veamos el caso del *accipiens* de mala fe.

(26) “Artículo 1137. La pérdida del bien puede producirse:

1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
2. Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aún teniéndolas, no se pueda recobrar.
3. Por quedar fuera del comercio”.

(27) LEVI, Giulio. *Il pagamento dell'indebito*. Milano: Giuffrè, 1989. p. 160.

(28) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. Responsabilità*. Volumen V. Milano: Giuffrè, 1994, p. 800.

(29) Tener en cuenta el primer párrafo del artículo 937: “El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada (...)”.

*accipiens* ha consumado la adquisición, realizando su enriquecimiento<sup>(30)</sup>. No obstante, somos de la opinión que el caso peruano debería aplicarse el artículo 1236.

Entendemos que la pérdida debe ocurrir mientras perdure la buena fe, así, si el bien se pierde cuando ya el *accipiens* conoce la ilegitimidad de la posesión entonces se aplicará el artículo 1269.

### 2.1.3. Consumo del bien

¿Qué ocurre si el bien entregado indebidamente es uno consumible? ¿Se trata de una obligación genérica restitutoria? Castelblanco Koch señala que “las obligaciones restitutorias de cosa genérica que no sea dinero está formada por aquéllas en las cuales se adeuda en retorno un bien o individuo indeterminado de una clase o género determinado que no sea dinero; es decir, que lo que es objeto de la prestación es ‘cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana’ (...); librándose, por tanto, el deudor con la entrega, ya no de cosa específica, sino de cualquiera de las que conforman el género de lo adeudado”<sup>(31)</sup>.

No obstante, resulta oportuno recordar con Díez-Picazo que: “el carácter genérico de la obligación pertenece más a la órbita de la configuración por los particulares de sus recíprocas relaciones que a la esfera de la normal y objetiva consideración de los bienes en su comercialización”<sup>(32)</sup>.

En tal sentido, nos encontraremos frente a una obligación de dar bien genérico cuando las partes no han designado el bien debido en su individualidad, sino solo por los caracteres que determinan su pertenencia a un género<sup>(33)</sup>, pero no nos encontraremos frente a esta clase de obligaciones, por ejemplo, en los supuestos de resolución de una relación obligatoria<sup>(34)</sup> configurada inicialmente como genérica.

Nuestra afirmación se basa precisamente en que la individualización (elección) habría convertido lo genérico en específico y, por tanto, al resolverse la relación obligatoria estaríamos frente a una obligación restitutoria de bien cierto (debe restituirse el bien entregado). Ejemplo: Primus se obliga a entregarle a Secundus un perro pastor alemán. Sin duda nos encontramos frente a una obligación genérica. Producida la elección será, por ejemplo, Ringo el perro entregado. Al resolverse la relación obligatoria, Secundus deberá devolver a Ringo y no a cualquier perro pastor alemán. En todo caso, si Ringo hubiera muerto se considerará que se produjo la pérdida del bien.

(30) BIANCA, Massimo. *Op. cit.*; p. 801.

(31) CASTELBLANCO KOCH, Mauricio Javier. *Las obligaciones restitutorias del Código Civil y la Inflación*. Santiago: Jurídica de Chile, 1979. p. 47.

(32) Díez-PICAZO, Luis. *Op. cit.*; p. 293.

(33) “Artículo 1142. Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad”. Véase al respecto SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier. *Las obligaciones genéricas*. En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1980. p. 645.

(34) Si bien usualmente se habla de resolución del contrato, debe tenerse en cuenta que son los efectos los que se extinguen, es decir la relación obligatoria y no el contrato mismo que como hecho perdura en el tiempo.

(35) Con mayor precisión sería el valor del bien al momento de la sentencia.

Una cuestión distinta está determinada por la naturaleza consumible del bien. Así, por ejemplo, en el caso del mutuo, el artículo 1648 prescribe que el mutuuario debe devolver no los mismos bienes consumibles que le han sido entregados sino otros de la misma especie, calidad o cantidad.

En el caso de los efectos restitutorios, si se trata de bienes consumibles, el *accipiens* de buena fe deberá restituir, en principio, el mismo bien entregado y, si ya hubiese sido consumido, entonces, deberá restituir el valor del bien.

¿Qué valor? En el caso de la resolución se aplicaría el tercer párrafo del artículo 1372.

“Artículo 1372. (...) Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento (...).”

De acuerdo con la norma citada el valor que debe ser restituido es el que tenía el bien al momento en que se produce la causal que motiva la resolución (supongamos el incumplimiento). Si se tratara, por ejemplo, de un caso de nulidad, anulabilidad o rescisión se aplicaría el artículo 1236.

“Artículo 1236. Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquel se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

¿Por qué la diferencia? ¿Por qué en caso de resolución por incumplimiento se tendrá en cuenta el valor del bien al momento del incumplimiento y en el caso de la nulidad, anulabilidad o rescisión se tendrá en cuenta el valor del bien al momento del pago? Desde nuestro punto de vista la solución adecuada es la del artículo 1236; es decir, se debe determinar el valor del bien al que tenga el día del pago<sup>(35)</sup>, tomado en consideración el valor de reposición; es decir, el precio de mercado que habría que pagar para sustituir determinado bien por otro de iguales características.

## 2.2. El contenido del deber de restitución en la atribución patrimonial sin causa por error del *solvens* recibido por el *accipiens* de mala fe

Dado que se trata de una atribución patrimonial sin causa, el *accipiens* recibe una posesión ilegítima y, si el *accipiens* es consciente del error del *solvens*, entonces el *accipiens* es un poseedor de mala fe.

“Artículo 1269. el que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal

cuando se trate de capitales o frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido.

Además, responde de la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó, hasta que lo recobre.

Puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado al bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó”.

Sintetizando lo señalado en el artículo 1269 podemos decir que el *accipiens* debe restituir:

- a) El bien recibido.
- b) Cuando el bien recibido sea dinero (capitales)<sup>(36)</sup>, debe pagar, además, el interés legal desde la fecha del pago indebido.
- c) Cuando se trate de otros bienes (distintos al dinero) que sean fructíferos, deben restituirse los frutos percibidos o que debieron percibir, desde la fecha del pago indebido.

Además el *accipiens* responde:

- a) De la pérdida que haya sufrido el bien por cualquier causa.
- b) De los perjuicios irrogados al *solvens*, hasta que recobre el bien.

#### 2.2.1. Respecto a los frutos

El artículo 1269 señala que el *accipiens* de mala fe debe restituir los “frutos percibidos o que ha debido percibir cuando el bien recibido los produjera, desde la fecha del pago indebido”.

Este artículo debe ser concordado con el artículo 910:

“Artículo 910. El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir”.

En tal sentido el *accipiens* de mala fe debe:

- a) Restituir los frutos percibidos y, si ya no existen, pagar su valor estimado al tiempo que los percibió.
- b) Si el bien no hubiera percibido frutos, entonces debe pagar el valor de los frutos que habría podido percibir el bien utilizando la diligencia ordinaria.

El pago del valor de los frutos que habría podido percibir se hace a título de resarcimiento por la inercia culposa del *accipiens* de hacer fructífero el bien. La culpa del *accipiens* consiste en haber dejado el bien improductivo incumpliendo su deber de usar la diligencia debida<sup>(37)</sup>.

#### 2.2.2. Respecto a los intereses

“Artículo 1269. El que acepta un pago indebido, si ha procedido de mala fe, debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales (...)”.

La redacción del artículo 1269, parece señalar que si la atribución patrimonial sin causa consiste en “capitales” (léase dinero) el *accipiens* de mala fe “debe pagar el interés legal”, mientras que si consiste en “otros bienes” los frutos “percibidos o que ha debido percibir usando la diligencia ordinaria desde la fecha del pago indebido”. Del mismo modo, como hemos visto, en el caso del artículo 1271 el *accipiens* de buena fe debe restituir los “intereses y frutos percibidos”. ¿Por qué el *accipiens* de mala fe no debe restituir los intereses percibidos?

Sin duda el artículo 1269 brinda al *accipiens* de mala fe un trato más beneficioso en materia de intereses que de frutos e, incluso, lo que es más absurdo, en materia de intereses, un trato más beneficioso que al *accipiens* de buena fe.

Como hemos visto el *accipiens* de buena fe debe restituir los intereses percibidos, lo que supondría, por ejemplo, restituir intereses sobre la base de la TAMN (aproximadamente 25% efectivo anual) que es lo máximo que podría cobrar si hubiese prestado el dinero recibido indebidamente. En cambio, el *accipiens* de mala fe debe pagar solo el interés legal, aunque hubiese percibido intereses mayores. El interés legal es la tasa pasiva moneda nacional TIPMN<sup>(38)</sup> que a la fecha es aproximadamente 3% efectiva anual.

En tal sentido, el *accipiens* podría haber percibido intereses sobre la base de la tasa máxima permitida por el Banco Central de Reserva del Perú que es la TAMN intereses percibidos que no estaría obligado a restituir como si ocurre con el *accipiens* de buena fe. El artículo 1269 solo le impone al *accipiens* de mala fe pagar el interés legal.

#### 2.2.3. Respecto a la pérdida del bien

¿Cuáles son las consecuencias si el bien se pierde en posesión del *accipiens* de mala fe, es decir, antes de la restitución?

Como hemos dicho estamos frente a una relación obligatoria con prestación de dar bien cierto con función restitutoria y, por tanto, sujeta al riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación (pérdida del bien) antes de la entrega.

La pérdida del bien genera la imposibilidad sobreviniente de la prestación y, por tanto, la liberación

(36) El término “capitales” utilizado por el artículo 1269 es inadecuado al ser utilizado como sinónimo de dinero. El capital puede estar constituido por bienes de existencia permanente (por ejemplo un inmueble) o puede estar constituido por bienes consumibles o fungibles, entre ellos el dinero. Entendemos que el legislador se ha querido referir solo al dinero. Véase al respecto BOHM-BAWERK, Eugen von. *Capital e interés*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. pp. 27 y siguientes.

(37) Véase LEVI, Giulio. *Op. cit.*; p. 28.

(38) La tasa del interés legal conforme la Circular 006-2003-EF-90 de fecha 24 de marzo de 2003 es la TIPMN es decir la tasa pasiva moneda nacional, es la tasa promedio de las tasas pagadas sobre los depósitos en moneda nacional, incluidos a aquellos a la vista, por los bancos y financieras. En caso de moneda extranjera sería la TIPMEX.

del *accipiens* de restituir el bien *in natura*, aún si la pérdida se produjera por causas a él imputables, pero la pérdida del bien que debía ser restituido genera una lesión del derecho de propiedad de la cual deberá responder, incluso, si la pérdida se produce por causas no imputables<sup>(39)</sup> al *accipiens*. Obviamente esta lesión se causa al propietario, titular del interés lesionado y no al *solvens non dominus*.

El artículo 1269 señala que el *accipiens* de mala fe: “Responde por la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó hasta que lo recobre”, y luego “puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado el bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó”.

Este artículo debe ser concordado con el artículo 909:

“El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aún por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que este también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular”.

Como podemos advertir el artículo 1269 señala que el *accipiens* de mala fe:

- a) “responde por la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien”; y,
- b) “de los perjuicios irrogados a quien lo entregó hasta que lo recobre”.

Sin embargo, la redacción nos genera algunas dudas. Veamos.

Entendemos que cuando el artículo citado señala que el *accipiens* de mala fe “responde por la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien” se refiere a que el *accipiens* de mala fe debe restituir el valor de dicho bien y, por tanto deberá tenerse en cuenta el artículo 1236.

“Artículo 1236. Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquel se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

Queda claro que el valor del bien constituye un contenido típico del daño emergente y, además, que le corresponde al propietario del bien, titular del

interés lesionado. Pero, el artículo 1269 también dispone que el *accipiens* de mala fe responde “de los perjuicios irrogados a quien lo entregó hasta que lo recobre”<sup>(40)</sup>, lo cual supone que el *accipiens* responde por todos los daños causados y no solo por el daño emergente<sup>(41)</sup>, no obstante, debe precisarse que responde frente al propietario del bien, por tanto cuando el artículo bajo comentario señala “a quien lo entregó” debe entenderse que se refiere, en principio, al *solvens dominus*<sup>(42)</sup>.

El párrafo que señala que el *accipiens* de mala fe “responde por la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien por cualquier causa, y de los perjuicios irrogados a quien lo entregó hasta que lo recobre” genera confusión. Una primera lectura parecería indicar que el *accipiens* de mala fe responde de los perjuicios solo en caso de pérdida del bien. No obstante ello no es lógico puesto que si el bien se ha perdido no tiene sentido decir que se responde por los perjuicios “hasta que lo recobre”. En realidad el *accipiens* de mala fe responde por los daños causados<sup>(43)</sup> por su sola mala fe.

De acuerdo con Díez-Picazo “El *accipiens* de mala fe responde de los menoscabos y daños que la cosa hubiera sufrido por cualquier causa, toda vez que su mala fe le coloca en situación de mora respecto de la restitución, lo que hace que sean de su cargo los riesgos. Responde, asimismo y por la misma razón, de los perjuicios que la falta de la cosa ocasione al que la entregó hasta que la recobre”<sup>(44)</sup>.

¿El *accipiens* de mala fe se encuentra automáticamente en mora (*mora debitoris*) de acuerdo a nuestro Código Civil? Como se sabe el artículo 1333 consagra la mora por interpelación como regla y solo como excepción la mora automática, los efectos atribuidos al *accipiens* de mala fe por el artículo 1269: (i) el “pago de intereses legales” “desde la fecha del pago indebido”; (ii) la responsabilidad por la pérdida del bien por cualquier causa; y, (iii) la responsabilidad por los perjuicios causados, nos llevan al artículo 1336.

“Artículo 1336. El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la

(39) El Código Civil habla de “caso fortuito o fuerza mayor” que solo constituye uno de los supuestos de “causa no imputable”. Véase al respecto VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Lima: Ara, 2002. pp. 66 y siguientes. Véase también BIANCA, Massimo. *Op. cit.*; pp. 30 y siguientes.

(40) De acuerdo con Levi “el *accipiens* de mala fe, además de restituir la cosa *in natura*, tiene la obligación de resarcir los daños, pues la recepción de la cosa con mala fe constituye un hecho ilícito” (LEVI, Giulio. *Op. cit.*; p. 159).

(41) El daño emergente y el lucro cesante son los dos aspectos fundamentales del daño resarcible.

(42) También podría lesionar el interés del *solvens non dominus*. Imaginemos, por ejemplo, al usufructuario que entrega el bien en arrendamiento para percibir la renta y el contrato de arrendamiento es declarado nulo. En este caso la pérdida del bien también constituye un daño injusto (lesión de un interés jurídicamente protegido en la vida de relación). “Además de la lesión dolosa o culposa de la propiedad constituye daño injusto la lesión dolosa o culposa de los derechos reales de goce sobre una cosa ajena (superficie, usufructo, uso, habitación). En estos casos la destrucción o el deterioro de la cosa causan daños tanto al propietario y al titular del derecho real limitado dando lugar a distintas pretensiones resarcitorias en razón del valor de los respectivos derechos” (BIANCA, Massimo. *Op. cit.*; p. 597).

(43) El artículo 1269 se refiere a “perjuicios” y no a “daños”, cosa curiosa teniendo en consideración que nuestro Código Civil utiliza la expresión “daños y perjuicios”. El artículo 1336 del Código Civil, por ejemplo, habla de “daños y perjuicios”. La doctrina moderna solo se refiere simplemente a “daños”.

(44) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.*; p. 519.

imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente”.

En tal sentido, los efectos que se atribuyen al *accipiens* de mala fe son los que le corresponden al deudor en mora, por tanto somos de la opinión que, el *accipiens* de mala fe se encuentra en situación de mora (*mora debitoris*). Se trata de un supuesto de “mora legal”.

Para Gagliardo se trataría de un caso de “mora legal” es decir uno de “aquellos casos contemplados por la ley en los cuales la mora se produce por imperio de ella, sin que sea menester el requerimiento del deudor”<sup>(45)</sup>.

Si aceptamos que el *accipiens* de mala fe se encuentra en situación de mora (*mora debitoris*) desde el momento en que recibe el bien, entenderemos lo que advierte Visintini “el deudor moroso se ha colocado en condición de exponer el objeto de la prestación, teniéndolo en su posesión en lugar de entregarlo, a un riesgo al cual no estaría expuesto, y es por esta razón que la regla en examen concede al deudor la prueba liberatoria que la cosa habría igualmente perecido en posesión del acreedor”<sup>(46)</sup>.

Conforme al artículo 1269 se agrava la responsabilidad del *accipiens* de mala fe; en efecto, de acuerdo con el artículo 1317 el deudor no responde por la pérdida o deterioro que haya sufrido el bien cuando la pérdida o el deterioro se produce por causas no imputables a él (recuérdese que el *accipiens* es deudor de quien entregó el bien), en el caso del pago recibido de mala fe, el *accipiens* deberá responder aún por la causa no imputable. Ello en concordancia, como ya vimos con el artículo 1336 que establece que el deudor constituido en mora responde “por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable”.

Sin embargo, “puede liberarse de esta responsabilidad, si prueba que la causa no imputable habría afectado el bien del mismo modo si hubiera estado en poder de quien lo entregó”.

2.2.4. ¿Qué ocurre si el bien que debe ser restituido es una suma de dinero?

El *accipiens* de mala fe incurre de manera automática en mora (*mora debitoris*) desde la fecha del pago indebido y, por tanto, se le atribuyen los efectos de la *mora debitoris* conforme al artículo 1336.

“Artículo 1336. El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación (...)”.

De acuerdo con el artículo 1324<sup>(47)</sup> las obligaciones de dar suma de dinero devengan el interés moratorio desde el día en que el deudor incurra en mora. Cuando las partes no han fijado convencionalmente la tasa de interés debe abonarse la tasa del interés legal.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1242, el interés es moratorio “cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago” ¿quiere decir que cuando lo indebidamente pagado sea dinero los “perjuicios” a los que se refiere el artículo 1269 son estos intereses moratorios?

Pero, si esto es así ¿cómo lo concordamos con el primer párrafo del artículo 1269? El primer párrafo dice que el *accipiens* de mala fe “debe abonar el interés legal cuando se trate de capitales” y luego, en los párrafos siguientes, que el *accipiens* de mala fe responde “de los perjuicios irrogados a quien lo entregó hasta que lo recobre” ¿deben pagarse dos veces los intereses legales? Insistimos, lo correcto habría sido imponer al *accipiens* de mala fe la obligación de restituir los intereses percibidos y solo si el *solvens* lograra demostrar que él hubiera percibido intereses mayores, podría reclamar por los perjuicios irrogados (por la diferencia).

### 3. El deber de restitución: plazo de prescripción

“Artículo 1274. La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago”.

Debemos tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico la transferencia de la propiedad (así como la de otros derechos) es siempre causal, por tanto, ante la ausencia de causa (título de adquisición) la entrega del bien determinado no tiene el efecto de transferir la titularidad de la propiedad<sup>(48)</sup>.

(45) GAGLIARDO, Mariano. *La mora en el derecho civil y comercial. Su estructura y sus alcances*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979. p. 70. De la misma opinión en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 5ta. edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987. p. 102. De acuerdo con el artículo 1333 no es necesaria la intimación para que la mora exista cuando “la ley (o el pacto) lo declaren expresamente”. La exigencia de la declaración expresa podría generar alguna duda, pero creemos que si se le atribuyen los efectos de la mora del deudor podemos decir: “Camina como pato, grazna como pato, debe ser un pato”.

(46) VISINTINI, Giovanna. *Inadempimento e mora del debitore. Arts. 1218-1222. Il Codice Civile Commentato. Diretto da Pietro Schlesinger*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 457. La autora comenta el artículo 1221 del Código Civil italiano similar al artículo 1336.

(47) “Artículo 1324. Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno (...)”.

(48) En el caso de la transferencia de la propiedad de bienes muebles nuestro Código Civil adopta el “sistema de la doble causa” (o “Sistema del Título y del Modo”). No basta que se realice el modo (tradición) sino se requiere que el título sea válido y eficaz.

En tal sentido si el *solvens* era el propietario (*solvens dominus*) seguirá siéndolo y puede recuperar el bien mediante la “acción” reivindicatoria que es una “acción real”. Con esta concurre la “acción” de repetición por pago indebido que es una “acción personal”. En tal sentido el *solvens dominus* puede, a su elección, recuperar el bien a través de la “acción” reivindicatoria (para lo cual tendrá que probar su propiedad) o bien a través de la pretensión de restitución por pago indebido<sup>(49)</sup>.

En tal sentido debe tenerse en cuenta el artículo 927: “Artículo 927. La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción”.

Si el *solvens* no es propietario (*solvens non dominus*) entonces solo procede la pretensión de repetición por pago indebido.

### 3.1. La prescripción de la “acción” de recuperación y la adquisición prescriptiva

Si, por ejemplo, se celebrara un contrato de compraventa que luego fuera declarado nulo y el vendedor hubiera hecho entrega del bien no se habría transferido la titularidad de la propiedad aunque sí la posesión del mismo.

Se trataría de un pago indebido (*condictio ob causam finitam*) y, por tanto, conforme al artículo 1267 el *solvens* (el pseudo vendedor) tendrá derecho a la restitución del bien por el *accipiens* (el pseudo comprador) y como lo dispone el artículo 1274 la “acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago”.

No obstante, debemos tener en cuenta que el *accipiens* ha adquirido la posesión del bien y dependiendo de la buena o mala fe del *accipiens* se aplicarán las reglas sobre la prescripción adquisitiva.

Si el *accipiens* recibe un bien inmueble resulta de aplicación el artículo 950:

“Artículo 950. La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

Si el *accipiens* lo recibe de mala fe es de aplicación el artículo 951:

“Artículo 951. La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay”.

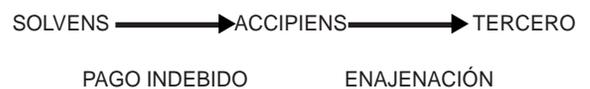
Se produce así una situación particular tratándose de bienes muebles. En efecto, si el

*accipiens* recibe el bien de mala fe adquirirá la propiedad a los cuatro años y si lo recibe de buena fe la adquirirá a los dos años. Esto significa entonces que producida la adquisición por usucapión ya no procedería la “acción” para recuperar lo indebidamente pagado. Incluso, si se tratara de un *solvens dominus* no procedería tampoco, la “acción” reivindicatoria. En efecto, si bien la “acción” reivindicatoria es imprescriptible conforme al artículo 927, también de acuerdo con ese mismo artículo esta “no procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción”.

En el caso de bienes inmuebles, a los cinco años habrá prescrito la “acción” de repetición pero quedará al *solvens dominus* la “acción” reivindicatoria hasta el momento que el *accipiens* adquiera por usucapión.

### 4. Enajenación del bien recibido como pago indebido

Este supuesto se encuentra regulado en los artículos 1272 y 1270 y puede ser graficado de la siguiente manera:



Quien enajena el bien es el *accipiens* que ha aceptado el pago indebido. Volvamos a nuestro ejemplo. Primus y Secundus celebran un contrato de compraventa que luego es declarado nulo. Si Primus (pseudo vendedor) hubiese hecho entrega del bien a Secundus (pseudo comprador) no se habría transferido la titularidad de la propiedad aunque sí la posesión del mismo. Secundus, (el *accipiens*), sería un *non dominus*. Se trataría de un pago indebido (*condictio ob causam finitam*).

En tal sentido cuando el *accipiens* enajena el bien al tercero estamos frente a un caso de contrato con función traslativa sobre bien ajeno (que podrá ser compraventa, donación, permuta)<sup>(50)</sup>.

En tal sentido, las consecuencias de la enajenación del bien por el *accipiens* que lo ha recibido indebidamente, están relacionadas (o deberían estarlo) con la solución que el Código Civil brinda a las transferencias a *non domino*. En tal sentido, los artículos 1272 y 1270 deberían haber distinguir según el bien entregado indebidamente fuera mueble o inmueble<sup>(51)</sup>, cosa que no hace el Código Civil.

(49) Según lo señala Argiroffi un sector de la doctrina italiana considera que la “acción” reivindicatoria solo procedería (para el *solvens dominus*) una vez que hubiera prescrito la “acción” de repetición. El autor citado rechaza tal afirmación (véase ARGIROFFI, Carlo. *Ripetizione di cosa determinata e acquisto “a domino” della proprietà*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 171).

(50) La enajenación a la que se refiere los artículos 1272 y 1270 supone títulos idóneos para transferir la propiedad (compraventa, donación, permuta, etcétera), no siendo considerados los contratos constitutivos de derechos personales de goce como el arrendamiento y el comodato.

(51) En este sentido véase BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981. p. 114. También CAZEAUX, Pedro y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Tomo II. La Plata: Platense, 1986. pp. 525 y siguientes.

¿Cuáles son las consecuencias en caso el *accipiens* enajenara a un tercero el bien recibido indebidamente de acuerdo con nuestro Código Civil?

El Código Civil responde esta pregunta distinguiendo si el bien es recibido por el *accipiens* de buena o de mala fe. Si lo recibe de buena fe el artículo aplicable es el 1272 y si lo hace de mala fe el 1270.

#### 4.1. Enajenación del bien recibido como pago indebido de buena fe

“Artículo 1272. Si quien acepta un pago indebido de buena fe, hubiese enajenado el bien a un tercero que también tuviera buena fe, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo.

Si el bien se hubiese transferido a un tercero a título gratuito, o el tercero, adquirente a título oneroso, hubiese actuado de mala fe, quien paga indebidamente puede exigir la restitución. En estos casos solo el tercero, adquirente a título gratuito u oneroso, que actuó de mala fe, estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados”.

Sintetizando lo señalado en el artículo 1272 podemos confeccionar la siguiente tabla<sup>(52)</sup>:

Accipiens	Tercero	Título	Consecuencias
Buena fe	Buena fe	Oneroso	El <i>accipiens</i> restituye el precio del bien o cede la acción para hacerlo efectivo.
Buena fe	Buena fe	Gratuito	El <i>accipiens</i> restituye el bien.
Buena Fe	Mala fe	Oneroso	1) El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2) El tercero está obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.
Buena fe	Mala fe	Gratuito	1) El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2) El tercero está obligado a indemnizar los daños y perjuicios irrogados.

En efecto el artículo 1272 establece que en caso que el *accipiens* (*non domino*) enajene el bien a un tercero, si lo hace a título oneroso y el tercero lo recibe de buena fe<sup>(53)</sup>, el *accipiens* restituye el precio del bien (o cede la acción para hacerlo efectivo). Como puede apreciarse ni el *accipiens* ni el tercero están obligados a restituir el bien ¿por qué? Pues porque el tercero adquirió la propiedad del bien enajenado.

Esta solución resulta de aplicación cuando se trata de un bien mueble y bajo ciertos supuestos si se trata de un bien inmueble inmatriculado<sup>(54)</sup>, pero no es correcta si se trata de un inmueble no inmatriculado.

Tratándose de bienes muebles debe tenerse en cuenta el artículo 948:

“Artículo 948. Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal”.

En caso de bienes inmuebles inmatriculados el artículo 2014:

“Artículo 2014. El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

Estos dos artículos suponen una excepción al principio normativo *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habere* (en adelante *nemo plus iuris*), es decir aquel principio en virtud del cual nadie puede transferir a otro, un derecho que no le pertenece. Como regla general los actos de disposición de los no titulares (*non dominus*) son ineficaces desde el punto de vista “real”; es decir, que no opera el efecto traslativo.

Los artículos 948 y 2014 suponen mecanismos de protección de la apariencia jurídica (transferencias o adquisiciones a *non domino*) los cuales están dirigidos a “la tutela de la confianza de los terceros, y por tanto del interés colectivo a la seguridad de la circulación de los bienes”<sup>(55)</sup>.

La protección a la apariencia jurídica requiere:  
a) Que el adquirente tenga buena fe; y,  
b) Que la enajenación se realice a título oneroso. En tal sentido, si la enajenación se realiza a título gratuito no opera la protección a la apariencia jurídica<sup>(56)</sup>.

Respecto a la buena fe debe tenerse en cuenta que se trata de la buena fe subjetiva, vale decir, se refiere al desconocimiento sobre la realidad del adquirente quien adquiere confiado en la apariencia que la posesión del bien genera<sup>(57)</sup>. En otras palabras supone desconocer que el bien es ajeno. Se

(52) El hecho que el *accipiens* enajene el bien, no lo libera de la obligación de restituir los frutos y los intereses percibidos conforme lo previsto en el artículo 1271 (en este sentido NATOLI, Ugo. *Il possesso. Il Diritto Privato di Oggi. Serie a cura di Paolo Cendon*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 193).

(53) Supuesto 1 de la tabla que sintetiza el artículo 1269.

(54) Para ver el concepto de inmatriculación véase DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 4ta. edición. Volumen III. Madrid: Civitas, 1995. pp. 353 y siguientes. Véase Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

(55) MENGONI, Luigi. *Op. cit.*; p. 1.

(56) La doctrina clásica explica esta diferencia diciendo que el adquirente a título oneroso *certat de danno* evitando mientras que el adquirente a título gratuito *certat de lucro* captando (MENGONI, Luigi. *Op. cit.*; p. 245). En el caso del artículo 948 no se hace referencia al título oneroso, no obstante la exigencia de que la transmisión sea a título oneroso es tácita, pues no cabe proteger con la apariencia adquisiciones a título no lucrativo (en este sentido CANO MARTÍNEZ, Ignacio. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosh, 1990. pp. 175 y 176). Ello se confirma como veremos más adelante en el supuesto 2 de la tabla que sintetiza el artículo 1269.

(57) El artículo 912 del Código Civil consagra la presunción de propiedad (“El poseedor es reputado propietario [...]”) lo que genera una

contrapone a la buena fe objetiva, que supone una regla de conducta del deudor.

Asimismo, si se trata de bienes muebles que se realice la transferencia material del bien, es decir la transferencia de la posesión<sup>(58)</sup>; y si se trata de bienes inmatriculados la inscripción<sup>(59)</sup>. Quedan al margen de la protección los bienes inmuebles no inmatriculados.

Como puede apreciarse, entonces, si lo que se enajena es un bien inmueble no inmatriculado o si en el caso de bienes muebles o inmuebles inmatriculados la enajenación se realiza a título gratuito o si se realiza a título oneroso pero el adquirente tiene mala fe se aplicará la regla general del *nemo plus iuris* y, por tanto, el tercero no adquirirá la propiedad (el contrato es ineficaz respecto al efecto traslativo), lo que guarda plena concordancia con los otros supuestos del artículo 1269<sup>(60)</sup>, donde el bien debe ser restituido.

#### 4.1.1. La validez del título de adquisición para la protección de la apariencia jurídica

Cabe advertir que para darse la protección a la apariencia jurídica; es decir, la adquisición a *non dominus* el título de adquisición del tercero de buena fe debe ser válido. Como bien señala Mengoni “Si el título tiene vicios de estructura, no hay razón para atribuir al adquirente a *non domino*, que ignore el vicio, una tutela que no ha sido dada siquiera al adquirente a *domino*”<sup>(61)</sup> y más adelante desarrolla mejor la idea: “El título debe estar libre de vicios intrínsecos, sea de forma que de sustancia, es decir debe ser, como se acostumbra decir, abstractamente idóneo para transferir o para constituir el derecho del cual se trata: el adverbio “abstractamente” alude precisamente a una valoración del título en sí mismo, abstracción en concreta la eficacia del negocio bajo el perfil dispositivo. Si el título es nulo (y siempre que la nulidad no dependa exclusivamente de la falta de titularidad del enajenante), la tutela del tercero adquirente es sin duda excluida”<sup>(62)</sup>.

En este sentido expresamente se pronuncia el artículo 1153 del Código Civil italiano:

“A quien le son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario, adquiere la propiedad mediante la posesión, siempre que sea de buena fe al momento de la entrega y subsista título idóneo para la transferencia de la propiedad (...)”.

Esto es fundamental. En efecto, algunas sentencias de la Corte Suprema de la República<sup>(63)</sup>, ha sostenido que la venta de bien ajeno (debemos incluir todos los contratos con función traslativa) de bienes ajenos es nula<sup>(64)</sup>. La causa de la nulidad varía: en cierto grupo de sentencias se señala que la nulidad se basa en la imposibilidad jurídica (inciso 3 del artículo 219)<sup>(65)</sup>. Un grupo señala que la nulidad se basa en el fin ilícito (inciso 4 del artículo 219)<sup>(66)</sup>. Para otro grupo se basa no solo en el fin ilícito (inciso 4 del artículo 219 del Código Civil) sino también en el hecho que se trataría de ser un acto contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (inciso 8 del artículo 219)<sup>(67)</sup>. Otro grupo considera que es nulo además de ser jurídicamente imposible, por faltar la manifestación de voluntad del propietario (inciso 1 del artículo 219)<sup>(68)</sup>.

De acuerdo con este grupo de sentencias nunca serán de aplicación los artículos 948 y 2014 por cuanto el título de adquisición del tercero de buena fe nunca sería válido.

Estas sentencias basan su posición fundamentalmente en el inciso 4 del artículo 197 del Código Penal, referido al delito de estelionato:

“Artículo 197. La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando: (...)

4. (...) cuando se vende (...) como propios los bienes ajenos”.

No obstante, debe tenerse en cuenta el inciso 2 del artículo 1409 el cual admite que los contratos, incluidos los traslativos, pueden versar sobre bien ajeno.

aparición de titularidad del derecho. La buena fe del adquirente supone confiar en esa apariencia, es decir no conocer que el bien es ajeno. En tal sentido, la protección de la apariencia solo opera cuando el “transferente” actúa a nombre propio.

(58) Así el artículo 948 del Código Civil.

(59) Así el artículo 2014 del Código Civil el cual, en efecto, comprende tanto bienes muebles como inmuebles inmatriculados. Del artículo 912 del Código Civil se desprende que la presunción de propiedad no alcanza a los bienes muebles inmatriculados cuando señala que la presunción no “puede oponerse al propietario con derecho inscrito”. Bastante más explícito es el artículo 1156 del Código Civil italiano cuando señala que no resulta de aplicación el artículo 1153 (similar a nuestro 948) *ai beni mobili iscritti in pubblici registri*. Mengoni también reitera la exclusión de la regla *possesso vale titolo* de los bienes muebles inscritos (MENGONI, Luigi. *Op. cit.*; p. 91).

(60) Supuestos 2, 3 y 4 de la tabla que sintetiza el artículo 1269.

(61) MENGONI, Luigi. *Op. cit.*; p. 32.

(62) *Ibid.*; p. 183 y 184.

(63) No hablamos de jurisprudencia por las razones más arriba explicadas.

(64) Un sector sostiene que la venta del bien ajeno es sancionado con la rescisión del contrato a solicitud del comprador conforme al artículo 1539 del Código Civil (Casación 469-96 PIURA).

(65) Casación 718-99 LAMBAYEQUE. Expediente 852-98.

(66) Casación 1017-97-PUNO.

(67) Casación 354-97 CUSCO.

(68) Casación 1376-99 HUANUCO.

“Artículo 1409. La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: (...)

2. Bienes ajenos (...)”.

Estas sentencias no han establecido claramente la interrelación entre el ilícito penal y la invalidez negocial. En principio la violación de un precepto penal en el ejercicio de la autonomía negocial no es decisiva para generar la invalidez en sede civil. Ello se recoge legislativamente en el inciso 8 del artículo 219, de acuerdo con el cual un contrato contrario a norma imperativa (que son por excelencia aquellas penales) es nulo, “salvo que la ley establezca sanción diversa”. Así el contrato “penalmente ilícito no es, necesariamente, un acto inválido”<sup>(69)</sup>.

Por lo expuesto, de acuerdo con el artículo 1539, la venta de bien ajeno (lo que debe ser extendido a cualquier contrato con función traslativa) en la que el comprador no sabe que es ajeno (si lo supiera se aplica el artículo 1537) es rescindible a solicitud, precisamente del comprador.

La rescisión se establece para el caso que no se produzca la adquisición de la propiedad por el comprador, es decir, cuando no hubiera operado la tutela de la apariencia<sup>(70)</sup>. Si el comprador (que no conoce que el bien es ajeno y, por tanto, de buena fe) hubiese adquirido la propiedad, en virtud del 948 o del 2014, el contrato de compraventa será válido y se habrá producido el efecto traslativo, lo que se evidencia en el artículo 1272 (supuesto 1 de la tabla que sintetiza el artículo 1272).

4.1.2. La restitución del precio o la cesión para hacerlo efectivo

El artículo 1272 no es claro en determinar a quién se le restituye el precio o a quien se cede la acción. Si se trata de un *solvens dominus* no habrá ningún problema, pero ¿si se trata de un *solvens non dominus*? ¿A este o al propietario del bien?

El artículo 1272 habla de restitución del “precio” (cuando el tercero adquiere de buena fe a título oneroso). En realidad debe entenderse que restituye la contraprestación recibida. Solo si la enajenación se produce en virtud de una compraventa se justifica hablar de precio.

Adviértase que la devolución no es del “valor” sino del “precio”, en tal sentido, si por ejemplo, el *accipiens* ha recibido de buena fe un bien que vale 150 y lo enajena a un tercero por el precio de 100, el *solvens* solo tiene derecho a 100. En tal sentido, conforme a la solución del Código Civil, el propietario pierde un bien que tiene un valor de 150 y recupera solo 100.

El artículo 1272 señala que el *accipiens* restituye el precio o “cede la acción”. Nos preguntamos ¿el artículo se refiere a una “cesión de derechos”? ¿No debería ser más bien un supuesto de subrogación legal? Los autores italianos consideran que se trata de un supuesto de subrogación legal<sup>(71)</sup>. En efecto, la cesión supone un acuerdo<sup>(72)</sup> mientras que la subrogación legal implica un supuesto previsto imperativamente por la norma. La subrogación es legal cuando se produce *ope legis*, es decir, cuando el crédito resulta adquirido por el subrogado, sin necesidad de que medie ninguna expresa declaración de voluntad. En tal sentido somos de la opinión que debería hablarse de subrogación<sup>(73)</sup>.

#### 4.2. Enajenación del bien recibido como pago indebido de mala fe

“Artículo 1270. Si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

En caso que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien, más la indemnización de daños y perjuicios.

Si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien. En este caso, sin embargo, solo está obligado a pagar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios quien recibió el pago indebido de mala fe”.

Esta norma se refiere a quien acepta un pago indebido de mala fe, no obstante, debe comprender también los supuestos en que habiendo recibido

(69) Véase en este sentido GRASSO, Antonio. *Illiceità e invalidità del contratto*. Milano: Giuffrè, 2002; y, RABITTI, Maddalena. *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo Studio Della nullità*. Milano: Giuffrè, 2000.

(70) Desde nuestro punto de vista el Código Civil debería hablar de resolución en la venta de un bien mueble ajeno cuando el comprador no adquiere la propiedad (cuando no opera el artículo 948) y de rescisión en la venta de un inmueble ajeno cuando el comprador no adquiere la propiedad (cuando no opera el artículo 2014). En efecto, en el caso de los muebles el no transferir la propiedad supone el incumplimiento de la obligación de transferir la propiedad que genera el contrato con función traslativa; en cambio, tratándose de inmuebles debe tenerse en cuenta que el sistema de la causa única (sistema consensual), el efecto traslativo es un efecto inmediato a la celebración del contrato por lo que no requiere la constitución de una obligación de transferir. En tal sentido, si no se transfiere la propiedad el comprador ve frustrada una adquisición inmediata de la propiedad (no por incumplimiento de una prestación del deudor) véase al respecto RUSSO, Ennio. *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*. Milano: Giuffrè, 1965.

(71) LEVI, Giulio. *Op. cit.*; p. 170.

(72) Nos remitimos a BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *La cesión de créditos en el Código Civil peruano de 1984*. En: *Taller de Derecho*. Año 1. Número 1. pp. 101 y siguientes.

(73) Algo similar a lo que ocurre con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 1138: “Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra tercero (...)”. La sustitución al deudor califica como una subrogación legal.

(aceptado en el lenguaje del Código Civil) una atribución patrimonial de buena fe lo enajena cuando ya conoce que debe restituirlo<sup>(74)</sup>.

En este supuesto quien enajena el bien es el *accipiens* que ha aceptado el pago indebido de mala fe. En tal sentido, cuando enajena el bien lo hace sabiendo que el bien no le pertenece; es decir, conociendo que el bien es ajeno.

Sintetizando lo señalado en el artículo 1270 podemos confeccionar la siguiente tabla<sup>(75)</sup>:

Accipiens	Tercero	Título	Consecuencias
Mala fe	Buena fe	Oneroso	1) El <i>accipiens</i> restituye el "valor" del bien. 2) El <i>accipiens</i> paga la indemnización.
Mala fe	Buena fe	Gratuito	1) El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2) El <i>accipiens</i> paga la indemnización.
Mala Fe	Mala fe	Oneroso	1) El <i>accipiens</i> restituye el bien. 2) La indemnización es debida solidariamente por el <i>accipiens</i> y el tercero.

Del artículo 1270 no queda claro a quien le corresponde la restitución del bien cuando este se enajena a título gratuito a un tercero que actúa de mala fe, solo señala "quien efectuó el pago puede exigir la restitución", pero cabe preguntarse ¿a quién se le reclama la restitución? ¿Al tercero o al *accipiens*?

Del mismo modo, surge la duda, si la enajenación se hizo a título gratuito y el tercero procedió de buena fe, el artículo bajo comentario solo señala "quien efectuó el pago indebido puede exigir la restitución del bien" pero la pregunta es la misma ¿a quién se le exige la restitución?

Si tenemos en cuenta que el deber de restitución se establece entre el *solvens* y el *accipiens* entonces la pretensión restitutoria debe dirigirse contra el *solvens* (deudor de la obligación de restituir). Si el *solvens* es propietario (*solvens dominus*) podrá ejercer la "acción" reivindicatoria contra el tercero.

Cuando se enajena un bien mueble a título oneroso y el tercero lo recibe de buena fe, adquiere la propiedad (artículo 978), por ello el *accipiens* no restituye el bien sino el precio. Esto significa entonces

que el tercero adquirió la propiedad en virtud de los mecanismos de protección de la apariencia como ya se analizó cuando se vió el artículo 1269.

No obstante, si se trata de bienes muebles debe tenerse en cuenta que se excluyen del mecanismo de protección a la apariencia, como señala el artículo 948, los bienes perdidos<sup>(76)</sup> y los adquiridos con infracción de la ley penal<sup>(77)</sup>.

La pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿el *accipiens* que recibe el bien mueble de mala fe lo adquiere con infracción de la ley penal? Dicho de otra manera ¿el *accipiens* que recibe el bien sabiendo que no le corresponde comete un delito? El artículo 190 del Código Penal señala lo siguiente:

"Artículo 190. El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".

Podríamos entonces afirmar que en la enajenación del bien por el *accipiens* de mala fe no se produce la transferencia de la propiedad a *non domino* en virtud del 948 pues el *accipiens* habría incurrido, al adquirirlo, en apropiación ilícita. Por tanto, debería restituirse el bien y no su valor como señala el artículo 1270.

El artículo 1270 habla de "valor" y no de "precio" (contraprestación). En tal sentido si el *accipiens* que ha recibido de mala fe un bien que vale 100 y lo enajena a un tercero que lo recibe de buena fe por el precio de 80, entonces el *accipiens* de mala fe debe restituir al *solvens* el valor, es decir 100 y no 80 que es el precio recibido<sup>(78)</sup>.

El problema se presentará cuando el bien que vale 100 se enajena a un precio de 120. Levi en Italia señala que, en este caso, el *solvens* podrá pretender la restitución del precio y no del valor<sup>(79)</sup>.

(74) Tal como lo señala el artículo 2038 del Código Civil italiano: "Quien ha enajenado la cosa recibida de mala fe, o después de haber conocido la obligación de restituirla (...)".

(75) El hecho que el *accipiens* enajene el bien, no lo libera de la obligación de restituir los frutos percibidos y de pagar el interés legal conforme lo previsto en el artículo 1269.

(76) "Artículo 932. Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos".

(77) Esta excepción genera una incoherencia en el sistema de transferencias de bienes muebles pues al adquirente no le basta con la apariencia que genera la posesión sino que lo obliga a informarse respecto a la procedencia del bien.

(78) En el Código Civil italiano (artículo 2038) el *solvens* puede también dirigirse directamente frente al tercero para obtener el pago respectivo: "Aquel que ha pagado indebidamente puede exigir el correspondiente de la enajenación y puede también dirigirse directamente para conseguirlo". Bianca cita el siguiente ejemplo: "El *accipiens* ha recibido de mala fe un terreno que vale 150. Lo revende a un tercero al precio de 100. El comprador ha pagado 50. El *accipiens* reclama al comprador el pago de los restantes 50 y exige al *accipiens* el pago de 100 con el fin de conseguir el equivalente del valor del terreno" (BIANCA, Massimo. *Op. cit.*; 1994. p. 802). En el caso peruano el *solvens* solo puede dirigirse contra el *accipiens* de mala fe.

(79) LEVI, Giulio. *Op. cit.*; p. 171.