

BARRIENTOS GRANDÓN, JAVIER, *El pago de lo no debido en el Derecho chileno*, LexisNexis, Santiago, 2003, 176 págs.

El estudio que nos presenta el profesor Barrientos, distinguido romanista e historiador del Derecho, persigue un doble propósito: por una parte, establecer las fuentes históricas de la regulación del cuasicontrato de pago de lo no debido contenida en el Código Civil y, por otra, sobre las bases de los resultados de esa indagación, proponer una nueva lectura dogmática de dichos preceptos, es decir, de cómo debieran entenderse y aplicarse las normas en cuanto derecho vigente y aplicable hoy.

El eje sobre el cual parece centrarse el estudio es la distinción entre dos construcciones teóricas sobre la acción de repetición de lo indebido, a la que el autor recurre constantemente para comprender mejor las opciones legislativas de nuestro Código Civil. La primera es la teoría de la *condictio indebiti* elaborada por el derecho romano clásico y fundada en la validez del pago y en la falta de causa para retener del acreedor. La segunda es la que parece iniciarse en el derecho romano postclásico, pero que será configurada más tarde por la Escuela iusracionalista y transmitida al Código Civil francés a través de la doctrina de Pothier. En esta segunda tradición, la cuestión del pago indebido se observa como la respuesta a un enriquecimiento ilícito del que recibe y la asunción por este de la obligación de restituir una propiedad que en el fondo le es ajena. Aunque las diferencias en la caracterización de ambas teorías no son siempre nítidas, pareciera que la más notable es la que concierne al papel que juega el error: mientras que para la teoría romana el error, tanto del *solvens* como del *accipiens*, resulta esencial para que pueda hablarse de pago indebido y de falta de causa en la retención; para la construcción francesa, en cambio, lo relevante no es el error sino la inexistencia de la deuda que provoca el enriquecimiento injusto. Por

eso el Código francés centra el cuasicontrato no en el error de quien paga sino en que el *accipiens* ha recibido algo que no le es debido: "*Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu*" (art. 1376). Por lo mismo, las acciones dirigidas a obtener la devolución serían diferentes: mientras en la tradición romana es una acción personal de repetición, en la teoría iusracionalista-francesa se trata más bien de una acción de contornos reales similar a la petición de herencia; sería una acción restitutoria de la propiedad mal habida.

La pregunta que intenta contestar nuestro autor es ¿cuál ha sido la opción del codificador chileno al regular el cuasicontrato de pago de lo no debido? Con la minuciosidad que lo caracteriza, Javier Barrientos analiza detalladamente la evolución de los artículos en los distintos Proyectos de Código Civil y sus fuentes. Llega a la conclusión de que Andrés Bello ocupó materiales procedentes de ambas tradiciones: de la teoría romana de la *condictio*, las Siete Partidas y su glosador Gregorio López; y de la teoría iusracionalista, las obras del mismo Pothier. Pese a ello, el examen de las normas y su diferencia con el Código francés, lo llevan a concluir que la tradición que ha seguido el Código Civil chileno, y a cuya luz deben interpretarse las disposiciones vigentes, es la propia de la *condictio* del derecho romano clásico. En efecto, el art. 2295 pone como base del pago de lo no debido el error: "Si el que *por error* ha hecho un pago, prueba que no lo debía...", y concede expresamente una acción de repetición, no de restitución: "...tiene derecho para *repetir* lo pagado".

Sostiene Barrientos que en el pago se da lo que los romanos denominaban *datio ob rem*, es decir, la entrega en propiedad de una cosa pero

modalizada por la necesidad de alcanzar un cierto resultado (extinguir una deuda) que opera como causa, no del acto jurídico de la dación, sino de la facultad de retener de quien recibe. Si la deuda no existe se abre paso a la repetición porque, aunque existe tradición y se produce la transferencia de la cosa pagada del *solvens* al *accipiens*, falla la finalidad de la dación, y por ello la retención por parte del que recibe se ve privada de causa. Esta manera de entender el pago indebido lleva a sostener que los elementos del cuasicontrato no serían tres: pago, prueba de lo indebido y error, como quiere creer la doctrina y jurisprudencia chilenas, que erróneamente habrían interpretado los arts. 2295 y siguientes a la luz de la enseñanza de los tratadistas franceses sin considerar que el codificador chileno no siguió en esto al *Code*. Según Barrientos, los elementos son únicamente dos: el pago y el error, ya que este último hace suponer la falta de deuda. "Dándose los dos elementos anteriores —nos explica— se ha configurado el supuesto técnico de un pago de lo no debido, pues el error ha tenido como consecuencia jurídica relevante el obstar al nacimiento de la justificación o causa para retener definitivamente (*causa retinendi*) lo dado al *accipiens*, de manera que el no cumplimiento de la causa final perseguida con el pago ha hecho fallar la causa para retener y, por ello, quien pagó tiene el derecho a repetir lo pagado, supuesto que el *dans* no puede entablar la *reivindicatio* en contra del *accipiens*, pues este se hizo dueño de la cosa pagada mediante la *datio* (art. 2295)" (p. 67).

Bajo esta concepción, Barrientos procede a analizar ordenadamente el régimen normativo del pago de lo no debido en el Código Civil chileno, con un ejemplar manejo, tanto de las fuentes históricas como de la jurisprudencia y de la doctrina chilena, en la que se citan también los antiguos autores del siglo XIX y varios memoristas, cuyos aportes suelen ser pasados en silencio en nuestra literatura jurídica. El capítulo más extenso se refiere al error en el pago, tópico nuclear en el que reposa toda la arquitectura de la construcción dogmática del autor. Rechaza este la doctrina que asimila el error en el pago de lo no debido al error vicio del consentimiento y que exige que sea excusable o que excluye la alegación del error de derecho. Por el contrario, afirma que como el error del pago indebido no afecta a la tradición en cuanto acto jurídico, sino a la finalidad buscada como resultado posterior, no le son aplicables las reglas y limitaciones propias del error-vice. Paralelamente, el autor excluye del régimen del cuasicontrato los supuestos en los que el pago indebido se produce por fuerza o dolo, puesto que en ellos no se daría el elemento esencial del error; en tales eventos la acción procedente sería la de nulidad del pago por vicio del consentimiento.

Es realmente admirable la forma en la que el autor engarza los materiales históricos con el tex-

to de las normas y la interpretación judicial y doctrinaria, para diseñar una concepción original de una materia cuya explicación común parecía no presentar ya mayores misterios. Es un mérito de Javier Barrientos el remover las ideas comunes ya asentadas para enfrentarnos a los problemas dogmáticos que presenta la acción de repetición de lo indebido, sus fundamentos y sus relaciones con otras acciones que podrían concurrir bajo los mismos hechos: acción de restitución por nulidad de la tradición solutoria, acción reivindicatoria, acción de restitución por delito o cuasidelito civil, etc. Ya solo por eso, además del innegable trabajo de rastreo de fuentes históricas y sistematización de la doctrina y jurisprudencia acumulada, podemos afirmar sin vacilación que estamos ante una monografía particularmente valiosa y que será insoslayable para los desarrollos doctrinales futuros del tema, no solo en el campo histórico sino también en el dogmático-civil.

Por cierto, la valoración ampliamente positiva de la monografía no significa que todos sus argumentos y conclusiones sean igualmente convincentes. No es una reseña como esta la sede adecuada para discutir *in extenso* las tesis del autor. Nos limitaremos a advertir que en ciertos pasajes el lector puede tener la percepción de que el afán por descubrir el sentido actual de las normas se encuentra subordinado al interés prioritario de hacerlo coincidir con el modelo histórico elegido apriorísticamente como mejor fundado. Hay una especie de sesgo o pie forzado en el desarrollo del tema, pues continua y reiteradamente se intenta explicar y justificar que la normativa del Código Civil no ha hecho más que recepcionar la doctrina romana clásica. Este defecto, que bien podría ser solo de estilo, disminuye la fuerza persuasiva de la teoría defendida para el derecho vigente, y la expone al riesgo de tornarla poco comprensible o asimilable para un jurista dogmático del derecho privado o, lo que es peor, para un juez interesado en la aplicabilidad actual de las normas y no en su congruencia con uno u otro modelo histórico.

Espera mucho el autor de los civilistas si pretende, por ejemplo, que concuerden con la idea de que en el pago en que se transfiere la propiedad no se da uno, sino dos actos jurídicos, y que es necesario identificar en la operación no una sino hasta tres causas. Según Barrientos, la tradición solutoria necesita como causa un título (el contrato previo) pero a su vez se descompone en un convenio de pago (el acuerdo de dar y recibir entre acreedor y deudor) y la entrega material (la traslación física de la cosa pagada). En esta concepción, la causa (próxima) de la entrega no sería el contrato o título, como afirma la doctrina común, sino el convenio de tradición. El título o contrato traslativo sería una causa remota cuya ausencia no empecería la validez del acto de tradición (sin que se advierta que esto contradice paladinamente lo dispuesto en el art. 675 del Código Civil). Por si esto fuera

poco, habría que admitir, todo según el libro que comentamos, que la entrega material (que ya acumula dos causas: el contrato y el convenio traditicio) presenta una tercera modalidad de causa, ahora entendida como finalidad ulterior (pagar una deuda), de modo que si esta última causa falla, por error en el *solvens*, la tradición si bien es válida (tiene causa como acto jurídico: el convenio de pago) no autoriza al *accipiens* a retener lo entregado (la retención del *accipiens* carece de causa: la finalidad de pagar la deuda). La visión de la tradición como una operación compuesta de dos actos simultáneos: convenio y entrega, complejiza en exceso y sin utilidad apreciable lo que en el Código aparece como un único acto jurídico: la entrega voluntariamente hecha y aceptada. Así lo presenta el art. 670, cuando nos dice que la tradición "consiste" en la entrega, habiendo en esa entrega intención de aceptar y recibir. No son dos actos, sino uno solo.

Además, la concepción del pago de lo no debido como una transferencia de la propiedad que, sin embargo, puede ser repetido por fallar la causa de la retención no logra disipar las inquietudes sobre la naturaleza de la acción de repetición y su diferencia con una acción real restitutoria. Si la falta de deuda que justifique el pago produce la extinción de la propiedad en el *accipiens*, quiere decir que la tradición operó bajo la condición resolutoria de probarse como no debido lo pagado; y si se resuelve la tradición debemos colegir que, en definitiva, la propiedad no fue transferida.

Otra parte donde la explicación del profesor Barrientos se resiente de un cierto exceso de entusiasmo por el modelo histórico elegido, es aquella en la que examina el caso en que el *accipiens* recibe de mala fe, es decir, sabiendo que no existe deuda que justifique el pago. El supuesto lo prevé expresamente el Código Civil en el art. 2300, inciso 2°, al disponer que en tal caso el *accipiens* se obliga a la restitución del dinero o cosas fungibles recibidas más los intereses. La dificultad se presenta al autor porque tal evento no era tratado en el Derecho romano como pago indebido (*condictio indebiti*), sino como un delito de hurto (*furtum*). Al ser un delito, no se producía transferencia de la propiedad de lo pagado (como sí se daba en el caso de la *condictio*) y el *solvens*

gozaba de una acción para reclamar la restitución de lo entregado pero no de la acción de repetición típica del pago indebido. Frente a tal estado de cosas, uno esperaría que el intérprete asumiera —a lo mejor lamentándolo— que el Código Civil se apartó en este punto del sistema romano para acoger el modelo francés de la restitución fundada en el enriquecimiento injusto o mal habido. Pero ni siquiera una constancia explícita como esa es capaz de arredrar al autor en su empeño por devolvemos el pensamiento de los juristas romanos encarnado en normas civiles. Explicará, así, que el Código no pretendió en el art. 2300 distanciarse del sistema romano de la *condictio*, sino seguirlo, ya que el supuesto de mala fe del *accipiens* no sería más que una especie de delito civil (hurto) insertado dentro de la normativa del cuasicontrato. No parece importarle que el art. 2300 inc. 2° esté bajo el título de los cuasicontratos, bajo el párrafo dedicado al pago de lo no debido, rodeado de normas que regulan esta y solo esta institución, y que no se ve cómo el legislador habría podido incurrir en tan serio error de sistemática al introducir en un inciso de un artículo un supuesto de responsabilidad extracontractual al tratar de los cuasicontratos. Esta salida, imaginada por el autor para mantener sin fisuras su teoría, no se compadece con el sentido natural y sistemático de los textos. ¿No sería más sencillo reconocer que aquí el Código recepcionó el modelo francés y que por tanto en nuestra legislación hay también cuasicontrato de pago de lo indebido cuando el error lo padece únicamente el que paga y quien recibe lo hace a sabiendas?

Estamos muy lejos de incurrir en una especie de antirromanismo en la interpretación de las normas civiles. Todo lo contrario; nos parece indispensable el estudio del Derecho romano en la enseñanza jurídica y también como elemento interpretativo de los sistemas codificados de Derecho privado moderno. Pero pensamos que esto también debiera llevar a reconocer los puntos en los que el Derecho civil vigente construye soluciones que, si bien nutridas en la gran matriz romana, son propias y diferentes de aquellas que forjaron los grandes jurisconsultos del período clásico.

HERNÁN CORRAL TALCIANI