

Derecho propio y reciprocidad en la compensación legal de créditos

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LOS SUPUESTOS REGULADOS DE COMPENSACION LEGAL: a) EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN POR EL FIADOR. b) EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN POR EL DEUDOR SOLIDARIO. c) LA COMPENSACIÓN Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS.—III. LOS SUPUESTOS NO REGULADOS LEGALMENTE: 1.º EL TERCERO QUE «PUEDE» PAGAR UNA DEUDA AJENA. 2.º EL TERCERO QUE TIENE LA AUTORIZACIÓN, ORDEN O ENCARGO DE PAGAR LA DEUDA. 3.º EL TERCERO QUE TIENE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA DEUDA. 4.º EL TERCERO QUE TIENE DERECHO A PAGAR UNA DEUDA AJENA Y PAGANDO SE SUBROGA. 5.º LA COMPENSACIÓN Y EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO.

I. INTRODUCCION

La definición misma de compensación presupone la idea de que dos personas son, al mismo tiempo, acreedoras y deudoras una de la otra. El artículo 1.195 del Código Civil expresa esta idea al decir que tendrá lugar la compensación cuando dos personas sean, por derecho propio, recíprocamente acreedoras y deudoras entre sí. Es manifiesto también que la idea de «*reciprocidad*» utilizada en el artículo 1.195 no se refiere a la reciprocidad de las obligaciones nacidas. La situación central de la compensación es la oposición de un crédito y de un contracrédito en la que la posición de las partes se encuentra invertida. Es decir, A es acreedor de B por una suma de dinero y, al mismo tiempo, B es acreedor de A, también por una suma de dinero.

El artículo 1.196 CC en su primer número insiste en la idea de que la compensación se produce en la situación anteriormente descrita, al decir que es preciso para que proceda la compensación legal, que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro.

Ello, no obstante, el propio Código, de acuerdo con la más antigua tradición, señala tres excepciones a estas reglas: la referida a la situación del fiador (art. 1.197), la creada por la cesión de créditos (art. 1.198) y la referente a la solidaridad (art. 1.143).

La existencia de estas tres excepciones a la regla de que la compensación sólo se puede dar entre deudor y acreedor, aconseja replantear la cuestión, examinar los problemas con carácter general y comprobar si las tres situaciones admitidas como excepción en el Código Civil lo son en efecto y si se puede todavía añadir alguna más.

Es evidente que el problema planteado tiene que examinarse adoptando alguna posición en el tema general de la naturaleza de la compensación y sobre el modo de producción de sus efectos, que sugiera decidir si la compensación en nuestro Código Civil es un fenómeno que se produce *ipso iure*, o por la fuerza misma de la ley o si, por el contrario, la situación de compensabilidad lo único que hace es atribuir a los interesados el derecho a producirla o provocarla. No obstante, no es el propósito de este trabajo tomar partido en esta difícil cuestión y los problemas que vayan surgiendo se analizarán a la luz de cada una de las dos posiciones señaladas.

La regla inicial es clara: la compensación se produce entre un mismo deudor y un mismo acreedor y no pueden entrar en compensación contracréditos de terceros, ni tampoco, claro está, compensar una de las partes la deuda de un tercero. Este es el motivo por el que se viene insistentemente diciendo que no puede oponerse en compensación al padre las deudas de su hijo (y viceversa), al marido las de la mujer (y viceversa), al tutor las del pupilo, a una sociedad (tenga o no personalidad jurídica) las del socio, y así sucesivamente.

En términos generales el problema planteado se puede desdoblar en los dos siguientes: si un tercero, ajeno a la relación obligatoria que, puede sin embargo pagar la deuda, por permitirlo de modo general el artículo 1.158 del Código Civil, en lugar de proceder a la ejecución de la prestación (o a la entrega de fondos cuando se trata de una obligación pecuniaria), puede compensar el crédito del acreedor o su propio contracrédito contra él.

La segunda pregunta es, por el contrario, si el tercero (que no dispone de contracrédito o no desea utilizarlo), puede ejercitar la facultad de compensar cuando ésta pueda producirse entre el acreedor y el deudor por existir un contracrédito del deudor contra el acreedor. Se trata, obviamente, del supuesto en que el deudor no lo haya hecho, al que puede añadirse el de la renuncia al derecho de compensar y el de la exclusión pactada del derecho de compensación.

A la primera pregunta, esto es, si un tercero que según el artículo 1.158 del Código Civil puede pagar, puede compensar con su propio contracrédito el crédito principal, la doctrina da una respuesta que es, por lo general negativa, y que se encuentra sólidamente fundada en las reglas de los artículos 1.195 y 1.196. Puede pensarse como fundamento de la solución, que la pretensión del tercero es una intromisión inadmisible en la esfera jurídica ajena, sobre la que él nada tiene que decir y que es, sobre todo, una indebida

disposición (para extinguirlo) del derecho del acreedor principal. Lo único que sucede es que estos mismos argumentos se pueden utilizar contra cualquier acto de pago por un tercero, puesto que siempre es un tercero entrometido y que también el tercero que paga, al pagar extingue el crédito.

Más si la regla general debe entenderse que es la de que el tercero no puede pretender la compensación de forma forzosa y obligatoria, lo que sí puede hacer es operar la compensación contando con el consentimiento del acreedor y, en este caso, habrá que plantearse si también necesita del consentimiento del deudor. Pero ésta ciertamente ya no es una compensación legal, única para la que el Código requiere el «*derecho propio*» y el carácter principal de créditos y deudas, sino convencional, aunque no es razón suficiente para dejar de examinar la cuestión.

En términos generales, puede entenderse que la compensación estudiada (pretensión de compensación de un tercero con su propio contracrédito), tiene que ser consentida por el acreedor del crédito a compensar, porque hay que reconocerle la libertad de decisión entre darse por pagado o conservar el crédito con todas sus consecuencias.

Producida en el caso descrito la compensación entre el tercero y el acreedor principal, hay que entender que ambos créditos quedan extinguidos y que, dependiendo de si ha habido o no autorización o consentimiento del deudor en el negocio de pago, todo lo más el tercero compensante tendrá un crédito de reembolso contra el deudor (al no haberlo hecho contra su expresa voluntad, según el art. 1.158) o un crédito de enriquecimiento en los demás casos.

Para el segundo de los supuestos planteados, el caso de que el tercero que puede pagar, puede hacerlo utilizando la excepción de compensación que el deudor no ha utilizado, la doctrina no ofrece una solución. No existe, en principio, motivo alguno para permitir que un tercero haga uso de un derecho de crédito ajeno. Las únicas excepciones legales que se contemplan a este supuesto son las del fiador y las del deudor solidario.

Ahora bien, como se viene diciendo a lo largo de este trabajo, la única manera de dar respuesta a estos interrogantes es la de observar desde todas las perspectivas posibles cada uno de los supuestos. Esto significa estudiar los casos de la fianza, de la cesión de créditos, de los terceros del artículo 1.158 del Código Civil que pueden pagar, de los que tienen orden de hacerlo (*delegado solvendi*, mandato y orden de pago), de los que están obligados a pagar (*delegado promittendi*, asunción de deuda), de los que tienen derecho a pagar y que pagando se subrogan (fiador real, acreedor del acreedor preferente), de la solidaridad y de las estipulaciones a favor de tercero, desde estas dos perspectivas: 1.^º si el tercero puede pagar mediante la compensación de su propio contracrédito y 2.^º si para hacerlo puede utilizar el contracrédito del deudor. Además, en cada uno de estos casos habrá que analizar si la permisión o prohibición deriva de la función que cumple la compensación (si

se trata de una función de pago abreviado, de autotutela del deudor frente a la reclamación del acreedor o de garantía del deudor frente a los derechos adquiridos por el tercero) y, por último, situarse en el caso de que se acepte la tesis de la automaticidad de la compensación, en la de los efectos retroactivos o en la casi no defendida de los efectos *ex nunc* de la declaración de compensación.

Como se puede ver el número de problemas, puntos de vista y perspectivas desde la que hay que tratar el problema de la posibilidad de compensación legal por los terceros hacen de ésta una figura mucho más compleja de lo que a simple vista parece. Sin embargo, creemos que deben ser resueltos mirando a su posible operatividad en la práctica y no a su cuadratura dogmática.

II. LOS SUPUESTOS REGULADOS DE COMPENSACION LEGAL

a) EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN POR EL FIADOR

Siguiendo el planteamiento trazado, hay que analizar la posibilidad de que el fiador ejercite la excepción de compensación correspondiente al deudor y, en segundo lugar, que compense su obligación de garantía con un crédito propio. Sin embargo, difícilmente se llegará a ninguna conclusión válida acerca de estas dos situaciones si no se sientan las bases del concepto de fianza que se baraja en este estudio.

Siguiendo las pautas de GUILARTE ZAPATERO (1), la fianza hay que observarla siempre desde su función de garantía respecto a la cual *«refuerza objetivamente la seguridad del acreedor en un doble sentido: primero, porque mediante la obligación del garante, cuya causa es distinta a la de la principal, la probabilidad de satisfacción del interés del acreedor se acrecienta al existir dos vínculos obligatorios, cuya finalidad es solventar el mismo interés, y segundo, porque a través de la obligación accesorio de garantía el patrimonio del deudor de la misma queda sometido a la eventual ejecución del acreedor si su titular no cumple aquélla»*, pero, y hay que subrayarlo, *«el fiador no es deudor de la obligación fiada, sino de la suya propia, y cuando éste paga, cumple su propia obligación, no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor»*. Y esto es importante, puesto que si es el fiador el que paga (aparte del problema de la forma en que lo haga), extinguirá su propia obligación y la relación del deudor principal con el acreedor, pero no la obligación de crédito originaria entre acreedor y deudor princi-

(1) Vid. «Comentario al artículo 1.822 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XXIII, Madrid, 1979, págs. 7 y 8.

pal, puesto que el fiador se subroga en todos los derechos, además de tener un derecho de reembolso frente al deudor principal.

Pasando a la primera situación propuesta, a la facultad del fiador de oponer la excepción de un contracrédito perteneciente al deudor principal, la pregunta que ha de formularse no es acerca de la posibilidad de que lo haga, puesto que viene reconocida expresamente en el artículo 1.197 CC, si no sobre el fundamento y funcionamiento de tal excepción en este supuesto concreto.

El primer supuesto en el que el Código Civil rompe las reglas generales de la compensación (arts.1.195 y 1.196) es el contemplado en el artículo 1.197 en el que establece que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el fiador podrá oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal». Como se ha visto antes, el Proyecto de 1851 también regulaba la posibilidad de que el fiador opusiese en compensación el contracrédito del deudor principal, pero además advertía que éste último no podía hacerlo con el del fiador.

Se trata de una norma proveniente del Derecho romano en la que ya en Digesto XVI, 2, 5 aparece recogida en un caso concreto: «Entre tú y yo existían recíprocas razones de crédito: me diste un fiador que era acreedor mío, demandado en juicio el fiador, es conforme a la equidad que pueda elegir entre compensar lo que a él le es debido o aquéllo que se le debe al deudor garantizado, e incluso se retiene que se deba admitir que compense una y otra deuda hasta la concurrencia». Esta regla especial aparece en la *Summa* de ROGERIO de mitad del siglo XII, para el fiador y para el padre y el hijo menor de edad (2) y pasa a la Glosa de AZÓN: «*Item compensat fidejussor quod sibi debetur, vel principali debitori, vel alterutrum ipsorum, vel utrumque, prout elegerit*» (3) y a la de ACCURSIO, que, sin embargo, distingue si el fiador interviene antes o después de que el deudor se encuentre en situación de poder oponer la excepción de compensación y en éste último caso, si la garantía es o no sin límite o sólo por la cantidad debida. En el primer caso, el fiador está obligado con el deudor principal por el entero, y podrá como él, oponer la compensación. El motivo: la equidad. En el segundo caso, no está obligado por cuanto puede serle opuesto en compensación al deudor, sino por más. El caso viene formulado de la siguiente manera: «*Debebas mihi X, alia X debebam tibi: petii a te fidejussorem, et, non opposita compensatione, dedisti mihi fidejussor. Tanto minus tenetur fidejussor, quantum tu potes retinere per compensationem*». Efectivamente, cuando yo te pedí el fiador, sabía que podías oponerme en compensación tal crédito, por tal

(2) Vid. CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel Diritto privato italiano*, Milán, 1909, pág. 45.

(3) *Ibidem*, pág. 54.

suma, por lo tanto, se debe interpretar que yo te he pedido y que tú me hayas dado la garantía por el máximo de tu deuda. Sin embargo, los glosadores parece que siguen a AZÓN y que permiten de modo general y sin hacer distinciones la compensación del fiador con un crédito del deudor principal. Además extienden por analogía este supuesto al caso del padre y del hijo menor que pueden servirse de los contracréditos de ambos para compensar, al del amo que puede utilizar el contracrédito del esclavo, al *procurator in rem suam* y al socio (4).

Los comentaristas, por su parte, también afirman la regla general de la prohibición de compensar créditos ajenos, pero admiten que por motivos de equidad se hagan algunas excepciones. Así, CINO DA PISTOIA al analizar la norma «*an compensado possit fieri de eo quod alius debet*», subraya las reglas especiales del fiador, del *procurator in rem suam*, de los socios, del padre y del hijo sujeto a patria potestad (5). CUTURI explica que los estudios realizados a partir del siglo XVI demuestran que los doctores fueron rigurosos con la regla «*compensado non opponitur de debito quod diverso nomine debetur*», y que se opusieron siempre a los artificios forenses para reconocer en juicio el carácter de la reciprocidad cuando no estaba muy claro. Así, por ejemplo, niegan que el padre o el hijo utilicen los créditos indiferentemente para compensar sus deudas con terceros, salvo en supuestos muy especiales o que la compensación pudiera tener lugar en las relaciones entre el mandatario y los acreedores del mandante. Sin embargo, algunos de ellos, quisieron interpretar la frase «*ex eodem nomine*, como *ex eadem causa*». DE AMATO les respondió diciendo que no habían entendido ni a BALDO, ni a PIETRO degli UBALDI, porque estos no habían afirmado nunca que la compensación tuviera que producirse *de debito sub eodem nomine*, sino que, por razones de justicia habían introducido algunas excepciones (6). MANTICA analiza el supuesto de la compensación por el fiador del crédito del deudor principal, observando que generalmente se viene identificando con el mandato de crédito (en Digesto XLVI, 1 aparecen bajo la rubrica *De fidejussoribus et mandataribus*). Sin embargo, el jurisconsulto advierte que para justificar esta regla que había pasado del Digesto a los glosadores hasta su época, bastan los principios de la fianza, porque cualquier modo de extinguir la deuda principal, extinguía también la accesoria del fiador. Esta razón era plenamente válida para aque-

(4) *Ibidem*, págs. 62, 63 y 64.

(5) *Ibidem*, pág. 80.

(6) Así, el socio, en calidad de administrador, que requiere a otro su aportación social, no puede sufrir la excepción de compensación por lo que éste le debe en negocios particulares; el prelado que exige un crédito de la Iglesia, no se le puede oponer en compensación lo que debe personalmente; ni la administración de un Banco puede ser obligada a compensar su crédito con la deuda personal de su administrador, Vid. CUTURI, *Trattato delle compensazioni nel Diritto privato italiano*, op. cit., pág. 116.

llos que admitían la compensación legal. Teniendo en cuenta la diversidad de opiniones de la época, MANTICA añade la consideración de que la compensación, teniendo el mismo efecto que el pago, debe extinguir la obligación del fiador, porque los medios puramente personales de defensa del deudor pueden ser utilizados por el fiador, solo teniendo en cuenta que obtendría el mismo resultado por el derecho de regreso. Lo que en el fondo se corresponde con una de las finalidades de la compensación: la de evitar un inútil circuito de acciones. Ya BALDO había notado que si el fiador puede pagar con dinero del deudor principal, es lógico deducir que también podrá utilizar otros medios para extinguir la obligación (7).

Pasando ya a una época más reciente, se ha de observar que POTHIER, admitiendo la necesidad de que el crédito a compensar sea un derecho propio de quien lo opone, también observa la regla especial para el caso del fiador. La razón la encuentra en la existencia misma de la fianza porque en ella el fiador no puede estar obligado a más de lo que lo está el deudor principal. Si el deudor principal puede oponer la compensación por lo que el acreedor le debe, puede igualmente hacerlo el fiador (8). Esta es la regla que aparece recogida posteriormente en el artículo 1.294 del Code Napoléon y en el 1.197 de nuestro Código Civil.

Con la inclusión del art.1.197 qué duda cabe de que se está haciendo una excepción a las normas generales de la compensación, tanto es así que la norma comienza con una expresión inequívoca «*no obstante lo dispuesto en el artículo anterior*». Se rompe de esta manera el requisito del derecho propio y, en principio, también el del carácter principal de las deudas y créditos compensables e, incluso algunos autores afirman que también desaparece el requisito de la reciprocidad. Analicemos estas afirmaciones con algún detenimiento:

VALPUESTA FERNÁNDEZ fundamenta la inserción de esta regla especial por la naturaleza accesorio y subsidiaria de la fianza. Dice: «(...) *Ello supone en principio que el fiador, deudor secundario, puede extinguir su deuda con un crédito del que no es titular, con lo que se conculcarían también las exigencias recogidas en el artículo 1.195 de reciprocidad y derecho propio, que viene a confirmar las similitudes existentes entre estos términos (...). Precisamente este carácter accesorio que la fianza tiene respecto de la obligación que garantiza es el que parece que justifica una medida como la adoptada en el artículo que se comenta: el fiador que asume el cumplimiento de una deuda ajena, debe beneficiarse de las causas que extinguen esta obligación, para lo que no debe ser obstáculo su posición secundaria cuando, por incum-*

(7) *Ibidem*, págs. 122 y 123.

(8) Vid. *Tratado de las obligaciones*, París, 1952, III, n.º 595.

plimiento del deudor, se encuentre en situación de obligado a pagar. Desde un punto de vista técnico se ha explicado esta norma por el hecho de que el fiador, cuando el deudor principal no paga, se convierte en deudor principal. Pero, quizás la explicación se deba buscar en el efecto de la compensación que extingue ambos créditos en la cantidad concurrente, afectando también a la relación accesoria de fianza (...). En nuestro ordenamiento la compensación se ha de alegar ante los Tribunales para que pueda surtir su efecto judicialmente, en este caso por vía de excepción ante la reclamación del acreedor, excepción que, en principio, sólo podrá ejercer el deudor principal, ya que la causa de extinción se funda en un crédito del que es titular, pero para lo que también se legitima al fiador en el artículo 1853, que actúa por sustitución, ya que ejercita facultades ajenas. Por lo que en definitiva, el artículo 1.197 sólo viene a corroborar lo que el anterior precepto dispone con carácter general. En última instancia sólo se concede al fiador la legitimación para oponer la compensación cuando ésta ya se ha producido al concurrir todos los requisitos legales en los créditos y las deudas de que son titulares el acreedor y el deudor principal, alcanzando su efecto extintivo a la obligación accesoria de fianza y ello con independencia de la conducta del deudor principal que no puede renunciar a la compensación, pues para el fiador es un derecho propio que le reconocen los artículos mencionados, que no puede quedar afectado por el comportamiento del mencionado deudor. En todo caso tal renuncia tendría como límite el interés del tercero que establece el artículo 6.2.º- CC».

No podemos compartir la tesis de la autora por varios motivos: en primer lugar, la naturaleza accesoria de la fianza ha de predicarse en relación a la obligación que garantiza, pero no respecto de la relación fiador-acreedor en la que éste se coloca en una posición obligatoria normal (es un obligado), aunque su finalidad sea la de garantía. Es decir, la accesoriedad, en el caso de la fianza, representa una cierta posición de subordinación, que se refleja, ante todo, en la necesidad de que exista y se encuentre válidamente constituida la obligación garantizada y en que las vicisitudes de dicha obligación repercuten inevitablemente en la obligación de fianza (9). La fianza, en lo que a su naturaleza jurídica se refiere, atribuye al acreedor de la relación jurídica principal un nuevo derecho de crédito frente a otra persona con un contenido patrimonial idéntico al que continúa ostentando frente a su deudor en virtud de aquella relación (10). La perspectiva tomada por VALPUESTA acerca de la fianza es la tradicional, según la cual en la fianza existiría una sola relación

(9) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996, pág. 415.

(10) «Comentario a los arts. 1.195 a 1.202 del CC», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, pág. 417.

obligatoria con dos deudores, uno principal y otro subsidiario. Sin embargo, a mi juicio, hay que tomar en consideración las modernas concepciones de la fianza (además de sus diversas formas) que ven en ella dos relaciones obligatorias, en la que lo accesorio de la obligación de garantía, como se ha dicho, es su subordinación o dependencia a la validez y existencia de la obligación garantizada y en la que lo que es subsidiario es la responsabilidad del fiador. Tampoco estamos de acuerdo con la propuesta de la autora de que la explicación de esta regla especial de compensación haya de buscarse en el efecto mismo de la compensación que si extingue ambos créditos en la cantidad concurrente, también afecta a la relación de fianza. Esta opinión podrían sostenerla los defensores del efecto *ipso iure* de la compensación, para los que, efectivamente, la deuda del deudor principal se habría extinguido en la cantidad concurrente con su propio contracrédito, y por consiguiente, también la obligación del fiador. Así, por ejemplo, CUTURI lo explica desde el punto de vista de la automaticidad de la compensación. Dado que la obligación del deudor principal se ha extinguido desde el momento mismo de la concurrencia de su deuda con el crédito compensable que tenía frente a su acreedor, es consecuencia lógica que, incluso aunque, el fiador haya renunciado al beneficio de excusión, podrá siempre alegar que la obligación se ha extinguido. Sin embargo, él mismo subraya que se trata de una norma superflua, porque en realidad no deroga el principio de la reciprocidad, sino que se vale de las reglas derivadas de las relaciones entre las obligaciones principales y accesorias. También advierte de la inutilidad de haber regulado expresamente que el deudor no puede servirse de la compensación con el crédito del fiador, porque efectivamente falta el requisito de la reciprocidad entre los créditos compensables. El legislador —a su juicio— debería haber dicho en vez de «oponer la compensación», «hacer valer la compensación» y en el caso del deudor principal haberse expresado con: «no puede pretender que la compensación haya sido producida» (11).

Ahora bien, volviendo a la tesis de la autora española hay que destacar que ni VALPUESTA FERNÁNDEZ es sostenedora del efecto automático, ni esta teoría sirve para resolver el problema de la fianza. ¿Por qué?, porque si en verdad la compensación operara automáticamente desde el momento en que se dan todos los requisitos legales, los contracréditos de acreedor y deudor principal se habrían extinguido ya en la cantidad concurrente y el fiador no tendría excepción de compensación alguna que oponer, puesto que su propia obligación habría quedado extinguida con la principal. Los defensores de la tesis de la automaticidad pueden argumentar —y es lo que hace CUTURI—, que precisamente lo que el acreedor le está exigiendo al fiador es una deuda extinguida por una

(11) Vid. *Trattato delle compensazioni nel Diritto privato italiano*, op. cit., pág. 232.

compensación ya operada y que lo que el fiador le está oponiendo no es la operatividad de la compensación, sino la extinción de la obligación. En este caso estaríamos ante una excepción derivada de la propia naturaleza de la obligación de fianza, de la obligación de garantía (art. 1.853 CC).

Sin embargo, parece que el sentido del artículo 1.197 no es éste. El fiador no está repeliendo la pretensión del acreedor porque entienda que se trata de una obligación ya extinguida, sino lo que está ejercitando es la excepción de compensación para lograr que se extinga su obligación viva. Como dicen MARTY-RAYNAUD-JESTAD (12), si al fiador se le está permitiendo oponer la compensación del crédito del deudor principal es porque la compensación no opera automáticamente. Los interrogantes que surgen cuando se pretende averiguar el fundamento de esta excepción que se hace en los Códigos y que desde sus más remotos orígenes se viene conservando son muchos:

1.º) ¿Por qué permitirle utilizar un derecho de crédito ajeno? El artículo 1.853, permite al fiador oponer las excepciones del deudor que sean inherentes a la deuda, pero no las personales del mismo y, sin embargo, el artículo 1.197 le permite utilizar el derecho de crédito del deudor principal para extinguir su obligación, ¿por qué?

2.º) ¿En qué situación queda la relación entre fiador y deudor principal si aquél utiliza el contracrédito del deudor principal que éste no ha opuesto?

3.º) ¿Para qué otorgarle al fiador la facultad de oponer la compensación de un crédito ajeno si posee el beneficio de excusión?

A primera vista, y sólo en una primera aproximación, parece que la norma contenida en este precepto es consecuencia lógica de la mala interpretación heredada del efecto automático de la compensación y en este punto hay que compartir la tesis de VALPUESTA FERNÁNDEZ. El Código Civil francés en su artículo 1.294 posee exactamente la misma regla que la nuestra pero con la amplitud de redacción que tenía el Proyecto del 51 (13).

Para LÓPEZ VILAS «el contenido y significación de este artículo resulta de una lógica evidente: si el fiador es la persona a quien se le exige la prestación debida por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, es lógico permitir que ese mismo fiador pueda alegar, frente al acreedor, la compensación de aquellas deudas que éste tenga con respecto a aquél. Al

(12) Vid. *Droit civil. Les obligations*, tomo 2, París, 1989, pág. 231.

(13) Art. 1.294 del Código Civil francés: «La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal:

Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur».

reconocersele expresamente al fiador la posibilidad de oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal, el legislador está valorando y reconociendo algo tan elemental como es que el fiador sólo puede ser condenado a lo mismo que podría serlo el deudor principal, no pudiendo extenderse su responsabilidad más allá de la del deudor y manteniendo en sus manos las mismas ventajas que éste. De forma que si el deudor principal no es condenado por aplicación de la compensación, tampoco puede serlo el fiador, el cual podrá oponer al acreedor lo que éste debiere a la persona por la que se comprometió a responder (14) (...) La posibilidad que contempla el artículo 1.197 se traduce en el reconocimiento de la facultad del fiador para oponer la excepción de compensación frente al acreedor, de acuerdo con la posibilidad que lógicamente tiene el fiador de oponer a aquél todas aquellas excepciones que competan al deudor y no sean estrictamente personales (15)». La nota crítica que, a mi juicio y siguiendo el de GUILARTE ZAPATERO, debe hacerse a la explicación de LÓPEZ VILAS, radica en su concepción de la fianza. El fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia. Cuando paga, cumple su propia obligación y no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor. El fiador, así entendido, es un verdadero obligado, no un mero responsable por deuda ajena, lo que elimina la posibilidad de considerar la existencia de una sola relación obligatoria con dos deudores, como si el garante asumiera la misma deuda que el deudor principal (16).

DÍEZ-PICAZO relacionando este precepto con el artículo 1.853 CC (*El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda, mas no las que sean puramente personales del deudor*) ve en la facultad que se le otorga al fiador de oponer en compensación los créditos del deudor principal una consecuencia indiscutible de la regla de la subsidiariedad de la fianza (17). Pero, me pregunto, si la nota de la subsidiariedad, como él mismo dice, significa un determinado orden de responsabilidad, puesto que la obligación ha de ser cumplida una sola vez, ¿por qué otorgarle además del beneficio de excusión, inherente a los derechos del fiador, el derecho de oponer compensación?, ¿no basta con el primero?, ¿es un recurso subsidiario del beneficio de excusión, para el caso de que lo hubiera renunciado?

(14) Vid. «Comentario al artículo 1.197 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, vol. XVI-1, Madrid, 1991, pág. 441.

(15) «Comentario a los arts. 1822 a 1853 CC», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XXIII, Madrid, 1979, pág. 444.

(16) Vid. «Comentario al art. 1.822», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, pág. 1782.

(17) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 543.

principal no ha cumplido, si bien en aras al principio de buena fe contractual (art. 1258) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del deudor principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista».

Pues bien, la pregunta que necesariamente hay que formularse es la de si en este caso el garante goza también de la posibilidad de oponer frente al requerimiento del acreedor la compensación del crédito del deudor principal, o lo que es lo mismo, si también en este supuesto rige el artículo 1.197 del Código Civil.

Parece que, en línea de principio, la respuesta ha de ser negativa, porque, la finalidad que cumplen estas garantías autónomas o independientes es la de reforzar la seguridad del acreedor de que verá con prontitud satisfecho su derecho de crédito. Con la práctica generalizada de estas figuras de garantía personal, lo que se pretende no es solamente hacer inmediatamente efectiva la obligación del fiador evitando la excusión, sino también eludir los trámites que para la efectividad de una fianza simple imponen las reglas del Código. ¿Qué diferencias existen con la fianza sin beneficio de excusión y con la fianza solidaria? Creemos que la nota que caracteriza este tipo de garantías es su ruptura con el principio de accesoriedad y de subsidiariedad presentes en la fianza regulada en el Código Civil. A la obligación de garantía no le afectan las vicisitudes de la obligación garantizada, ni el acreedor está obligado a perseguir en primer orden los bienes del deudor principal. En este sentido, el propio Tribunal Supremo ha sido claro a la hora de afirmar que no es necesario que haya habido incumplimiento por parte del deudor principal, basta con que se cumplan las condiciones legales para que el crédito sea exigible.

Si estos tipos de garantías personales se llevan a cabo para reforzar la seguridad del acreedor de que verá satisfecho su derecho de crédito sin dilaciones, parece claro que para que cumpla esta finalidad, la regla general debe ser la de no permitir al fiador a primer requerimiento hacer uso de la excepción de compensación perteneciente al deudor principal. Ahora bien, siguiendo la opinión de Díez-Picazo, al excluir la oposición de excepciones, debe considerarse que las excepciones inoponibles son todas aquellas que permitiría el régimen ordinario de fianza. Sin embargo, hay que admitir que el garante pueda oponer con éxito al acreedor la *exceptio doli* cuando la ejecución de la garantía por parte de aquél revele una clara finalidad de emulación, como puede ser el obligar al deudor a reembolsar al garante y a repetir después del acreedor cuando se han visto constreñidos injustamente a pagar. Aquí, podría pensarse si igualmente en el caso de que el acreedor requiriese

al garante el pago, a sabiendas de que el deudor posee un contracrédito que compensarle, el garante podría oponerle con éxito la *exceptio doli*. Personalmente, creemos que al tratarse de garantías independientes el garante no puede hacer uso del derecho de crédito ajeno, puesto que restaría eficacia a la propia garantía.

En este punto también hay que plantearse si en el caso de que el garante a primer requerimiento sea efectivamente requerido puede o no oponer su propia compensación. Pero antes de entrar en este punto habrá que resolverlo de modo general para la fianza regulada en el Código Civil.

¿Puede el fiador oponer en compensación un crédito del que es titular contra el acreedor frente a la reclamación de la efectividad de la fianza por parte de éste último? No existe ninguna norma que lo prohíba expresamente, pero tampoco que lo permita. La mayor parte de la doctrina se ha decantado por la respuesta afirmativa, basándose en lo dispuesto en el artículo 1.847 del Código Civil: «La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo y por las mismas causas que las demás obligaciones». Así, por ejemplo, se ha dicho que la solución permisiva «se fundamenta, de una parte, en la lógica jurídica, pues si el fiador tiene que pagar no se entiende cómo no puede beneficiarse con lo que su acreedor le debe y, de otra, en los principios que informan la fianza y la compensación, porque cuando el fiador subsidiario es reclamado de pago por incumplimiento del deudor, hecho el beneficio de excusión, debe cumplir su propia obligación, y ésta se puede extinguir por las mismas causas que las demás obligaciones, entre ellas la compensación. Por lo que —para esta parte de la doctrina— se puede afirmar que el fiador que ostenta un crédito contra el acreedor cumple los requisitos exigidos legalmente de reciprocidad, derecho propio y carácter principal, pudiéndose operar en consecuencia la compensación que extingue la obligación de fianza, no la principal en la que se subroga el mencionado fiador» (19).

Por el contrario, Díez-PICAZO se aleja de esta afirmación absoluta explicando que «en rigor, aplicando los artículos 1.195 y 1.196, no debería haber compensación, pues no se trata de deudor y acreedor principales. La aplicación del artículo 1.847 conduce a la conclusión de que debe admitirse la compensación si opera en favor del acreedor que compensa su crédito. Por consiguiente, cumple extinguiendo su propio crédito». Y pone un ilustrativo ejemplo: «Primus es acreedor de Secundus por mil pesetas y la deuda de Secundus está afianzada por Tertius. Tertius es al propio tiempo acreedor por derecho propio de Primus. La aplicación del esquema propuesto nos llevaría a la conclusión de que si Primus reclama a Tertius la deuda de Secundus, el demandado Tertius puede oponer la compensación de lo que se

(19) Vid. por todos, VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 1.197», op. cit., pág. 285.

art. 1.196». Hasta aquí todas las razones, todas ellas de peso, para admitir la compensación del fiador con su propio derecho de crédito.

A mi juicio, ver en la compensación una forma abreviada de pago en virtud de la cual ambas partes satisfacen sus propios intereses, es restarle importancia a esta figura. La compensación, ya se ha dicho al principio, es sobre todo un medio de autotutela de los intereses del sujeto obligado, porque trata de impedir que un sujeto que debe reclame su crédito, exponiendo a la otra parte de la obligación al riesgo de no ver satisfecho su derecho de crédito, cuando él ha cumplido su prestación. En este sentido, creemos que no se deben entremezclar las diversas relaciones jurídicas que se pueden plantear cuando existe intermediación de terceros y que en el caso ahora examinado el fiador sólo podrá oponer su propio contracrédito para extinguir su obligación. Si en la regla anterior del artículo 1.197 se observaba una finalidad protectora del legislador hacia la posición «subsidiaria y accesorio» del fiador, ahora no se ve el motivo de otorgarle esta protección, en contra de los intereses del acreedor garantizado, sino que le otorga la misma protección que a cualquier otro sujeto de una relación obligatoria. Si en la fianza existen dos obligaciones diversas con dos obligados diversos (deudores distintos) enlazadas por una función de garantía, se puede decir que la obligación de garantía está sometida a las mismas reglas que las demás obligaciones (art. 1847 CC) en lo que a su extinción se refiere, pero el hecho de que se extinga la obligación del fiador no lleva aparejada la extinción de la obligación garantizada. Y creemos que debe ser éste el sentido del artículo 1.847: El fiador podrá oponer la compensación de lo que el acreedor le deba y extinguir su obligación de garantía, sin embargo, con esta compensación el deudor no queda liberado, sino que el fiador se subroga en la posición del acreedor. En el caso de la fianza se puede predicar su accesoriedad en el sentido de que las vicisitudes que afectan a la obligación principal, afectan igualmente a la de garantía, pero no al contrario. La obligación del fiador, como obligación accesorio, se extingue con la extinción de la obligación principal (primera proposición del artículo 1.847), pero también puede extinguirse por sí sola por las mismas causas de extinción de las obligaciones (art. 1.847 en relación con el art. 1.156 CC).

Son muchas las dudas que este supuesto plantea en realidad y no es fácil ofrecer una respuesta plenamente satisfactoria al tema propuesto. Desde el punto de vista técnico se puede pensar que si el artículo 1.197 del Código Civil no incluye el supuesto de que el fiador utilice su propio derecho de crédito para compensar su obligación de garantía es porque cumple todos los presupuestos legales de reciprocidad, derecho propio y carácter principal de las deudas compensables, una vez que el acreedor se ha dirigido contra él. Esta postura vendría reforzada por el artículo 1.847 que establece que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo y por las mismas causas

que las demás obligaciones. Sin duda, los que para resolver este caso ponen su punto de mira en la compensación y no en la fianza, y ven en la compensación una manera de facilitar y abreviar el cumplimiento de las obligaciones estarán más conformes con la admisión de esta facultad por parte del fiador.

Por el contrario, se puede pensar que se trata de una injerencia del fiador en relaciones en las que sólo toma parte de forma accesorio y subsidiaria y que el artículo 1.197 en relación con el 1.195 y 1.196 no da pie al juego de la compensación en este caso. Se puede pensar que no se puede obligar a un acreedor garantizado mediante fianza a aceptar como medio solutorio, que no satisfactorio, la compensación de un crédito que tiene con el fiador por otra causa. No es como sucedía en el supuesto anterior en el que el fiador podía rechazar o rehusar el pago, porque el acreedor tenía otras vías de ver satisfecho su derecho de crédito y, por consiguiente, no podía ser compelido a realizar algo que el propio deudor principal podía rehusar. En este caso, y partiendo de la función de garantía que cumple la fianza, la compensación que puede ejercer el fiador con un derecho del que es titular servirá para extinguir su obligación como garante, pero no para liberar al deudor principal que seguirá siéndolo hasta que cumpla su obligación y pague, en vía de regreso, al fiador subrogado (siempre y cuando no pueda utilizar las excepciones a que hace referencia el artículo 1.840 CC y las que personalmente tenga frente al fiador).

Todavía hay que añadir una reflexión más referente a los efectos de la compensación. Los partidarios del efecto automático de la compensación aceptarán sin dudas la posibilidad de la compensación de su crédito con la deuda garantizada, puesto que se extingue en el momento en que se dan los requisitos legales para ello. Podrán pensar que es precisamente por este motivo por el que no aparece recogido en el artículo 1.197 relativo a la compensación por el fiador. Sin, embargo, en este caso concreto, no parece que exista ninguna diferencia práctica entre defender el efecto automático o el efecto retroactivo de la compensación, salvo que el propio deudor principal tenga a su vez un crédito compensable frente al acreedor, en cuyo caso deberán decir los primeros que el fiador realizó un pago de lo indebido si el contracrédito del deudor principal era anterior al suyo.

El momento en el que puede operar la compensación en el supuesto ahora contemplado es importante, puesto que si cuando el acreedor le reclame al fiador el pago de la obligación de garantía sólo existe una situación de coexistencia de créditos recíprocos entre ambos, el fiador no podrá oponerlos en compensación y deberá cumplir (y utilizar el beneficio de excusión) su obligación derivada de la fianza.

En cuanto a las garantías personales independientes o autónomas hay que preguntarse si el garante puede oponer al acreedor la compensación de un crédito que tiene frente a él para extinguir la obligación de garantía a primer

requerimiento. Hay que recordar que estos contratos se caracterizan no sólo por la ausencia de las notas de accesoriedad y subsidiariedad y lo que ello conlleva, sino que como afirma la STS de 27 de octubre de 1992 «*que el garante no puede oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se deriven de la garantía misma*». Parece que la inoponibilidad de las excepciones hace referencia a aquéllas que podría utilizar el fiador en el régimen ordinario de fianza, y más concretamente las personales del **deudor** y las que se deriven de la naturaleza de la obligación garantizada, pero no las suyas propias. En este sentido, se excluiría el juego del artículo 1.197 y 1.853, pero no las puramente personales y las derivadas de la obligación de garantía.

b) EL EJERCICIO DE LA COMPENSACIÓN POR EL DEUDOR SOLIDARIO (23)

Si el ejercicio de la compensación por el fiador planteaba complejos problemas, no acarrea menos su utilización por parte del deudor solidario. También este supuesto hay que desdoblarlo en dos situaciones: la oposición por parte del codeudor solidario del derecho de crédito perteneciente al otro codeudor y, en segundo lugar, el ejercicio de la compensación con su propio contracrédito.

El segundo de ellos no plantea dificultad, porque cumple todos los requisitos establecidos en los arts. 1.195 y 1.196 CC con la única peculiaridad que la extinción de la obligación que tenga lugar por la compensación de la deuda con un contracrédito del deudor solidario liberará a todos los demás codeudores frente al acreedor. El deudor en vez de pagar, compensa y, podrá reclamar a cada uno de los coobligados en vía de regreso su porción en el total de la deuda solidaria. Las discusiones y vivas polémicas las ha originado desde antiguo el primero de los supuestos. El ejercicio de la compensación por uno de los deudores solidarios con el contracrédito del que es titular otro de ellos.

No se encuentra entre los preceptos que el Código dedica a la compensación de créditos ninguna norma que expresamente contemple su ejercicio por los deudores solidarios, a diferencia de sus precedentes históricos (art. 1.127 del Proyecto de 1851) (24) y de lo que ocurre en los ordenamientos de su

(23) En este epígrafe se hablará de la compensación realizada por el deudor solidario, pero no cabe duda que todo lo que se diga vale igualmente para la solidaridad activa.

(24) Reza este artículo: «*Tampoco el deudor mancomunado puede reclamar compensación de lo que el acreedor debe a su co-deudor*». GARCÍA GOYENA comenta que «*el deudor mancomunado, según el artículo 1.067, no puede oponer las excepciones que sean personales de los demás co-deudor es; y pidiéndosele el todo, no se le pide sino lo que*

entorno y, por ello, hay que acudir a los artículos que regulan la solidaridad pasiva (especialmente los arts. 1.143, 1.148 y 1.252 CC).

En el Derecho romano se prohíbe la utilización del crédito de uno de los deudores solidarios por otro para compensar la deuda con el acreedor común «*si los promitentes solidarios no son socios entre sí*» (Digesto 45, 2, 10) (25), solución que fue aceptada unánimemente por los autores del Derecho intermedio (26). Esta prohibición pasa al Derecho codificado de diferentes maneras. En el Code Napoléon este supuesto viene regulado junto al del fiador (art. 1294.3) (27) y no permite al deudor solidario oponer en compensación el crédito de su codeudor. DOMAT, alejándose del criterio general de prohibición, admite que si un codeudor tiene una excepción personal de compensación que extingue la deuda por su porción, ésta excepción servirá a los otros por esta misma porción. Así por ejemplo, si uno de los deudores es acreedor del acreedor común, sus coobligados podrían pedir la compensación hasta la concurrencia de esta porción. Y por el resto de lo que sería debido por su acreedor a este coobligado, ellos no podrían pedir la compensación, a no ser además que tuviesen el derecho de este coobligado (28). CAFFARENA estudiando el pensamiento de DOMAT observa la imprecisión de sus palabras, de las que parece desprenderse la idea de que la compensación extinguiría, en todo

él mismo debe; en suma, es deudor principal. Pero si uno de los co-deudores, demandado por el acreedor, le ha opuesto la compensación de lo que debe al mismo y ha vencido en el juicio, bien podrá otro co-deudor aprovecharse de la sentencia, pues que en este caso se reputa que opone la extinción de la deuda mas bien que una compensación».

En cuanto al artículo 1.067 dice: «*Se ha dudado acerca de la compensación. Pedro y Juan son deudores mancomunados á Pablo por la cantidad de mil duros; y luego resulta ser Pablo deudor de igual cantidad compensable á Pedro. Este podrá oponer la compensación á Pablo por toda la cantidad, pues que de toda era deudor, y después podrá repetir de Juan la mitad, ó séanse quinientos. ¿Pero podrá Juan oponer esta misma compensación por el crédito de Pedro? Según nuestro artículo, conforme con la citada ley 10, título 2, libro 45, no: la escepción es personal de Pedro. Otros han querido que pudiera oponerla parcialmente hasta los quinientos, mitad de la deuda mancomunada. En la práctica esto parecía mas sencillo, porque evitaba el rodeo de que Juan reclamara luego de Pedro los quinientos, y los hiciera embargar en poder de Pablo, que no podría menos de desembolsarlos, viniendo á quedar como si no los hubiera recibido; la sencillez y equidad son preferibles á los ápices de derecho».* Vid. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Zaragoza, 1974, págs. 602 y 574, respectivamente.

(25) «*El deudor correal puede oponer al acreedor común el contracrédito de su codeudor, si los deudores están ligados por un vínculo de sociedad; si no lo están, de ningún modo podrá servirse un deudor del crédito que tenga un codeudor contra el acreedor común».*

(26) Vid. CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, pág. 183, a cuya obra nos remitiremos asiduamente, puesto que explica con gran claridad este supuesto, aunque algunas de sus conclusiones no se compartan.

(27) «*El deudor solidario no puede paralelamente oponer la compensación de aquello que el acreedor debe a su codeudor».*

(28) Vid. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., pág. 184.

caso, frente a todos los codeudores, la porción de la deuda en que el titular del crédito responde, y porque no se entiende lo que ha querido decir con *«por el resto de lo que sería debido no pueden compensar salvo que tengan el mismo derecho que el coobligado»* (29). Sin embargo, parece que la opinión de DOMAT es correcta en cuanto caracteriza, a mi juicio acertadamente, la excepción de compensación como una excepción de naturaleza personal y no real o derivada de la misma naturaleza de la obligación. Sin embargo, de sus palabras parece desprenderse que la compensación no actúa automáticamente, a pesar de ser un férreo defensor de la tesis de la automaticidad, puesto que de lo contrario no se entendería que DOMAT configurara esta excepción como personal del titular del contracrédito y no real, derivada de una compensación ya operada (30).

La regulación del Código Civil francés, tal y como ponen de manifiesto PLANIOL y RIPERT es incoherente con las reglas de la solidaridad y sobre todo con las de la compensación, que para la ley francesa produce su efecto automáticamente, lo que significa que desde el instante en que concurre la obligación solidaria con un crédito personal de uno de los coobligados frente al acreedor común, una parte de esa obligación solidaria (o toda) ha quedado extinguida por compensación. Sin embargo, POTHIER, que reconoce la utilidad de la solución de DOMAT, se muestra riguroso a la hora de negarle al codeudor la facultad de compensar un crédito perteneciente a otro. Si es el titular del derecho de crédito quien lo compensa, esta compensación aprovecha a todos los demás codeudores, pero si el demandado no ostenta ningún crédito frente al acreedor común no podrá servirse del de otro de sus coobligados. La razón estriba en que el deudor solidario frente al acreedor es deudor del total de la deuda, por lo tanto, él paga lo debido y no puede oponer sino lo que a él le es debido y no lo que se debe a sus codeudores (31). A pesar de ello, ya se ha dicho, POTHIER aconsejaba la solución de DOMAT porque, entre otras razo-

(29) Como dice CAFFARENA, se podría pensar que para DOMAT, la compensación implica la destrucción de la obligación solidaria que deviene parciaria. Sin embargo, leyendo a POTHIER parece que no quería llegar a tanto y que lo único que pretendía era destacar la posibilidad de que los coobligados opusieran la compensación que afectaba a un codeudor por la parte en que éste participaba en la deuda. Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 187.

(30) Como acertadamente critica CAFFARENA, *«al ser un rotundo partidario de la compensación automática, DOMAT admitía que un deudor solidario opusiera frente al acreedor la compensación que correspondía a otro. Sin embargo, es extraño el papel que la compensación juega en la solidaridad pasiva para DOMAT. En efecto, en el campo de las excepciones DOMAT distingue entre las comunes, que ayudan a todos los deudores, y las personales, que sólo ayudan al codeudor afectado por el hecho que las origina. Pues bien, la compensación es englobada dentro de las excepciones personales. Sin embargo, sus efectos son distintos de los de éstas. Tampoco sus efectos coinciden con los de las excepciones comunes»*. Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 186.

(31) Vid. *Tratado de las obligaciones*, op. cit., n.º 274.

nes, simplifica la acción en vía de regreso y se evita el peligro de la insolvencia de aquel codeudor que se encuentra en la posición de oponer la compensación. Otros autores franceses fundamentan la prohibición en la necesidad de impedir la intromisión de los deudores solidarios en los negocios de los demás. En los trabajos preparatorios del Código Civil parece que finalmente se introdujo esta regla, que no aparecía en el Proyecto, porque según BIGOT-PRÉMENEU «*si se pudiera oponer la compensación de lo debido a otro distinto de uno mismo, aunque este otro fuese un deudor solidario, se daría lugar a numerosas dificultades: ese tercero se encontraría enfrascado contra su voluntad en procesos desagradables: sería necesario examinar contradictoriamente con él si la deuda existe, en qué medida existe, si es susceptible de compensación, etc. Es natural que la compensación sólo tenga lugar entre dos personas que se deban directamente, la una a la otra*» (32). Para la mayor parte de la doctrina francesa se trata de una excepción a las reglas generales de la compensación (sobre todo a su automaticidad) y a las de la solidaridad, y además, de una excepción lógica si de lo que se trata es de impedir intromisiones en los negocios ajenos.

Sin embargo, no toda la doctrina de este tiempo era unánime en aceptar los motivos que guiaron al legislador francés a prohibir la compensación en este supuesto.

En este punto hay que destacar la postura solitaria de DEMOLOMBE para el que la previsión del Código Civil francés es plenamente coherente con la regulación que lleva a cabo del mecanismo de la compensación y también con la esencia de la solidaridad. DEMOLOMBE haciendo una lectura global del artículo 1.294 y sirviéndose del adverbio «*paralelamente*» utilizado en su redacción, explica que frente al acreedor todos los deudores son principales, aunque sean fiadores y, por ello, frente a él al igual que el deudor principal no puede oponer la compensación de lo que aquél debe al fiador, tampoco un deudor solidario puede oponer lo que el acreedor común debe a otro codeudor. En cuanto a la coherencia con las reglas de la solidaridad explica que de la misma naturaleza de la obligación solidaria se desprende que la posibilidad para cualquiera de los deudores solidarios de ser constreñido a pagar el total de la deuda pesa del mismo modo sobre cada uno de ellos (33).

Sea como fuere, y no existiendo tampoco en este punto unanimidad de opiniones, lo cierto es que existen grandes contradicciones en el sistema adoptado por el Código Civil francés para el supuesto que se está estudiando.

Me explico: si se establece el efecto automático de la compensación, como sin duda hace el francés (aún debiéndose a una interpretación incorrecta

(32) Vid. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, pág. 162.

(33) Vid. *Cours de Code Napoléon*, 26, pág. 336.

de las fuentes romanas), lo más lógico es que la compensación llevada a cabo por la concurrencia de dos deudas que cumplen los requisitos legales, aproveche a todos los coobligados, puesto que la obligación solidaria se habrá extinguido en todo o en parte. Lo que, en realidad, no se acaba de entender es el porqué el legislador regula expresamente este supuesto, ya que siendo automática la compensación y habiendo establecido los requisitos necesarios de reciprocidad y derecho propio para que opere holgaba decir que el codeudor solidario no puede oponer el derecho de crédito de otro codeudor. En esta materia hay que distinguir entre una compensación ya operada por la simple fuerza de la ley, una compensación automática, y la situación objetiva de compensabilidad. Si para el legislador francés la compensación tiene lugar cuando se dan los requisitos exigidos, la norma del artículo 1.294.3.^º carece de sentido, salvo que, en realidad, no se esté refiriendo a la excepción de compensación, sino a la excepción de extinción de la obligación por una compensación ya efectuada, cosa que dudamos. El precepto citado al vetar la compensación del deudor solidario utilizando el contracrédito de su codeudor está equiparando la compensación a las excepciones puramente personales del artículo 1.208.2.^º del Code que únicamente son oponibles por el deudor en cuya persona se dan, sin que puedan los demás servirse de ella en ninguna medida. Pero si es así, ¿cómo cuadra con el principio de automatización de la compensación?

La incoherencia intrínseca en la regulación de la compensación en la solidaridad pasiva pudo ser debida a las discusiones doctrinales anteriores a la promulgación del Código Civil francés. Para algunos se trata de una norma excepcional que deroga el principio automático de la compensación (34), en cuanto que para que el codeudor no titular del crédito se sirviese de él para compensar, en un sistema como el francés, es necesario que exista una norma que expresamente lo prohíba, ya que la *ratio legis* de la compensación es precisamente la contraria. Otros autores, por el contrario, configuran la compensación como una excepción de naturaleza común en la medida de la concurrencia de la deuda del acreedor con la porción de deuda solidaria de la que responde el codeudor titular del contracrédito, y como excepción puramente personal por el resto (35).

En los sistemas de corte germánico (parágrafo 422 BGB) se rechaza la posibilidad de que el deudor solidario utilice el crédito de otro codeudor para compensar, pero se admite que si el titular del contracrédito lo opone en compensación al acreedor común, esta compensación ya operada favorezca a

(34) Vid. LAURENT, *Principes de Droit civil*, XVII, Bruselas, 1878, pág. 340.

(35) Vid. TOULLIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, VI, París, 1830, pág. 759 y MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, IV, París, 1873, pág. 503.

todos los demás deudores obligados solidariamente. Esta solución que no aparece expresamente contemplada en el B.G.B. se toma del texto del **primer** Proyecto alemán y es coherente con el sistema de declaración de la compensación que este ordenamiento ha adoptado. Como razonadamente explica CAFFARENA, para que los codeudores solidarios pudieran servirse de una compensación no producida, utilizando el crédito de uno de los codeudores solidarios, debería existir en este ordenamiento una norma que los legitimara para llevar a cabo esta declaración de compensación (36).

Como se puede observar, la regulación de la compensación en la solidaridad pasiva es distinta en ambos tipos de ordenamientos. Si para el francés, con su principio de automaticidad, sería perfectamente posible que el codeudor solidario compensara, introduce una norma de excepción que lo prohíbe de manera expresa. En el alemán, por el contrario, con su principio de declaración de la compensación, no necesita introducir regla expresa alguna, puesto que de las propias normas que informan esta institución, se deduce que no es posible que el codeudor solidario compense con un crédito del que no es titular (si quisiera hacerlo debería formularse una regla que lo permitiera). Hasta aquí, dos ordenamientos de principios distintos y que, sin embargo, niegan la posibilidad de que el deudor solidario compense usando el **contra**-crédito de otro de los codeudores.

Pero todavía existe un tercer tipo de ordenamiento, representado esencialmente por el Código Civil italiano de 1942 que, a pesar de proclamar en su artículo 1.242 el efecto automático de la compensación (y, sin embargo, prohibir que el juez la declare de oficio), permite al deudor solidario oponer en compensación el crédito del codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de la que este último responde (art. 1.302). Se configura la compensación como una excepción personal en cuanto es oponible por el deudor titular del contracrédito sin límite alguno y por los demás codeudores por la parte de la deuda solidaria de que aquél fuere responsable. Para algunos autores esta norma es un reflejo obvio del artículo 1.298 que sanciona la división de la obligación en las relaciones internas entre los codeudores. Desde el mismo momento —dicen— en que cada uno de los deudores solidarios está obligado a pagar el todo de la deuda, salvo la acción posterior de regreso y *pro parte* contra los demás, se explica la razón por la que puede valerse del crédito que el deudor solidario podría oponer al acreedor común, oponiéndoselo él mismo por la parte de la que el deudor titular del crédito responde (37). Otros ven en esta solución el intento de evitar un inútil devenir de acciones, de tal manera que se ha procurado evitar el obligar a uno de los codeudores a pagar

(36) Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 204.

(37) Vid. en este sentido, NATOLI, «In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile», en *Foro Italiano*, 1947, IV, pág. 64.

el total de la deuda al acreedor, para que después se valga de la acción de regreso contra el otro codeudor, que podría haber compensado, y obtener por una vía mucho más compleja el mismo resultado. Legitimando al codeudor a compensar la parte de la que responde el codeudor titular del crédito se consigue una notable simplificación en estas relaciones y también una equitativa distribución del riesgo de la insolvencia del acreedor (38).

A mi juicio, sin embargo, una justificación basada únicamente en la simplificación de las operaciones no es suficiente para permitir la intromisión y el otorgamiento de una facultad de disposición sobre un patrimonio ajeno. Si se piensa precisamente en los principios que inspiran la solidaridad, en su relación externa, es decir frente al acreedor, en la que cada deudor lo es por el entero de la deuda y éste es el riesgo que se asume cuando existe un acuerdo de solidaridad, no se encuentra un fundamento lo suficientemente sólido para permitir que los deudores solidarios intervengan en relaciones patrimoniales que no les son propias. Por otro lado, hay que tener en cuenta que aceptar la compensación *legal* (subrayo, porque en este trabajo se estudia aquella compensación que opera de forma forzosa, sin convención de las partes implicadas) con dinero ajeno como medio de pago produce una ruptura del principio de la autonomía de la voluntad. Además, significa además, hacer de los modos de extinción de las obligaciones (o mejor, subrogados del pago), que son formas *especiales* de pago, puesto que sustituyen la exacta y puntual ejecución de la prestación proyectada, formas generales de cumplimiento, repito sin necesidad de acuerdo *inter partes*. Pero todavía hay que apreciar una tercera cuestión, la relativa a los efectos que se producirían de admitir la posibilidad de compensar de la manera en la que lo hacen los italianos (y nuestro Código Civil, como se verá más adelante). Si el deudor solidario utiliza el crédito perteneciente a su codeudor y compensa legalmente por la parte en la que aquél es responsable, está convirtiendo a éste último en demandante en vía de regreso, lo que, choca con la equidad y el principio distributivo que alegan los italianos, además de no simplificar en absoluto las operaciones de pago.

CAFFARENA, sin embargo, frente a la tesis expuesta por PUIG FERRIOL (39) defiende con un ejemplo de cálculo la simplicidad de pagos a la que da lugar la admisión de este supuesto de compensación: «Supongamos que A es acreedor de 90 de D1, D2 y D3, deudores solidarios que participan en la deuda por partes iguales (30 cada uno); y que D1 es, a su vez, acreedor también de 90 de A, cumpliéndose todos los requisitos para que la compensación se verifique. Vamos a suponer que A reclama a D2 el crédito y veamos cuántos

(38) Vid. SCHLESINGER, voz «Compensazione (Diritto civile)», en *Novissimo Digesto italiano*, vol. III, pág. 724.

(39) Vid. *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, en Libro homenaje a Roca Sastre, vol. II, Madrid, 1976, págs. 460 y ss.

pagos (más bien, desplazamientos) se realizan teniendo en cuenta tres hipótesis distintas: 1.º) que D2 no puede oponer la compensación que tan sólo puede servir a D1; 2.º) que D2 puede oponer la compensación de D1, tan solo por la parte de la deuda en que éste responde; 3.º) Que D2 puede oponer la compensación sin límite alguno.

En el primer caso (sin compensación), D2 pagará a A los 90 ; D1 y D2 pagarán de regreso a D2 30 cada uno y A pagará a D1 90. Se han realizado 4 pagos.

En el segundo caso (compensación por la parte), D2 pagará a A 60 y compensará 30; D3 pagará en regreso a D2 30 y A pagará a D1 60. Se han realizado 3 pagos, porque D1 se evita pagar en regreso a D2 los 30 de que responde en la deuda solidaria.

En el tercer supuesto (compensación por el total), D2 opondrá la compensación operada a A, D2 pagará en regreso a D1 30; D3 pagará en regreso a D1 30. Tan sólo se han producido 2 pagos» (40).

Ahora bien, a pesar de ser impecable la ilustración de CAFFARENA, a mi juicio, sólo tiene en cuenta una parte del problema, la simplificación de las operaciones de desplazamientos patrimoniales, que quizá en estos casos especiales (dado que derogan los requisitos generales de la compensación del artículo 1.195) es la que menos base tiene para justificar que un deudor pague con dinero ajeno y que se entrometa en los negocios ajenos. Pensemos ahora en la compensación no como «modo abreviado de pago», sino como medio de defensa ante reclamaciones extemporáneas o como modo de autotutela del deudor demandado. Hay que tener presente también el plano jurídico en el que se inserta la compensación como excepción a una reclamación entablada por el acreedor. Veamos por lo tanto cuántas reclamaciones, acciones y excepciones, tendrían lugar en el ejemplo puesto por CAFFARENA:

1.º) Si se le permite a D2 compensar en la porción que corresponde a D1 en la deuda solidaria (30), resultará: que D2 paga (60), que D3 paga (en regreso 30) y que obliga a D1 a reclamar el resto (60) a A. Lo que hacen 4 reclamaciones seguras.

2.º) Si se le permite compensar el total del contracrédito de D1 (90), resultará: que D2 no pagará nada a A, pero obligará a demandar en vía de regreso a D1 por 30 a D2 y a D3. Lo que hacen 3 reclamaciones seguras.

3.º) Si no se le permite compensar de modo alguno, resultará que D2 pagará 90 y reclamará en vía de regreso a D1 (30) y a D3 (30), Lo que hacen 3 reclamaciones seguras, puesto que en este caso es indiferente la reclamación posterior de D1 frente a A, porque nada tiene que ver con la deuda solidaria, ni con las relaciones entre los codeudores, al tratarse de negocios

(40) Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., nota n.º 56, pág. 222.

ajenos a su relación jurídica, pero si se quiere tener en cuenta, serán 4 reclamaciones seguras.

Llegados a este punto conviene preguntarse si efectivamente admitir la posibilidad de configurar la compensación como una excepción personal (no puramente personal) simplifica objetivamente el pago. Parece que el medio más simplificado, si es que de simplificación y brevedad se puede hablar en este caso, es el de permitir que el deudor solidario compense el total de contracrédito del codeudor, o lo que es lo mismo, permitir pagar su deuda con dinero totalmente ajeno.

Hasta aquí, se ha esbozado el planteamiento de los problemas que este supuesto origina en cualquiera de las soluciones propuestas por los tres tipos de ordenamiento analizados: francés, alemán e italiano. Veamos ahora qué sucede en el Código Civil español.

Dos son las normas del Código Civil que necesariamente se han de estudiar, el artículo 1.143 y el artículo 1.148, que se encuentran entre aquellas que regulan la solidaridad, puesto que, ya se ha dicho anteriormente, nada se dice en sede de compensación sobre este supuesto (aunque, hay que recordar que el Proyecto de 1851 prohibía la compensación). El primero de ellos establece que «la novación, *compensación*, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o *con cualquiera de los deudores de la misma clase*, *extinguen la obligación*, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146» y el segundo que «*El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda que éstos fueren responsables*».

Pues bien, tal y como pone de relieve CAFFARENA, existen dos líneas de pensamiento acerca de la relación existente entre ambos preceptos. Una parte de la doctrina se limita a transcribir e interpretar literalmente lo dispuesto en el artículo 1.143, sin entrar en mayores complejidades. Otro sector considera que el artículo 1.148 es un límite a la aplicación del artículo 1.143, en el sentido que la compensación tiene un efecto extintivo, al igual que el pago, entre el acreedor y el deudor solidario titular del contracrédito. Respecto de los demás deudores la compensación opera como una excepción personal oponible, tan sólo, en la parte de la deuda de que aquél fuere responsable (41).

Existe todavía una tercera línea de pensamiento, a la que CAFFARENA no puede referirse como ya existente porque es la que propone en su trabajo, es

(41) CAFFARENA reprocha a este sector doctrinal que no distingan según que el acreedor se haya dirigido a un deudor solidario no titular del contracrédito antes o después de haberlo hecho frente al deudor compensante, Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 195.

su tesis. Según el autor, el artículo 1.148 si no fuera por su segunda proposición sería un precepto inútil. Decir que el deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que sean personales es no decir nada o algo ya sabido por todos. Que el deudor solidario puede oponer las excepciones que se derivan de la naturaleza de la obligación es evidente. Lo que ya no es tan evidente, lo que resulta difícil saber con exactitud, son los hechos que dan lugar a este tipo de excepciones, y esto es precisamente —a juicio de CAFFARENA— lo que nos dice el artículo 1.148. De este argumento extrae la idea de que *«el artículo 1.148 por sí solo no puede limitar en ningún modo, el artículo 1.143. Sino que es este precepto unido a los artículos que el Código dedica a la compensación los que deben determinar si este modo de extinción de las obligaciones da lugar a una excepción que se deriva de la naturaleza de la obligación o a una excepción personal. Seguramente —explica—, los autores que comprenden la compensación entre las excepciones personales del 1.148 y que entienden limitado el artículo 1.143 por este precepto parten de la idea, que en el Código está perfectamente clara en el artículo 1.195, que la compensación sólo puede darse entre dos personas que sean por derecho propio recíprocamente acreedores y deudores la una de la otra. Esto no puede ponerse en duda»*.

Hasta aquí compartimos absolutamente la tesis de CAFFARENA. A continuación dice : *«Está claro que ningún deudor, que no sea el titular del contracrédito, puede ser una parte compensante. Sin embargo, ello no impide para que en una serie de casos excepcionales señalados por la ley, haya una serie de personas ajenas en principio al fenómeno de la compensación a los que ésta afecta de manera muy directa. Un ejemplo de esto lo tenemos en el artículo 1.197, que faculta al fiador para oponer la compensación respecto de lo que el acreedor debiere a su deudor principal (...) Ahora bien, ello no quiere decir que el fiador sea parte compensante, no, partes compensantes son el acreedor y el deudor principal, titulares pasivo y activo en otra obligación. El fiador lo único que hace es alegar la extinción de la fianza, total o parcial, producida como consecuencia de la obligación principal. Y otro ejemplo lo encontramos en las obligaciones solidarias donde los deudores solidarios se aprovechan todos de la extinción operada entre el acreedor y el deudor solidario titular del contracrédito. Esto nos parece evidente. Lo que nos plantea dudas es el momento de operarse la compensación, pero una vez que ésta se haya operado no hay duda de que la obligación solidaria se habrá extinguido y que nos encontramos ante un hecho que da lugar a una excepción que deriva de la naturaleza de la obligación al igual que si se hubiese pagado, siendo oponible por todos el todo»*. Aquí es donde se ha de discrepar de CAFFARENA en cuanto que si se lleva a cabo una comparación con el régimen establecido para la fianza, habrá que pensar que si el legislador no

permite al deudor principal oponer lo que el acreedor debe al fiador, tampoco debe dejar al deudor solidario utilizar el crédito del otro codeudor para compensar su obligación, que es principal y no subsidiaria y accesorio (de garantía) como sucede en el caso del fiador. Pero es que además, no se puede estimar que de lo que el artículo 1.197 habla, conforme a lo que se expuso en el epígrafe anterior, sea de una compensación ya operada, como dice CAFFARENA, porque en ese caso nada tendría que tratar la compensación, sino que se trataría de una excepción real de extinción de la obligación. Si se quiere asemejar la compensación a alguna figura quizá pueda hacerse a las garantías independientes y a los avales a primer requerimiento, en los que, como se ha visto, no se admite la excepción de compensación. No se entiende porqué motivo el civilista critica a los autores que confunden en sede de solidaridad el modo de operarse la compensación con los efectos de la compensación ya operada y él afirma que la facultad que el 1.197 otorga al fiador es la de alegar la extinción de la fianza por compensación con el crédito que el deudor principal tenía con el acreedor.

Pero la tesis de CAFFARENA ha de destacarse por diferenciar los distintos supuestos a los que puede aplicarse el régimen de la compensación en la solidaridad de deudores. Así, si el acreedor reclama en primer lugar al deudor solidario titular del contracrédito, puede ocurrir que éste le oponga la compensación o que no la excepcione. En el primer caso, se entiende que la obligación solidaria se ha extinguido, en la medida que sea, para todos los codeudores y que el acreedor común no podrá reclamar a ninguno de ellos, dándose paso a las relaciones internas: cada deudor deberá pagar al compensante su respectiva cuota de la deuda (42). Si el deudor titular del crédito compensable no lo opone en compensación, hay que distinguir si paga o no paga. Si lo hace, no se plantean mayores problemas que los que planteaba el supuesto anterior, pero si no lo hace, no parece que deba afectar a los demás deudores, que no pueden verse perjudicados sin su consentimiento (43). Sin embargo, a mi juicio, la solución no está tan clara como parece extraerse de las palabras de CAFFARENA. Esta pasa por decidir la naturaleza de la excepción de compensación. Depende de cómo se caracterice la compensación: puramente personal: en cuyo caso el deudor solidario a quien se le reclame posteriormente el pago, en ningún caso podrá alegarla; o personal: en cuyo caso parece que la renuncia hecha por el deudor titular del crédito a compensar

(42) Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 208.

(43) *Ibidem*, págs. 209 y 210: «Mayores son los problemas si la conducta pasiva del deudor solidario no va acompañada del cumplimiento de la obligación. En este supuesto parece que lo correcto es pensar que esta reclamación ha seguido un cauce judicial; habiendo demandado el acreedor a este deudor solidario, éste no se ha servido de la compensación habida y se ha llegado a una sentencia condenatoria ¿quid iuris? Debe aplicarse las reglas del efecto de cosa juzgada.

debe afectar también a los demás. En este punto, hay que dejar apuntada una idea: si bien es cierto que el código admite algunos supuestos especiales la compensación por los terceros con créditos propios, y de los que no lo son con créditos ajenos, derogando de este modo las reglas generales de la compensación, estas excepciones no deben llevarse más allá de las que el propio ordenamiento admite. Y si éste configura, como parece que lo hace, la compensación como una excepción de carácter personal, no se puede variar esta naturaleza dependiendo del supuesto del que se trate. El que el artículo 1.148 permita a un deudor solidario utilizar en cierta medida las excepciones personales de otro codeudor, no significa que en este caso concreto esté variando la naturaleza de las excepciones.

Para finalizar su tesis CAFFARENA trata el caso de que el acreedor común reclame a cualquiera de los deudores solidarios no titulares del derecho de crédito. Según el autor, en nuestro Derecho, de acuerdo con el modo de operar la compensación, automáticamente, y de acuerdo con la eficacia extintiva que a ésta se le concede en el artículo 1.143 extiende, como lo hace también con los demás subrogados del pago, a toda obligación solidaria, parece que hay que concluir que el deudor demandado no titular del contracrédito podrá oponer la compensación habida sin límite alguno, del mismo modo que podría hacerlo si la deuda hubiese sido ya pagada. Pero este principio viene limitado por la extensión de cosa juzgada, que impide que, habiendo habido ya juicio entre el acreedor y uno de los deudores solidarios en el que no se opuso esta excepción, otro deudor pueda oponerla con posterioridad.

Hasta aquí, las interpretaciones que nuestra doctrina ofrece de los artículos 1.143 y 1.148 del Código Civil. A mi juicio, y aunque en materia de compensación estamos ya habituados, ninguna de ellas es plenamente correcta y no satisface enteramente los interrogantes que el tema plantea. Cabe todavía otra interpretación de estos preceptos y es la siguiente:

En primer lugar, hay que recordar los antecedentes históricos inmediatos en los que, a imagen y semejanza del ordenamiento francés, se prohibía la compensación por el deudor solidario con un contracrédito del que era titular otro de los codeudores. El artículo 1.143 fué tomado del artículo 707 del Código Civil argentino (44) en el que la norma viene redactada de forma casi igual a la nuestra y que los autores argentinos conectan con el artículo 830 de su ordena-

(44) «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación» y el artículo 830: «El deudor solidario puede invocar la compensación del crédito del acreedor con el crédito de él, o de otro de los codeudores solidarios». Vid. en cuanto a los antecedentes PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *Anteproyecto del Código Civil (1882-1888)*, artículo 1.160, Madrid, 1965, pág. 362.

miento en el que parece que, optando por adoptar la tesis de MARCADÉ, acepta la compensación hecha por cualquiera de los deudores solidarios, alejándose así de la prohibición establecido en el resto de los ordenamientos.

En segundo lugar, estas teorías acerca del artículo 1.143 parten de una lectura errónea del precepto (45). Este, hay que fijarse, dice: «...compensación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación», pero no dice: «...compensación hecha por cualquiera de los acreedores solidarios o por cualquiera de los deudores solidarios, extingue la obligación» y lo que a primera vista puede parecer un trabalenguas no lo es. Si se observa detenidamente la norma, parece que los actos de la novación, compensación, remisión o confusión, hacen referencia a actos realizados por el acreedor y no por el deudor. Habla, así, de que el acreedor compense con cualquiera de los deudores solidarios, pero no de que cualquier deudor solidario compense con el acreedor común. De este modo se está facultando al acreedor común (y al acreedor solidario) a operar la compensación, pero no a los deudores solidarios. Y esta interpretación tiene sentido si se lee el precepto en su conjunto. El segundo párrafo establece que «el acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás, de la parte que le corresponde en la obligación». Parece, por consiguiente, que se trata de una norma pensada para la solidaridad activa, y no para la pasiva. ¿Por qué permitirle sólo al acreedor compensar?, porque la compensación del acreedor cumple todos los requisitos del artículo 1.195, además de no afectar a los intereses de ninguno de los deudores solidarios, ni de los acreedores solidarios, puesto que prevé su responsabilidad frente a los demás. Esto quiere decir, que si el acreedor solidario compensa su deuda con el deudor común, responde por su parte frente a los demás acreedores, como si le hubiera sido pagado el crédito común. Y también ha de entenderse que si compensan acreedor común y deudor solidario titular del contracrédito (cumpliéndose, por consiguiente los requisitos del artículo 1.195) se habrá extinguido la obligación solidaria en su totalidad, salvo siempre el derecho de regreso del deudor compensante frente a los demás codeudores, pero esto no por la regla del artículo 1.143, sino por la general de la compensación (art. 1.195). En todo caso, además hay que observar que se trata de un acto de compensación ya realizado (el precepto dice expresamente «compensación hecha»), que, como tal, aprovecha a todos los codeudores. En mi opinión, que será segu-

(45) Vid., por todos, CAFFARENA cuando dice: «en la parte que a nosotros interesa el precepto dice que la compensación hecha por cualquiera de los deudores solidarios extingue la obligación», partiendo ya de la idea de que la norma se está refiriendo a la compensación realizada por los deudores solidarios, *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 194.

ramente aislada, de esta norma no parece que pueda extraerse una regla atinente a la facultad de compensar de los deudores solidarios no titulares del contracrédito. El hecho de que los argentinos gocen de una norma expresamente redactada en el ámbito de la compensación (art. 830 del Código Civil argentino) que lo permita, no debe decirnos todo sobre la regulación de este supuesto en el ordenamiento civil español, puesto que si bien es cierto que el 1.143 fue tomado del 707 de aquél, también lo es que no se acogió expresamente el 830. A pesar de que el Código Civil argentino adoptara el criterio de la permisibilidad de la compensación por los deudores solidarios con un contracrédito de otro de los codeudores, alguno de sus juristas más reconocidos expresaron su desagrado por la adopción de esta norma. Así, BIBILONI se muestra absolutamente contrario al precepto, porque «*cuando el acreedor persigue al deudor y le reclama el pago, debe éste hacerlo con lo que le pertenece. No puede tomar el dinero, los ganados y los inmuebles ajenos. De ellos no dispone y no conviene que disponga, porque sería insoportable la situación jurídica de los obligados con esta intromisión de un tercero en la administración de sus bienes. Admitir compensación con lo ajeno es, exactamente, como pagar con el bolsillo de otros*» (46).

En tercer lugar, se puede pensar que el artículo 1.148, sobre las excepciones oponibles por el deudor solidario, no limita ni desarrolla la aplicación del artículo 1.143. Puede pensarse que está tratando de supuestos distintos y que nada o poco tiene que ver con lo regulado anteriormente. Si el 1.143 se refiere a los actos del acreedor solidario, el 1.148 se refiere a las defensas del deudor solidario. También, hay que admitir la posibilidad de que si ya ha tratado la compensación, y los demás modos de extinción de las obligaciones en el primero de los preceptos aludidos (art. 1.143), la regla del segundo (art. 1.148) puede estar haciendo referencia a excepciones de otro orden.

Por consiguiente, la interpretación propuesta es la de que el artículo 1.143 está regulando los actos de extinción de la obligación realizados por el acreedor solidario y su relación con los demás acreedores y con los deudores solidarios. Que se trata de actos que ya han tenido lugar, por consiguiente, en lo que a la compensación importa, se podrá hablar de una excepción real de extinción de la obligación, oponible por cualquiera de ellos (bien cuando cualquier otro de los acreedores solidarios reclame el pago, bien cuando el mismo acreedor compensante exija el cumplimiento a otro de los deudores solidarios).

Si hasta aquí, la tesis es correcta, habría que comenzar de nuevo, y preguntarse acerca de la mejor interpretación del artículo 1.148, que es el que regula las excepciones oponibles por el deudor solidario frente a la reclamación del acreedor común.

(46) Vid. CAFFARENA, *La solidaridad de deudores*, op. cit., nota 73, pág. 224.

En este punto, el problema de aceptar o no la posibilidad de que un deudor solidario utilice un crédito perteneciente a otro de los coobligados para compensar la deuda, o parte de ella, frente al acreedor común, va más allá de una mera interpretación de esta norma. Son dos los puntos que hay que abordar como *prius* a una posible respuesta: el primero es averiguar si la compensación es de naturaleza real o personal y el segundo es decidir si opera automáticamente o es necesaria una declaración a tal efecto.

CAFFARENA configura la compensación, en lo que a los deudores solidarios se refiere, como una excepción común, derivada de la misma naturaleza de la obligación. Para llegar a esta solución parte de la siguiente premisa: El artículo 1.143 resalta la unidad de la obligación solidaria en el momento de su extinción. «*El precepto nos está diciendo que cada deudor solidario es deudor principal por la totalidad de la deuda, y como tal sólo hay una obligación, una vez ésta se extinga en relación a uno se habrá extinguido para todos.*

Si la compensación —continúa explicando— se produce sin necesidad de declaración por las partes compensantes, de manera automática, si esta compensación se extiende a la totalidad de la deuda solidaria, sin ninguna consideración a la real participación de los deudores en la obligación solidaria, parece lógico concluir que la compensación da lugar a una excepción derivada de la naturaleza de la obligación. Ello no quiere decir que todos los deudores solidarios sean partes compensantes, sólo lo será el titular del contracrédito, los demás lo único que hacen es servirse de un hecho que habiendo producido la extinción de la obligación solidaria privó de su fundamento a la reclamación del deudor. Por ello, por no ser partes compensantes, deberán abonar al deudor titular del crédito, las partes de la deuda que a cada uno le correspondía. El fundamento de ello es el mismo que hace nacer la acción de regreso en el deudor solidario que pagó la totalidad de la deuda: evitar enriquecimientos injustificados. Desde este prisma igual será que el acreedor se dirija al deudor solidario titular del contracrédito que reclame a otro deudor, uno y otro podrán esgrimir que la obligación se extinguió por la compensación y en uno y otro caso nacerá para el deudor titular las acciones de regreso necesarias. Esta es en nuestra opinión la mejor interpretación que cabe hacer del problema en nuestro Código Civil» (47).

Inevitablemente se ha de coincidir con la conclusión de CAFFARENA y con ello se defiende la compensación *ipso iure* o mediante declaración. ¿Por qué?, porque no está resolviendo el problema que se ha planteado acerca de la posibilidad de que el deudor solidario compense mediante la utilización del contracrédito de su codeudor. Soluciona el supuesto (ya regulado en el artículo 1.143) de una compensación ya realizada. En este sentido, no cabe por

(47) Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 211.

menos que repetir lo que aquí se ha dicho. Si la compensación ya se ha operado, bien por la simple concurrencia de los créditos, bien porque el deudor titular del contracrédito ha realizado la declaración a tal efecto, se ha extinguido la obligación solidaria, se ha pagado mediante compensación y, consiguientemente, los demás deudores solidarios gozan frente al acreedor común, que pretenda posteriormente otro pago, la excepción real, común o derivada de la misma obligación, de extinción de la obligación, pero no de compensación. Pero ello no quiere decir ni que la compensación tenga el carácter de excepción real, ni que la compensación opere automáticamente, ni que el deudor no titular pueda oponer en compensación el contracrédito de otro de los deudores solidarios.

Los antecedentes del artículo 1.148 demuestran que al deudor solidario sólo se le permite oponer las excepciones comunes y las personales suyas, pero en ningún caso las personales de los demás deudores (salvo, ya se ha visto, el nuevo Código Civil italiano de 1942, el argentino y el español). GARCÍA GOYENA, ya se ha dicho, aclara que en lo que a la excepción de compensación existían dudas acerca de su naturaleza, pero las incluye dentro de las personales. Posteriormente, la doctrina ha matizado el concepto de excepciones en este caso, abriéndose la clasificación a tres tipos distintos: las estrictamente personales, simplemente personales y comunes. Las primeras derivan de hechos concernientes a un sólo deudor y sólo a éste le pertenecen, no pudiendo los codeudores utilizarlas frente al acreedor de ninguna manera. Las segundas pertenecen al deudor en cuya persona se da el hecho del cual derivan, pero se permite a los codeudores servirse de ellas por la parte o cuota en que aquél participa en la deuda. Las terceras son «aquellas que se derivan de la propia naturaleza de la obligación» en el lenguaje del Código, pertenecen a todos los deudores y afectan a la totalidad de la deuda.

Parece claro que la redacción del artículo 1.148 lleva a afirmar que se han aceptado estos tres tipos de excepciones, aunque la doctrina mayoritaria ve en él únicamente excepciones comunes y personales, de las que de las primeras se pueden servir ilimitadamente todos los deudores y de las segundas, pueden ser utilizadas por su titular sin límite alguno y los codeudores en la medida en que aquél tomara parte en la deuda (48). Para PUIG FERRIOL, sin embargo, si el legislador introdujo las excepciones simplemente personales junto a las comunes y las estrictamente personales fué para admitir la posibilidad de que la compensación pudiese ser alegada por un codeudor no titular del contracrédito, acabando así con la incongruencia del Proyecto del 51 que no lo permitía pero reconocía el efecto automático de la compensación (49).

(48) Vid. CAFFARENA, *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 44.

(49) Vid. PUIG FERRIOL, *Régimen jurídico de la solidaridad de deudores*, Libro homenaje a Roca-Sastre, vol. II, Madrid, 1976, pág. 458.

Otra tesis importante de destacar en lo que a nuestra cuestión se refiere es la de DELGADO ECHEVARRÍA, para quien hay que acercar la figura de la solidaridad a la de la mutua fianza. En este sentido, como explica CAFFARENA apoyando parcialmente esta postura, la solidaridad pasiva es una institución que cumple, en la relación acreedor-deudores, una función de garantía al igual que la fianza. Haciéndose eco de esta idea, el legislador ha establecido la facultad del deudor solidario de oponer las excepciones personales de sus coobligados con el límite de la cuota en que éstos toman parte de la deuda. Para el civilista es evidente que late la idea de la solidaridad pasiva como mutua fianza. Todos los deudores solidarios son fiadores en aquella parte de la deuda en que no son verdaderos deudores según la relación interna. Mientras otra cosa no se pruebe y a los efectos de este artículo, habrá de entenderse que todos los deudores solidarios participan en la obligación en la misma medida, debiéndose reputar que la deuda está dividida en tantas partes iguales cuantos deudores haya. El que otra cosa alegue, sea el deudor demandado, sea el acreedor demandante, habrá de probarlo (50). Se pone de manifiesto la falta de coherencia del precepto en sí, puesto que si se pretende la igualdad de todos los deudores solidarios en la responsabilidad de la deuda, se tendría que limitar también el uso de las excepciones personales sólo en la medida en que el titular respondiese en la deuda solidaria y no en su totalidad o bien permitir que utilizasen las excepciones personales de los coobligados en toda su medida.

Para CAFFARENA, sin embargo, es necesario matizar la función que cumple la solidaridad de deudores, puesto que no es simplemente de garantía: *«Esta institución encuentra su sitio en los códigos respondiendo a una situación distinta a la de la mera fianza. Fundamentalmente hay en ella también, además de garantía, un interés común por parte de todos los deudores implicados. Esta idea última de la comunidad de interés inspira todo el aspecto interno de la relación solidaria, e influye de algún modo en el régimen en su aspecto externo, primordialmente estructurado en torno a la idea de garantía, reforzando ésta a favor del acreedor y en perjuicio de los deudores.*

De otro lado, nos encontramos ante un precepto, el 1.148 que, entendido de forma literal, estrictamente nos lleva, en primer lugar, a un relajamiento de la garantía que la solidaridad pasiva intenta cubrir, acercándola a la regulación de la fianza; y en segundo lugar, nos conduce a una situación privilegiada del deudor solidario respecto a la del fiador. Lo primero parece inevitable. Lo segundo es inadmisibile. No hay ninguna razón que apoye este tratamiento privilegiado del deudor solidario. Y admitirlo supondría reconocer que nuestro legislador dicta las leyes por mero capricho.

(50) Vid. *La solidaridad de deudores*, op. cit., pág. 50.

Así —concluye CAFFARENA— es necesario interpretar el artículo 1.148 teniendo muy presentes tanto el artículo 1.143, que de manera clara excluye la compensación de las excepciones personales, contra lo que piensa PUIG FERRIOL, como los arts. 1.302, 1824 y 1.853, que nos obligan a distinguir entre las excepciones personales y las puramente personales. Además, esta interpretación del artículo 1.148 tiene la ventaja, frente a la tesis mayoritaria, de encontrarse menos alejada de la tradición histórica y de las soluciones del Derecho comparado, donde el deudor solidario tiene aún más recordadas que el fiador las posibilidades para oponer excepciones concernientes a otro deudor. En verdad, no se explica el giro dado por nuestro legislador en este tema. Nos parece, por tanto, absurdo tener en cuenta estos datos como apoyo de la opinión aquí mantenida» (51).

No parece razonable la solución de otorgarle a la excepción de compensación una naturaleza común. ¿Cómo es posible calificar como común la titularidad de un crédito ajeno?, hacerlo es tanto como permitir que se paguen las deudas con dinero de otro. A mi juicio, establecer cierta analogía entre la solidaridad pasiva y la fianza puede ser de alguna utilidad. Que la solidaridad cumple una función de garantía para el acreedor nadie lo duda. Sin embargo, a la hora de llevar a cabo el paralelismo no se puede equiparar a los deudores solidarios con los fiadores. Son todos ellos deudores principales frente al acreedor común (en la relación externa). En este sentido, los deudores solidarios, como deudores principales, deberán acatar la regla que prohíbe al deudor principal cuando ha sido demandado por el acreedor, compensar con los contracréditos de los fiadores (en este caso, deudores solidarios) y no aplicarles la norma que permite a los fiadores oponer en compensación lo que el acreedor debe al deudor principal.

Todos los ordenamientos de nuestro entorno otorgan a la compensación, como no puede ser de otro modo, la naturaleza de excepción personal. No creemos que la compensación que se puede llevar a cabo en virtud de la titularidad de un derecho de crédito pueda tener otro tipo de naturaleza. Cosa distinta es que cada ordenamiento haya optado o no por permitir a los demás coobligados utilizar en parte este crédito ajeno para compensarlo. Se trata de una opción de política legislativa, que poco o nada tiene que ver con la naturaleza jurídica de la compensación como excepción. En este trabajo se ha defendido que la compensación es una forma especial de extinción de la obligación. Ha de entenderse por tal cualquier modo de extinción que no sea el cumplimiento, puesto que sólo éste produce tanto la satisfacción del acreedor como la liberación del deudor. Pues bien, si la compensación está prevista para algunos casos en los que debiéndose dos personas recíproca y principalmente, por derecho propio sendas deudas, es

(51) Vid *La solidaridad de deudores*, op. cit., págs. 52 y 53.

útil que las compensen para evitar múltiples pagos, un circular de acciones y fraudes entre uno y otro, puesto que quien paga primero puede verse expuesto a la insolvencia del otro. Son pocas las excepciones a la regla general de compensación legal que hace el Código Civil (entre otras cosas porque se trata de una compensación forzosa u obligatoria para quien la padece) y, en el caso de la solidaridad, no se encuentra, en rigor, norma alguna que haya previsto la facultad de compensación por titular distinto al del contracrédito compensable. Los precedentes nos demuestran que esta opción ha sido descartada insistentemente por los códigos napoleónicos, que prefieren no abreviar los pagos a que el deudor solidario se vea sometido a intromisiones en sus negocios y en su patrimonio por parte de sus codeudores. Este motivo debería, a mi juicio, ser suficiente para no aceptar que el deudor solidario compense con crédito ajeno. Ya se ha visto que ni se abrevian pagos, ni se simplifican las reclamaciones desde el punto de vista procesal. Si a ello se le añade que se da carta libre para utilizar derechos de crédito ajenos, que se sitúa al deudor titular del contracrédito en la situación forzosa de reclamar en vía de regreso a los demás codeudores, a pesar de no haber sido demandado inicialmente, que el acreedor puede verse también constreñido a recibir un pago parcial y que al deudor no se le debe reconocer el derecho de liberarse de un pago en perjuicio de aquel otro deudor que puede invocar la compensación (52), ¿qué virtud y para quién la tiene el aceptar esta compensación? A pesar de ello, hay que reconocer que ésta no ha sido la solución adoptada por nuestro legislador que parece que admite que el deudor solidario utilice el contracrédito del titular en la medida de la deuda en que éste último sea responsable. Lo que no se sabe a ciencia cierta es si lo ha hecho para dotar de coherencia al sistema automático de compensación (cosa que se duda no sólo por la sistemática y el tenor literal de artículo 1.148), y que sólo admite la compensación hecha por el acreedor del artículo 1.143, excluyendo la compensación, y demás modos de extinción contemplados en él, de las excepciones a que se refiere el artículo 1.143, o si, por el contrario, ha hecho una regla especial del principio general de la compensación automática, permitiendo que los deudores solidarios declaren y produzcan la compensación, no sólo con sus propios derechos de crédito, sino también con los de sus codeudores por la parte o porción a la que hace referencia.

Ya se ha visto como para los defensores de la tesis de la automaticidad de la compensación no debe tener sentido alguno la regla del artículo 1.294.3.^o del Código Civil francés, puesto que sería una regla inútil, la compensación se habría operado desde el momento mismo de la concurrencia de los créditos

(52) Vid. en este sentido, VAZ SERRA, «Compensação», *Boletín Ministerio da Justiça*, pág. 45.

compensables y los efectos de esta compensación al menos aprovecharía al deudor titular del contracrédito frente al acreedor común. Se trataría de una excepción de extinción de la obligación (por compensación operada) y no de una compensación propiamente dicha. En el sistema de compensación automática, como se puede ver, todo es contradictorio y confuso. Quizá, se pueda pensar que como opera por sí sola, sin necesidad de intervención alguna por las partes de la relación obligatoria, cualquier tipo de compensación, bien sea la del fiador, bien la del deudor solidario, la del cedido, etc., son excepciones de este tipo, es decir, referentes a una extinción ya realizada y no por realizar. Los problemas y sinsentidos de esta tesis son de muchos órdenes, pero quizá los que más deben preocupar son aquellos que rompen los principios de la teoría general de las obligaciones, como el de la autonomía privada y la responsabilidad patrimonial, puesto que estamos ante una compensación nacida de la ley y no del contrato o del arbitrio judicial, ¿por qué obligar al deudor solidario a verse envuelto en una compensación que no desea?, ¿a ver compensado su derecho de crédito cuando ni siquiera le ha sido reclamada la deuda a él por el acreedor común?

La solución adoptada por los Códigos que exigen la declaración de compensación y le otorgan naturaleza de excepción personal es mucho más coherente. Negar al deudor solidario la compensación del crédito de su codeudor es congruente no sólo con sus sistema de compensación sino también con el fundamento de la misma, puesto que no es sólo una forma de pago abreviado (si es que la compensación legal cumple este papel, cosa que se duda), sino sobre todo y ante todo una garantía. Y si se miran despacio las cosas, ¿qué garantía se le ofrece a los sujetos compensantes si se permite legalmente que un tercero utilice un derecho de crédito ajeno para extinguir la obligación?, ¿por qué sacrificar el interés del deudor titular del contracrédito y del acreedor común que habrán ambos de soportar la compensación en pro de un deudor solidario?

A mi juicio, no se puede obviar la norma del artículo 1.148, que permite la compensación del deudor solidario con el contracrédito del codeudor limitadamente a la parte de la deuda en que éste último responde. Sin embargo, la opción tomada por el legislador parece altamente criticable, porque no vemos en ella fundamento suficiente para dejar a un lado todos los principios a los que hemos aludido anteriormente y permitir, legalmente, que un tercero, deudor solidario pero al fin y al cabo tercero, se entrometa en los negocios ajenos, fuerce al acreedor común a una compensación y, además, pague de este modo con dinero procedente de otros bolsillos que no son los suyos. Si a todo ello se le añade el problema a que da lugar la interpretación del artículo 1.252 sobre el efecto de cosa juzgada cuando existe pluralidad de sujetos en la relación obligatoria, se obtendrá sin duda un cierto rechazo a esta opción legislativa.

c) LA COMPENSACIÓN Y LA CESIÓN DE CRÉDITOS

El artículo 1.198 del Código Civil establece que *«El deudor que hubiere consentido la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.*

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión».

Siguiendo la línea de análisis que hasta ahora se ha mantenido, se deben plantear dos tipos de situaciones distintas en lo que se refiere a la relación entre cesión del crédito y compensación. En primer lugar, la posibilidad de compensación, una vez llevada a cabo eficazmente la cesión, de la deuda cedida con una deuda del cesionario. En segundo término, la oposición por el deudor cedido al cesionario de la compensación que le correspondería contra el cedente. El primero de los supuestos planteados no aparece recogido en el Código Civil, el segundo sí.

La compensación llevada a cabo entre cesionario y deudor cedido, con sus respectivos contracréditos, una vez realizada de manera eficaz la cesión del crédito, no hace surgir mayores problemas. Se trata de una compensación normal, que sigue las reglas generales de los artículos 1.195 y siguientes del Código Civil. Se dan en ella los requisitos de reciprocidad, derecho propio y carácter principal de los sujetos en la relación obligatoria y, por consiguiente no se ha de dudar de la posibilidad de que opere la compensación. Por el contrario, es la segunda de las situaciones, regulada en el precepto antes citado, la que acarrea problemas en torno a su exégesis y sobre todo, para explicar las razones que hayan podido influir en el legislador para permitir al deudor cedido, rompiendo los principios generales de la compensación, en ciertas circunstancias y con ciertos requisitos, oponer frente al cesionario la compensación que hubiera podido efectuar frente al cedente.

PANTALEÓN PRIETO y ROJO AJURIA han tratado este problema detalladamente y, por ello, sus respectivos estudios son de obligada referencia (53). Pero

(53) PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 1.033 y ss.; ROJO AJURIA, *La compensación como garantía*, Madrid, 1992, págs. 83 y ss. Vid. también Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., págs. 544 y 545; LÓPEZ VILAS, «Comentario al artículo 1.198», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, op. cit., págs. 445 y ss.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 1.198», en *Comentario del Código Civil*, vol. II, op. cit., págs. 286 y ss.

antes de pasar a analizar las posturas de ambos autores sobre el particular, es necesario ofrecer un panorama general del supuesto al que se está haciendo referencia.

Con esta finalidad, cabe traer aquí la exposición del problema que de forma global hace VALPUESTA, puesto que pone de manifiesto el intento del legislador de conciliar todos los intereses que están en juego en el caso de la compensación cuando se ha producido una cesión del crédito. Conflictos de intereses que pueden surgir entre el cedente, el deudor cedido y el tercero cesionario. Estos pueden consistir, *«de una parte, en el interés del deudor cedido de compensar su crédito con lo que él le debía al cedente, de otra parte en el interés del que tiene el tercero cesionario de cobrar el crédito adquirido sin que se le pueda oponer la compensación por la deuda que tenga el cedente y, finalmente, en el que pueda tener éste último en la transmisión del derecho, que en algún caso puede utilizar para evitar, precisamente, la compensación de su crédito con lo que él le debe al deudor cedido, conducta que podría suponer un fraude al derecho de éste último. En la práctica se puede plantear este supuesto porque la transmisión de un derecho de crédito no requiere para su efectividad el consentimiento del deudor, ni siquiera su conocimiento (54). La mención que al mismo hace el artículo 1.527 CC tiene únicamente la finalidad de proteger al deudor que realiza la prestación sin conocimiento de la cesión, como una manifestación más de la protección que el ordenamiento jurídico depara al que actúa de buena fe, por lo que puede darse el caso de que un deudor no se pueda beneficiar de la compensación porque ha variado la persona del acreedor por la cesión del derecho de crédito.*

Para la resolución del conflicto planteado —observa VALPUESTA— el artículo 1.198 cuenta con dos piezas clave: el conocimiento de la cesión por el deudor y su aceptación y oposición a tal cesión. Pudiéndose apreciar cierta preferencia por el deudor cedido, al que se le dispensa un tratamiento más favorable en la medida que los efectos de la cesión se supeditan en gran parte al comportamiento de éste último frente a la transmisión del derecho. Ello parece que es consecuencia de la función de garantía que, a juicio del legislador, tiene la compensación para el deudor que en última instancia puede satisfacer su crédito con lo que él debe al cedente, función que se frustraría con la cesión del crédito. En esta línea, el difícil equilibrio entre

(54) La doctrina mayoritaria tradicionalmente viene afirmando que el contrato de cesión es eficaz entre el cedente y el cesionario con el simple acuerdo de voluntades, pero para que surta efectos frente al deudor cedido es necesario que éste conozca, o que le sea notificado, el contrato de cesión. Vid., en este sentido, Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 545, donde al explicar el párrafo 3.º del artículo 1.198 CC atribuye el sentido de esta norma a que la cesión no notificada es ineficaz en relación con el deudor cedido.

los efectos de la compensación y los de la cesión del crédito se resuelven en gran medida a favor del deudor cedido cuando desconoce tal cesión o manifiesta su oposición a la misma» (55). Los fundamentos de las tres reglas que regulan las relaciones entre la cesión y la compensación son diversos. Según la autora, en el caso de la cesión consentida por el deudor, la finalidad de la norma es la de enervar los efectos de la compensación legal ya producida y se explica por la posibilidad de renuncia que tiene los sujetos de la compensación con el límite del interés del tercero, renuncia que puede ser tácita o presunta (56). En el supuesto de una cesión no consentida, se trata —según entiende VALPUESTA— de una excepción a las reglas de la compensación en cuanto que permitiría su aplicación a un supuesto en el que los acreedores y los deudores no son recíprocos, solución que se explica por el comportamiento del deudor que ha mostrado su disconformidad a la cesión del crédito, y se justifica en la protección que merecen los intereses del deudor frente al cedente y al cesionario que, acaso, han querido burlar las expectativas que el deudor tenía en la compensación (57). El tercero de los supuestos regulados por el precepto, el de la cesión no conocida por el deudor cedido, cumple la función de evitar que éste se vea sorprendido por un acto del acreedor sobre el que no ha podido manifestar su parecer (58). Nosotros no creemos que la finalidad de las normas contenidas en el artículo 1.198 revelen una especial preferencia del legislador hacia el deudor cedido, ni una mayor protección de sus intereses frente a los del cesionario. Tampoco que se trate en el primer supuesto de una compensación ya producida a la que el deudor renuncia, ni en el segundo que la disconformidad con la cesión sea motivo suficiente para otorgarle una protección especial en contra de la libre circulación de los créditos, ni, por último que el desconocimiento de la cesión por el deudor cedido deba ser merecedor de favor alguno por parte del ordenamiento. ¿Por qué? Porque en principio, los créditos son transmisibles sin necesidad de conocimiento y, mucho menos, de consentimiento, del deudor cedido. El problema que se plantea en este artículo, se refiere únicamente a la compensación de créditos y a la posibilidad de oponerla cuando no existe uno de los requisitos legalmente establecidos para que opere legalmente: la reciprocidad. La pregunta que debemos formularnos es la de ¿por qué permite el legislador oponer la compensación de un contracrédito frente a aquél que no es recíprocamente acreedor/deudor de quien se lo opone?, ¿por qué se establece una regla que rompe con el requisito de la reciprocidad?, ¿por qué

(55) Vid. «Comentario al artículo 1.198», en *Comentarios del Código Civil*, op. cit., pág. 286.

(56) *Ibidem*, pág. 287.

(57) *Ibidem*, pág. 287.

(58) *Ibidem*, pág. 288.

obligar a un acreedor a ver compensado su crédito con una deuda de la que no es titular? Creemos que no se puede entender este artículo sin acudir, como se hará más adelante, a sus fuentes y creemos también que hay que tener en cuenta tres datos importantes para interpretarlo: la norma procede del Derecho francés, se encuentra situada en sede de compensación de créditos y no de cesión de derechos y habrá que remitirse necesariamente al efecto automático de la compensación para colocarse en la mente del legislador. Recurrir a los precedentes históricos y legislativos, tener en cuenta su interpretación sistemática o, en definitiva, utilizar los criterios hermenéuticos que se nos ofrecen para interpretar la norma no significa que, al final del recorrido, nos contentemos con los resultados, sino únicamente que estaremos situados en una mejor posición para intentar darle a la norma una interpretación acorde con las necesidades actuales y con el régimen legal de la cesión de créditos.

LÓPEZ VILAS (59) subrayando lo que parece ser una regulación que hace inconciliable la función de la cesión de créditos con la finalidad de la compensación, resalta un dato que en esta materia es importante: el factor tiempo. *«¿Cómo conciliar, pues la estructura y dinamismo de la cesión con el esquema dual o bilateral de la compensación y la finalidad de garantía que subyace en ésta, como causa o modo de extinción de las obligaciones, con la*

(59) Para este autor «en la medida en que la cesión de un derecho o de un crédito significa, por definición, el negocio jurídico en virtud del cual el acreedor cedente transmite al cesionario la titularidad del crédito cedido, resulta evidente que al producirse aquella (la cesión) de algún modo quedarán alteradas o afectadas las posibilidades de oponerse la compensación entre los créditos inicialmente enfrentados, pues aunque la cesión de un crédito no altera ni modifica su naturaleza y carácter y, por consiguiente, el cesionario del mismo se subroga en el lugar del cedente, sin que adquiera otros derechos, ni quede sujeto a otras obligaciones que las propias de éste, es evidente que no permanece, ni se mantiene el requisito de la reciprocidad de créditos y deudas entre los mismos titulares, exigencia inexcusable para la compensación.

Pero es que además la innegable estructura trilateral de la cesión, el sentido dinámico de la misma y el hecho de que el acreedor no necesite el consentimiento de su deudor para ceder el crédito, parecen difícilmente conciliables, en principio, con aquellos presupuestos de reciprocidad y titularidades rigurosas propias del fenómeno compensatorio, en cuanto exigencias necesarias para que ésta pueda producirse.

E incompatible parece ser también, al menos inicialmente, la idea de cesión y cambio en las personas con la finalidad de garantía que late en la compensación, ya que ésta en cuanto equivalente económico del pago, significa que el acreedor retiene para sí de modo definitivo lo que a él a su vez se le debe. El acreedor que puede compensar, podrá realizar su crédito sin necesidad de reclamaciones y sin temor a que en la ejecución de aquél se produzcan demoras, obstáculos o tercerías de mejor derecho que hagan peligrar o impidan la satisfacción del interés del acreedor. Y por su parte, el deudor que tiene la facultad de compensar extinguirá su deuda sin ningún tipo de desembolso, o lo que es lo mismo, sin efectuar materialmente la prestación correspondiente, y desde que se den las condiciones para que se opere la compensación». Vid. «Comentario al artículo 1.198», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, op. cit., págs. 446 y 447.

posibilidad de que uno de los acreedores pierda fraudulentamente la seguridad que en sí mismo y en su propia deuda tiene cuando se encuentra «en situación» de compensación? La respuesta a esta pregunta —a juicio de LÓPEZ VILAS— obliga a resaltar la importancia que en el juego combinado de cesión y compensación tiene el tiempo en que ésta se produce. Es decir, hay que dejar sentada la importancia de distinguir entre la compensación ya causada antes de que la cesión se verifique y aquella otra que, si bien arranca de obligaciones que se causaron antes de ésta, no se produce, sino después de que la misma tenga lugar, ya sea porque hasta entonces las deudas no estaban vencidas, o no eran líquidas, o no eran aún exigibles o, en suma, faltara alguno de los requisitos necesarios para la compensación». Si bien se ha de compartir la preocupación del autor ante lo que parece ser una incongruencia manifiesta entre las funciones que cumplen ambas figuras, cesión y compensación, y la regulación que de ellas se hace en el artículo 1.198, no se puede hacer lo mismo con los fundamentos que ofrece de esta norma. Para LÓPEZ VILAS, el primer supuesto contemplado en ella, la cesión consentida por el deudor cedido, encuentra su razón de ser en una renuncia por parte de aquél a oponer la excepción de compensación y a la quiebra del requisito de la reciprocidad que falta en este caso (60). En el segundo, el del deudor que conoce la cesión y no la consiente, el fundamento está en consonancia con el efecto automático de la compensación, puesto que los créditos que el deudor tuviera contra el cedente ya habrían quedado compensados, pudiendo alegar la compensación en cualquier momento, tanto frente al cedente como frente al cesionario. Pero desde el momento —dice LÓPEZ VILAS— en que al deudor le es notificada la cesión, el cedente se desvincula, deja de ser acreedor y pasa a ser tercero en la nueva relación creada entre deudor y cesionario. «Si el párrafo 2º del artículo 1.198 enseña que sólo los créditos anteriores pueden haberse compensado, es porque sólo antes de la cesión el acreedor cedente es aún «acreedor principal del otro», como dice el artículo 1.196.1º. En cambio, el deudor no podrá oponer las posteriores ya que, notificada o hecha saber la cesión, el cesionario es quien pasa a ser acreedor» (61). El tercero y último de los supuestos regulados por la norma, la cesión realizada sin el conocimiento del deudor cedido, tiene su razón de ser en la ineficacia de la cesión frente al deudor cedido. «Esta ineficacia —según el autor— es la sanción adecuada a la negligencia o, en su caso, a la malicia del cedente y del cesionario que no hacen saber la cesión al deudor. En consecuencia, el deudor podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos que tuviera frente al cedente, antes de efectuarse la cesión, y también la de aquellos

(60) Vid. «Comentario al artículo 1.198», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, op. cit., págs. 448 y 449.

(61) *Ibidem*, págs. 450 y 451.

que nacieran con posterioridad a ella, ya que mientras el deudor no tiene conocimiento de la cesión, ésta no produce los efectos debidos» (62).

Hasta aquí las tesis que mayoritaria y tradicionalmente vienen defendiendo nuestra doctrina y jurisprudencia. En este trabajo, sin embargo, no se comparten plenamente porque no explican satisfactoriamente todos los interrogantes que surgen de esta regulación de las relaciones entre compensación y cesión de créditos. ¿Se trata de una excepción al principio de automaticidad de la compensación?, ¿por qué el legislador pone su punto de mira en el conocimiento y consentimiento por el deudor de la cesión de su deuda?, ¿es que el conocimiento y el consentimiento del deudor a la cesión es elemento constitutivo para la eficacia de la misma?, ¿a qué créditos y deudas se refiere la norma cuando se refiere a los anteriores y posteriores?, ¿se trata de una regla basada en el *favor debitoris*?, ¿qué finalidad se persigue con facultar al deudor cedido a oponer en compensación un crédito que ostenta con quien ya no es su acreedor, sino sólo su deudor y sólo en lo que respecta a unas determinadas deudas? A nuestro juicio, ya se ha dicho, para comprender la *ratio* de esta norma, que sin duda es de difícil inteligencia, es conveniente acudir a las propuestas hechas en sendos trabajos por PANTALEÓN PRIETO y ROJO AJURIA, porque para resolver los entresijos de esta complicada regla del artículo 1.198 del Código Civil se sitúan en un plano distinto al tradicional.

Comenzando por PANTELÓN, porque su estudio cronológicamente es el primero que trata de este tema, hay que subrayar dos ideas iniciales que ayudarán a entender mejor los problemas ahora planteados.

La primera se refiere y critica la afirmación que hace la mayor parte de la doctrina española de que la cesión que no es conocida por el deudor cedido sólo es eficaz entre cedente y cesionario, pero no frente a aquél. De ella extraen que el deudor cedido puede compensar hasta el momento en que tenga conocimiento de la cesión y, por consiguiente, encuentran en esta idea, como se ha visto, el fundamento a las proposiciones del artículo 1.198 CC. Sin embargo, tiene razón PANTELÓN cuando niega rotundamente que para que la cesión sea eficaz, sea necesaria la notificación, y mucho menos, el consentimiento del deudor cedido, como ocurre en los ordenamientos civiles francés e italiano. El artículo 1.526.1.º de nuestro Código procede del artículo 1.457 del Proyecto de 1851 que, como informa GARCÍA GOYENA, se separó en este punto de su modelo francés para resumir el artículo 1.193 del Código Civil de Vaud. El Código Civil español habla —como advierte PANTELÓN— de «conocimiento de la cesión» por parte del deudor cedido y no de «notificación» al mismo de la cesión. Los preceptos españoles sobre la cesión de créditos, que en este trabajo han de relacionarse con la compensación (arts. 1527 y 1.198 CC), hablan de conocimiento de la cesión por el deudor cedido,

(62) *Ibidem*, págs. 451 y 452.

nada más. Esto quiere decir que no existe en nuestro Código dato normativo alguno que sirva para apoyar la tesis de que la notificación de la cesión al deudor cedido sea elemento constitutivo del supuesto de hecho de la transmisión del crédito del cedente al cesionario, antes bien todo lo contrario. A juicio de PANTELEÓN, es una grave incongruencia (en la que incurren parte de nuestros autores más reconocidos) afirmar, por un lado, la inmediata eficacia traslativa de la cesión entre el cedente y el cesionario (esto es, que desde el instante de la celebración del contrato de cesión el cesionario es el verdadero y único acreedor) y retrasar, por otro lado, la eficacia de la cesión respecto del deudor cedido al momento en que la misma le sea notificada o tenga conocimiento de ella (es decir, que hasta ese momento sigue siendo deudor del cedente). Debe afirmarse de manera rotunda que la cesión de créditos es también inmediatamente eficaz frente al deudor cedido, sin necesidad de que le haya sido notificada, ni de que haya tenido conocimiento de ella por cualquier otro medio.

En este orden de cosas —dice PANTELEÓN— si el artículo 1.527 CC libera al deudor cedido si paga al cedente, una vez realizada eficazmente la cesión, no es porque pague a quien sigue siendo para él el verdadero acreedor, sino que se libera porque, aunque paga a quien ya no lo es, lo está haciendo a un acreedor aparente. En la hipótesis del artículo 1.527 corresponde al cesionario probar que el deudor tuvo conocimiento de la cesión con anterioridad al pago al cedente, pues la demostración *prima facie* de la buena fe del deudor cedido, la prueba de la situación objetiva de apariencia en la que legítimamente pudo confiar, viene ya dada por el hecho de que no ha pagado a un «extraño» a la relación obligatoria, sino a la persona a quien, en principio, tenía perfecto derecho a seguir considerando su acreedor, siendo absurdo imaginar la existencia de un deber o carga del deudor de investigar si el crédito contra él ha sido cedido o no. El artículo 1.527 se explica como medida de protección del deudor cedido, que resulta necesaria precisamente por el hecho de que, como se deduce *a contrario* del artículo 1.526 CC, la cesión de créditos puede ser plenamente eficaz *erga omnes* sin la notificación de la misma al deudor, ni el conocimiento de ella por éste. La importancia práctica de esta interpretación de la finalidad del artículo 1.527 que lleva a cabo PANTELEÓN la explica él mismo: es la afirmación del carácter facultativo de dicho precepto, por lo que al deudor respecta. En el sentido de que, conocida la cesión, será libre de acogerse a la protección que la norma le brinda y quedar liberado frente al cesionario, o de renunciar a ella y continuar siendo deudor del cesionario (63).

Otra idea que subraya este autor y que, a mi juicio, hay que tener muy presente para entender la regulación del artículo 1.198 CC es la de que en la cesión de créditos el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho

(63) Vid. PANTELEÓN PRIETO, *Cesión de créditos*, op. cit., págs. 1063 a 1068.

que el suyo y el deudor no puede resultar perjudicado por el contrato de cesión, que no requiere para su validez y eficacia —insiste en ello— el consentimiento de aquél. De este principio se deduce necesariamente que el deudor cedido podrá oponer al cesionario que, con anterioridad al contrato de cesión, el crédito había quedado extinguido por compensación ya opuesta o declarada entre deudor y acreedor originario (64). Por otra parte, también podrá oponerle todas las excepciones que deriven de la aplicación, directa o analógica del artículo 1.527, es decir, que opuso la compensación al cedente en el momento que va desde la perfección del contrato de cesión, hasta que tuvo conocimiento de la misma (65).

Pues bien, siempre teniendo presente estas dos ideas, PANTELEÓN analiza las reglas del artículo 1.198 CC del siguiente modo:

En primer lugar, el deudor cedido *no consentidor* de la cesión podrá oponer al cesionario una situación de compensación que existiera entre aquél y el cedente *antes de la cesión* (art. 1.198.2.º y 3.º). La justificación de esta regla se encuentra en el último de los principios comentados: el cedente no puede transmitir al cesionario mejor derecho que el suyo y el cedido no puede resultar perjudicado por el negocio de cesión en el que no ha participado. En este supuesto, PANTELEÓN hace alusión a aquella situación objetiva de compensabilidad de los créditos del cedente y del deudor cedido. A créditos que antes de realizarse el contrato de cesión eran perfectamente compensables, porque reunían todos los requisitos del artículo 1.196 CC. En este caso, parece que si el deudor podía compensar y el acreedor cedió su crédito, éste debe poder hacerlo con su nuevo acreedor, porque de lo contrario el negocio de cesión le ha perjudicado claramente. Se trata de una norma de protección de los legítimos intereses del deudor cedido.

En segundo lugar, el deudor cedido podrá oponer al cesionario una *situación putativa* de compensación entre aquél y el cedente, esto es, una situación de compensación que habría existido efectivamente entre cedente y deudor cedido, de no haber sido eficaz la cesión hasta que éste último tuvo conocimiento de ella. Lo importante es que el contracrédito del deudor haya llegado a ser objetivamente compensable con el crédito cedido antes de que aquél haya tenido conocimiento de la cesión. En este supuesto se trata de que los contracréditos no eran objetivamente compensables en el momento en que se llevó a cabo el contrato de cesión, pero hubieran podido serlo de no haber

(64) Para los defensores de la tesis de la automaticidad de la compensación éste sería un buen fundamento para explicar la oponibilidad de la compensación por el deudor cedido al cesionario, una vez que se ha producido la cesión. Sin embargo, lo que no explicaría sería las diferentes distinciones que hace la norma dependiendo del conocimiento o no del contrato de cesión, puesto que si la compensación opera por la misma fuerza de la ley, sería indiferente el conocimiento o no de la cesión por el deudor cedido.

(65) *Ibidem*, págs. 1116 y 1119.

existido éste. Para que el deudor cedido pueda compensar es necesario que la situación objetiva de compensabilidad tenga lugar antes de que tenga conocimiento de la cesión de su deuda. Se está protegiendo, para algunos de forma desmesurada, las expectativas de compensar del deudor cedido. Para PANTELEÓN no es desmesurado en tanto en cuanto no hay que olvidar el perjuicio que podría sufrir el deudor cedido, inicialmente no cumplidor, que, una vez vencido su contracrédito deja de preocuparse de allegar medios con que cumplir la deuda cedida, de buscar o conservar otras vías de defensa distintas a la compensación, o de intentar de inmediato el cobro de su crédito contra el acreedor originario, que a lo peor deviene incobrable. Ha de tenerse también presente el supuesto del deudor que, tras un período de tiempo sin cumplir y desconocedor de la cesión del crédito por parte de su originario acreedor, adquiere un crédito contra éste que acaba de vencer, con la exclusiva intención de extinguir su deuda por compensación.

Llegados a este punto, PANTELEÓN va más allá de la norma y afirma que del principio de protección de la legítima confianza del deudor cedido en el mantenimiento de la posición acreedora, que inspira tanto el artículo 1.198.3.⁹ como el 1.527 CC, ha de deducirse que el deudor cedido podrá además oponer la compensación de un crédito que sólo haya llegado a ser objetivamente compensable con el crédito cedido tras el conocimiento de la cesión por el deudor, siempre que el hecho o negocio fuente del contracrédito se haya realizado con anterioridad a la obtención de dicho conocimiento y que el vencimiento, liquidez y exigibilidad del contracrédito no sean posteriores a los del crédito cedido. Se trata de proteger a quien consintió en devenir acreedor de su acreedor en atención a la cobertura que su deuda representaba, a su razonable expectativa de, en su caso, «cobrarse por compensación». O a quien consintió en devenir deudor de su deudor precisamente en atención a la cobertura que su crédito representaba, a su razonable expectativa de «pagar por compensación».

Por el contrario, PANTELEÓN no encuentra motivo alguno que justifique que se le permita al deudor cedido oponer al cesionario la compensación de un crédito contra el cedente, que derive de un hecho o negocio realizado con posterioridad al momento en que el cedido tuvo conocimiento de la cesión. Tampoco si se ha realizado antes, pero el crédito tiene un vencimiento posterior a dicho conocimiento y al vencimiento del crédito cedido (66).

Hasta aquí, la interpretación de PANTELEÓN del artículo 1.198 CC que, a mi juicio, se destaca por explicar satisfactoriamente alguna de las contradicciones que a primera vista parecen desprenderse de la regulación de la compensación en la cesión de créditos y por ser armónica con los principios que ambas instituciones jurídicas poseen. Como se puede observar, este autor no

(66) *Ibidem*, págs. 1119 a 1123.

recurre a la diferencia entre la tesis de la automaticidad de la compensación y la de la necesaria declaración de compensar. Las claves para entender esta regulación se encuentran en el momento de la cesión y del conocimiento de la misma por el deudor cedido (derivada del principio de protección de la confianza legítima del deudor en el mantenimiento de la posición acreedora) y en el momento en el que los créditos han devenido compensables.

Estos dos tiempos diferentes, el de la cesión (en sus variables *momento de la perfección del contrato* y *momento de conocimiento de la cesión por el deudor cedido*) y el de la compensación (en sus dos variables: *momento de compensabilidad de los créditos* y *momento de oposición de la compensación*) son también los puntos de partida de la interpretación de ROJO AJURIA a las reglas contenidas en el artículo 1.198 CC (67), aunque parte del principio de la protección de la norma a la situación objetiva de compensabilidad. Es decir, en las reglas prescritas por el legislador en el artículo 1.198 se denota una preferencia a la protección de aquella situación de compensación que tiene lugar cuando los contracréditos reúnen todos los requisitos legales de compensación contra los intereses del cesionario.

El primer supuesto analizado por este autor es el de que *la situación objetiva de compensabilidad tiene lugar después de la cesión del contrato pero antes de que el deudor cedido tenga conocimiento del mismo* (antes de la cesión del crédito simplemente existía una concurrencia de créditos que no cumplían los requisitos legales para la compensación). ¿Puede compensar el deudor cedido frente al cesionario? Estamos en presencia de la regla 3.^a del artículo 1.198 y no ante el 1.527. En el caso planteado el deudor ni ha pagado, ni ha opuesto la compensación, no ha hecho nada. Por ello hay que preguntarse —dice ROJO— si ha de premiarse la mera inactividad del deudor. ¿Por qué razón lo hace, por ejemplo, el artículo 1.198 CC? Tradicionalmente se ha alegado el funcionamiento automático de la compensación y que los contracréditos habrían quedado compensados antes de que el deudor cedido tuviera conocimiento de la cesión del crédito. En realidad, este conflicto de intereses entre el cesionario y el deudor se resuelve en favor del deudor porque, dentro de las distintas hipótesis posibles, se opta por dar relevancia al momento de compensabilidad y al momento de conocimiento de la cesión por el deudor. No es relevante que el deudor no haya opuesto la compensación ya que ésta tiene efectos automáticos. Sin embargo, como ROJO hace notar, más allá del recurso al *ipso iure compensatur*, la solución descansa fundamentalmente en la tutela de la situación objetiva de compensación y en la asimilación de la compensación al pago (cuando se puede pagar se puede compensar) (68).

(67) Vid. *La compensación como garantía*, op. cit., págs. 83 y ss.

(68) *Ibidem*, págs. 84 y ss.

El segundo supuesto tratado por ROJO es el de *que la situación objetiva de compensabilidad tiene lugar después del conocimiento por el deudor de la cesión del crédito, y antes sólo existía una mera coexistencia de créditos* (porque no cumplían los requisitos legales para compensarse). ¿Podrá el deudor cedido oponer en compensación frente al cesionario el crédito que tenía contra el cedente, a pesar de que los requisitos de compensación se han dado después de conocer la cesión? Para ROJO la respuesta ha de ser negativa, aunque es consciente que la solución no será del gusto de todos. Para aquellos que tomen el problema desde la perspectiva de la compensación como garantía estimarán que el deudor, desde el momento en que coexisten ambos créditos, tiene una seguridad en sí mismo y en su propia deuda. En este sentido, esta insatisfacción aumenta si se considera que puede perder «fraudulentamente» tal seguridad mediante la cesión del crédito a un tercero. Ahora bien, si se prescinde de este punto de partida, la seguridad de la compensación es una mera esperanza, porque si un acreedor, en su legítimo derecho, transmite su crédito, la compensación no se producirá (69).

ROJO, en su explicación del artículo 1.198 CC parte de un dato que a su juicio es necesario recalcar: se trata de una norma que surge para resolver una cuestión planteada por la propia regulación de la compensación. La cesión de créditos es un acontecimiento externo cuya incidencia sobre la compensación se ha de determinar y no a la inversa: no es una norma sobre la oponibilidad de excepciones en la cesión de créditos (70). En el caso de que la situación objetiva de compensación fuese anterior a la cesión y a su posterior conocimiento por el deudor ¿se le dirá a éste que ya es demasiado tarde para oponer la compensación, porque se ha roto la reciprocidad?, ¿o le contestamos al cesionario que el crédito ya se había extinguido antes de la cesión? El artículo 1.198, buscando un equilibrio entre las posiciones del deudor cedido y del cesionario, establece como criterio para resolver el conflicto de intereses el consentimiento de la cesión por el deudor. Si se da tal consentimiento, se tutela al cesionario y el deudor no puede oponer la compensación. Si no hay consentimiento prevalece la tutela de la situación objetiva de compensabilidad.

En el análisis *del primer párrafo del artículo 1.198 CC* (consentimiento a la cesión por el deudor cedido) que hace ROJO, pone de manifiesto como casi toda la doctrina encuentra su explicación en una renuncia del deudor a la compensación. Renuncia que se plantea como necesaria para salvar la incoherencia de esta norma presente en todos los ordenamientos en los que se establece el efecto automático de la compensación (porque de lo contrario la compensación se habría producido y se habría producido la cesión de un crédito inexistente). Sin embargo, esta perspectiva —a juicio de ROJO— os-

(69) *Ibidem*, págs. 87 y ss.

(70) *Ibidem*, págs. 90 y ss.

curece el verdadero interés tutelado por la norma: la posición del cesionario. Para explicar el verdadero sentido de la norma es preciso invertir los términos. La renuncia ha de plantarse como un medio para evitar el perjuicio del cesionario y no como un fin. El silencio del deudor cedido hace referencia a la compensación: el deudor que consiente pura y simplemente la cesión que su acreedor hace a otro, y no se reserva ni hace mención alguna de la excepción de compensación que le asistía, no puede después oponerla, porque con su conducta ha generado una confianza en el cesionario que es preciso proteger. ¿En qué puede confiar el cesionario? En que el deudor no va a utilizar un crédito suyo contra el cedente para extinguir el crédito del cesionario. Se trata, según ROJO, de una regla excepcional y más dura con el deudor cedido, porque la confianza que ha suscitado la aceptación de la cesión por el deudor, resolviendo el conflicto de intereses entre el deudor y el cesionario en el caso concreto de la compensación, se limita a establecer que quien ha aceptado la cesión no puede alegar la extinción de tal crédito utilizando otro crédito que el deudor tenía contra el cedente (obsérvese que en esta explicación el autor se deja llevar por la tesis de la automaticidad de la compensación) (71).

En los dos últimos párrafos del artículo 1.198 CC se regula el supuesto en que *el deudor no consiente la cesión*. En el párrafo 2.º la cesión y el conocimiento son simultáneos y en el 3.º el conocimiento de la cesión es posterior a su perfección. Para ROJO el tercer párrafo del precepto tutela las situaciones objetivas de compensabilidad producidas antes del conocimiento de la cesión por el deudor que se justifica desde el efecto automático (pero también desde el efecto retroactivo) y desde la lógica de la compensación como pago al acreedor aparente con efectos liberatorios. La reciprocidad como requisito de la compensación en los supuestos de artículo 1.198.2.º y 3.º se mantendría hasta el momento de la cesión del crédito, pero hasta el momento de su conocimiento por el deudor cedido estaríamos ante una reciprocidad aparente para el deudor de buena fe, que confía en que el cedente es su acreedor. La situación objetiva de compensabilidad se basa entonces en una *apariencia de reciprocidad* para el deudor de buena fe o, si se prefiere en una situación putativa de reciprocidad (72). «*La lógica del pago y la eficacia operativa de la compensación en nuestro ordenamiento —afirma ROJO— explican suficientemente el artículo 1.198. Basta con que en algún momento el deudor haya podido creer de buena fe que se ha producido una situación de compensación entre él y su originario acreedor y que, consiguientemente, ya no tendrá que preocuparse del pago de su deuda o del cobro de su crédito. Sería absolutamente ilógico privarle posteriormente de la posibilidad de oponer tal compensación, además de una fuente de fáciles fraudes: bastaría la cesión*

(71) *Ibidem*, págs. 92 y ss.

(72) *Ibidem*, págs. 97 y ss.

del crédito para perjudicar ostensiblemente al ocioso deudor que dormía en los laureles del ipso iure compensatur (73).

Hasta aquí, las tesis mantenidas hasta el momento por los autores que han tratado de dar una explicación satisfactoria a esta nueva excepción a las reglas generales de la compensación.

Nosotros, sin embargo, creemos que la *ratio* de la norma es una sola para las tres reglas. El problema al que hay que dar solución, si es que la hay, es al del motivo que ha guiado al legislador a facultar a un deudor a oponer en compensación a su acreedor (que es ya el cesionario) un **contracrédito** que ostenta frente a otra persona (el cedente). En realidad, las excepciones al principio de la reciprocidad como requisito de la compensación sólo aparecen en el párrafo 3.º del artículo 1.198, puesto que parece claro que cuando existe una cesión de créditos, existe un cambio de acreedor y, por consiguiente, a partir de ese momento no se podrá oponer una compensación que no cumpla los requisitos legales. Con la notificación de la cesión al deudor cedido se le está permitiendo optar entre oponer o no la compensación del contracrédito que hasta ese momento ostenta contra el cedente. Si acepta la cesión está claro que renuncia a la compensación, puesto que de lo contrario la opone y extingue el crédito cedido. Ahora bien, tampoco el párrafo 2.º del artículo 1.198 «5/ el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella pero no de las posteriores», parece que plantee un problema de gran envergadura, ya que regula la otra cara de la moneda del primer párrafo. Si al conocer la cesión no la consiente, no desea continuar el vínculo obligatorio con un nuevo acreedor, puede extinguirlo oponiendo en compensación la deuda que en ese momento tiene frente al cedente. En este caso, al igual que en el anterior en realidad el momento de la cesión coincide con el momento del conocimiento. En ese preciso momento es en el que el deudor puede, si no está de acuerdo con la cesión, con ser deudor de un nuevo acreedor, utilizar el mecanismo de la compensación para liberarse de su obligación y no continuar vinculado a la nueva persona del acreedor cesionario. Si no opone la compensación, posteriormente no podrá hacerlo (1.198 1.º CC), porque se habrá entendido que la consintió. En el último párrafo del precepto es también el momento del conocimiento de la cesión el criterio para permitir al deudor cedido oponer o no en compensación el contracrédito que tuviese contra el cedente. En el tercer párrafo (no se pone en conocimiento del deudor la cesión hasta después de realizada) el legislador vuelve a insistir en la misma idea: con el conocimiento de la cesión el deudor podrá optar entre oponer la compensación del crédito que tenga frente al cedente o no oponerla.

(73) *Ibidem*, pág. 100.

Lo dicho hasta ahora quiere servir, no para negar las posturas de los autores sobre la interpretación adecuada y la *ratio* de esta norma, sino simplemente para hacer ver que en realidad el criterio establecido por el legislador en sede de compensación es el del conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido. En los dos primeros párrafos éste conoce la cesión simultáneamente a su perfección y, se le permite compensar con el contracrédito que ostenta frente al cedente. Aquí, es donde se discrepa de parte de la doctrina que estima que las deudas a que hace referencia el precepto son a las nacidas antes del conocimiento de la cesión, aunque no reúnan todavía los requisitos de compensabilidad. A mi juicio, para que el deudor cedido pueda compensar es necesario que en el momento en que conozca la cesión pueda legalmente hacerlo. La norma, como afirma ROJO AJURIA, es una norma sobre compensación y, por consiguiente, protege las situaciones de compensación. El deudor puede compensar todo crédito que ostente contra el cedente y que esté en situación de compensarse en el momento en que tenga conocimiento de la cesión. La regla del último párrafo es clara a este respecto: Las anteriores a la cesión y las posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión (74).

El problema al que ahora hay que enfrentarse es al de por qué razón el legislador ha puesto su punto de mira, ha establecido como criterio límite del ejercicio de la compensación en el conocimiento del deudor de la cesión. Una razón puede ser, como afirma PANTELEÓN, la de que con la cesión del crédito no se puede transmitir mejor derecho que el que tenía el acreedor originario, ni perjudicar al deudor cedido, por ello, en cuanto conozca o se le haga saber la cesión (que son dos cosas distintas) y ésta le perjudique, podrá liberarse de la obligación compensando. Otra razón, puede ser la que pone de manifiesto ROJO de que el legislador opta por hacer prevalecer la situación de compensabilidad frente a otro tipo de intereses. En este punto, se coincide plenamente con el autor en que también se protegen los intereses del cesionario de no encontrarse posteriormente con una compensación desconocida (75). También hay que tener en cuenta, la finalidad de estas reglas de evitar que el deudor cedido vea frustrada su facultad de compensar, con un crédito que reúne todos los requisitos, por una cesión fraudulenta de su deuda. Incluso, hay que volver a subrayar que si bien en lo que se refiere a la cesión de créditos nuestro Código Civil se separó de la regulación francesa para adoptar la del Código de Vaud, la norma en examen, es decir, el artículo 1.198 sobre la compensación en la cesión de créditos sigue el 1.295 francés. Por ello, se puede pensar que si el precepto habla de hacer saber la cesión, por un lado, y de tener conocimiento de la cesión, por otro, es porque, tomada la norma del Código Civil francés, en éste la

(74) *Ibidem*, págs. 102 y ss.

(75) *Ibidem*, págs. 92 y 93.

notificación de la cesión es un requisito constitutivo para la eficacia de la misma. Sea como fuere, y teniendo todas estas razones en cuenta, lo cierto es que lo que no se puede compartir de la teorías anteriores es que exista una renuncia implícita a la compensación en el primero de los supuestos. Si existe una renuncia es explícita. El deudor cedido a quien se le hace saber la cesión y no compensa, pudiendo hacerlo, ha renunciado a la compensación. Es igual que sin existir cesión, puede compensar y no lo hace. Si decide compensar, podrá compensar deudas compensables anteriores, porque posteriormente no se dan los requisitos legales para la compensación. Si el deudor desconoce que se ha producido la cesión, porque cedente y cesionario no han cumplido con la carga de notificárselo (notése que digo carga y no obligación), es justo que se siga protegiendo la situación de compensabilidad hasta ese momento. Posteriormente no podrá oponer la compensación, ni siquiera de créditos que nacidos con anterioridad a la cesión o a su conocimiento por el deudor, reúnan los requisitos de compensabilidad después de conocerla. En ninguno de estos casos, a diferencia de lo que opina ROJO, creo que se esté en presencia de una compensación como pago, sino más bien ante una compensación como garantía. El deudor que confía en ejercitar en cualquier momento la compensación, no puede verse privado de esta posibilidad por un hecho al que él es ajeno y en el que nada tiene que decir. Si efectivamente la cesión de créditos es eficaz desde la perfección del contrato, es justo o por lo menos equilibrado para los intereses en conflicto que no vea mermados los derechos que poseía con anterioridad, ni que se vea perjudicado por un negocio en el que no toma parte. Estas reglas favorecen a las tres partes en conflicto: al deudor cedido porque se le otorga la posibilidad de liberarse de su obligación mediante la compensación; al cesionario, porque, a partir del momento en que el deudor conozca la cesión, no podrá oponer en compensación un contracrédito del que aquél (el cesionario) no es deudor; y al cedente, porque también desde ese instante se resuelven los problemas que tenía para transmitir su crédito. Quizá, por todos estos motivos el haber fijado el criterio delimitador en el conocimiento por el deudor de la cesión (que en las manos del cedente y del cesionario queda el poder adelantarlo mediante una oportuna notificación) sea el más justo para resolver los conflictos que la cesión plantea en orden a la posibilidad de compensar.

III. LOS SUPUESTOS NO REGULADOS LEGALMENTE

Hasta este momento se han analizado los tres supuestos en los que el Código Civil hace una excepción a los requisitos necesarios para la compensación de créditos: la del fiador (art. 1.197), la situación creada por la cesión del crédito (art. 1.198) y la de la solidaridad pasiva (art. 1.143). Ahora, de acuerdo con el planteamiento que se había propuesto al inicio de este trabajo,

se debe comprobar si estas tres situaciones admitidas como excepción en el Código lo son en efecto o se puede todavía añadir alguna más.

Siguiendo este orden de ideas, hay que estudiar el supuesto general del *tercero legitimado para pagar una deuda ajena* y preguntarse si este tercero que puede pagar porque está legitimado en el artículo 1.158 CC, puede compensar con un contracrédito que ostente frente al acreedor; y, en segundo lugar, si ese mismo tercero (que no dispone de contracrédito o no desea utilizarlo) puede ejercitar la excepción de compensación cuando ésta puede producirse entre el acreedor y el deudor por existir un contracrédito del deudor contra el acreedor (porque el deudor no lo haya hecho, haya renunciado o convencionalmente hayan pactado su exclusión). Este supuesto general de pago por tercero debe estudiarse necesariamente diferenciando los siguientes casos: A) el del tercero que *puede* pagar la deuda ajena, aunque no tenga ningún interés en el cumplimiento, es decir, que libre y espontáneamente paga la deuda ajena; B) El del tercero que tiene la *autorización o encargo* del deudor para pagar la deuda (mandato de pago, orden de pago y de delegación de pago); C) El tercero que *está obligado* al cumplimiento: 1.^o) asunción de deuda por el tercero que, consentida por el acreedor, libera al deudor originario y la asunción de deuda cumulativa; 2.^o) La delegación promisorio o de deuda; D) Aquellos supuestos en los que el tercero *tiene derecho a pagar* y pagando se subroga en la posición crediticia, que se dividen a su vez en: 1.^o) el supuesto del tercero, constituyente de prenda o hipoteca en garantía de deuda ajena (fiador real), que paga al acreedor pignoraticio o prendiario; y 2.^o) el del acreedor que paga al acreedor preferente. E) Por último, se debe examinar el caso del *contrato a favor de tercero*. En este último cabe preguntarse si el promitente puede oponer al beneficiario la compensación de lo que le debe el estipulante y también si puede hacerlo con un crédito que ostente frente al beneficiario por otra causa.

Antes de pasar a estudiar cada una de las situaciones propuestas hay que hacer una advertencia. Si hasta este momento el análisis de la compensación contaba con cierto respaldo legal (se podía acudir a las normas del Código Civil) y con el de los trabajos doctrinales y la elaboración jurisprudencial, ahora nos encontramos ante un terreno yermo del que nada se dice en los textos legales y poco se profundiza en los estudios de los autores que han tratado el tema. Sucede que aquellos que se dedican a profundizar la compensación se ciñen a los supuestos previstos en el Código Civil y demás leyes especiales y no amplían el campo de estudio a la posibilidad de que se pueda extender el ejercicio de la compensación legal a otros supuestos. Los que, por su parte, profundizan sobre las figuras que aquí se pretenden estudiar, es decir, pago por tercero, mandato de pago, asunción de deuda, delegación, etc., no analizan el caso concreto del ejercicio de la compensación, sino todo lo más hablan en general de la oponibilidad o no de las

excepciones. Por todo ello, se hace conveniente advertir que en este trabajo sólo se pretende llamar la atención sobre la necesidad de extender a estos supuestos el planteamiento tradicional de la compensación, puesto que en estos casos parece que la práctica del tráfico jurídico ha ganado la mano a la dogmática.

Ya se expuso al inicio de este trabajo la necesidad general de revisar los postulados sobre los que se asienta la figura de la compensación, porque la realidad del tráfico jurídico y las bases económicas sobre las que se asienta no son las mismas que aquellas sobre las que se edificó su regulación. El funcionamiento del tráfico hoy en día es mucho más complejo e intervienen en él una pluralidad de sujetos que entretejen la más variada gama de relaciones jurídicas. El crédito actualmente es un bien, como el derecho real, que tiende a circular y que exige su transmisión para hacerlo un instrumento eficaz del comercio y de desarrollo de la economía. Sirva como ejemplo el que utiliza MICCIO para ilustrar esta exigencia en materia de exportación e importación internacional de mercancías puesto que se desarrolla generalmente de manera triangular. El empresario A, residente en Roma ha vendido una determinada mercancía a B, empresario londinense, adquiriendo al mismo tiempo una determinada mercancía de C, residente también en Londres, por una misma suma de dinero. Es evidente que una orden de A a B de pagar directamente a C el importe de su deuda con A constituye la manera más simple, rápida y económica para extinguir las dos relaciones obligatorias (76). Sin embargo, como explica este mismo autor, si bien la utilidad económica de este tipo de operaciones es clara, no es igualmente fácil y simple justificar jurídicamente la sustitución de las partes de una relación de crédito nacido originariamente entre dos sujetos bien determinados. Existe en este sentido una clara diferencia entre el derecho real y el derecho de crédito, puesto que el objeto del primero es un bien que pertenece de modo absoluto a un determinado sujeto, quien puede disponer de él a su gusto, e incluso, enajenarlo, sin embargo el objeto del derecho de crédito es un bien que para realizarse definitivamente necesita no solo del comportamiento de otro sujeto (el deudor), sino de un sujeto determinado. La relación de crédito es personal y con el cambio de los sujetos se altera sustancialmente, en cuanto que deviene diverso del originario. De esta inadaptabilidad de la relación de crédito a la circulación de su contenido se ha culpado desde siempre a la ciencia jurídica de los romanos y que los Códigos napoleónicos han heredado. Sin embargo responsabilizar por entero a estas concepciones antiguas del vínculo obligatorio no es del todo justo. Como afirma MICCIO, las razones de orden práctico también deben ser tenidas en consideración, puesto que aceptar sin más un cambio de los sujetos o cualquier mutación de una relación que

(76) Vid / *diritti di credito*, vol. I, Turín, 1971, pág. 382.

originariamente estaba plenamente identificada en todos sus elementos, que era cierta, consensuada y bilateral, es aceptar una deformación de todo el negocio. Aceptar el pago de una suma de dinero de un tercero en vez de del deudor puede que no sea del todo indiferente para el acreedor o la sustitución del acreedor puede contravenir el interés del deudor (77).

Pues bien, son estas las premisas de las que se parte en el análisis de estas nuevas hipótesis que se han propuesto de compensación por terceros. No hay duda que, cuando un tercero hace su aparición en una relación obligatoria, bien obligándose a pagar, bien asumiendo una orden de pago, bien en virtud de un mandato o de una delegación, etc., son por regla general las partes implicadas las que pactan los límites a su actuación. Si el tercero puede compensar o no con su propio contracrédito o con el de la persona por la que paga es algo que, en principio, queda al arbitrio de la autonomía de la voluntad, a la libertad de pactos de las partes. Sin embargo, creemos que no está de más estudiar, si además de admitirse en estos casos una compensación convencional, puede hablarse de una compensación legal. Nadie duda de que estos terceros a los que se hace referencia, bien *ex lege*, bien *ex pacto*, pueden, deben o tienen derecho a pagar la deuda ajena, pero ¿pueden compensar?

1.º EL TERCERO QUE «PUEDE» PAGAR UNA DEUDA AJENA

El supuesto que ahora se contempla es aquel en el que paga la deuda el tercero, que no tiene relación alguna con la obligación contraída por el deudor, ni grado alguno de participación en ella. Se trata de un *solvens* que no es codeudor, ni fiador, ni delegado, ni mandatario, ni acreedor del mismo deudor. Se trata de un *solvens* que no tiene interés en el cumplimiento, sean cuales sean los móviles que le lleven a querer pagar la deuda ajena.

Pues bien, para resolver el problema que nosotros planteamos, es decir, si en vez de pagar puede compensar, hay que tener en cuenta —como acertadamente explica Díez-Picazo— que la justificación de la regla general de la admisibilidad del pago por un tercero y de su excepción radica en la idea del cumplimiento, entendido como satisfacción del interés del acreedor: si el interés del acreedor encuentra satisfacción con una prestación objetiva, la deuda debe quedar pagada, quien quiera que sea el *solvens*. Pero esta consideración no puede oscurecer el hecho de que el tercero que pretende llevar a cabo el cumplimiento se interfiere en una relación jurídica que rigurosamente le es ajena (78). No se debe olvidar que la regla que permite el pago por cualquier persona, extraña o no a la relación obligatoria, constituye una

(77) Vid. / *diritti di credito*, vol. I, op. cit., pág. 383.

(78) Vid *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 481.

excepción al carácter personal de las relaciones de crédito, cuyos efectos y relevancia está limitada a las partes. La circunstancia de que el tercero, al fin y al cabo, se inserta en el lado pasivo de la relación atenúa, pero no destruye, el hecho de que está disponiendo de una deuda que ha surgido entre otros y que debería pagar el deudor que la ha contraído. Se trata además, ya se ha dicho, de una intervención espontánea y autónoma, en el sentido de que el tercero actúa por su propia cuenta y en su propio interés y no se puede pensar que el pago del tercero sea un subrogado del cumplimiento porque se concilia mal con la regla que excluye la necesidad del consentimiento del acreedor. Si en verdad se tratase de realizar el interés del acreedor en un modo distinto al previsto en la obligación (subrogado del cumplimiento), no se podría prescindir de ese consentimiento (79). En este orden de cosas cabe preguntarse si el acreedor podría refugiarse en la norma del artículo 1.161 y negarse justificadamente a una compensación con el contracrédito del tercero.

Si se consideran estas dos ideas: que se permite pagar en atención al interés del acreedor de ver satisfecho su derecho de crédito, aunque ello signifique una intromisión en los asuntos ajenos, habrá que preguntarse si compensar satisface igualmente el interés del acreedor, de tal manera que permita eludir el hecho de la intromisión por el *solvens* en relaciones jurídicas de las que no forma parte. La compensación, se dice generalmente que es un modo abreviado de pago o un pago sin desplazamiento, sin embargo, parece más bien que estos tópicos están pensados para los casos en que la compensación se lleva a cabo entre dos sujetos que son recíprocamente acreedores y deudores. En nuestro caso, el *solvens* es un tercero, ajeno a la relación obligatoria, que pretende utilizar el contracrédito que ostenta frente al acreedor para liberar al deudor de su obligación. ¿Se debe permitir que el *solvens* ejercite la compensación como pago? No está de más recordar que se habla de una compensación legal y no convencional, que se trata de que el tercero emita una declaración de voluntad de compensar para que, sin contar con el consentimiento de deudor y acreedor, se entiendan extinguidas las deudas (la del acreedor con el tercero y la del deudor con el acreedor). ¿Se puede afirmar que el tercero que puede pagar puede *obligar a compensar* al acreedor y a liberarse al deudor?

En este punto se debe hacer hincapié en un dato que, a mi juicio es revelador: el artículo 1.158 CC legitima a «cualquier persona» a pagar una deuda ajena, y sin embargo, la regla general que se extrae del artículo 1.195 del CC es que un tercero no puede compensar con un crédito propio una deuda ajena. Si la compensación fuera equivalente o tuviera la misma finalidad ¿no se legitimaría igualmente con carácter general a cualquier persona a compensar su crédito para liberar de su deuda al deudor? ¿Se puede afirmar

(79) Vid. MICCIO, / *diritti di credito*, vol. I, Turín, 1971, pág. 164.

que la compensación es igual al pago? ¿Se puede decir que si se puede pagar una deuda ajena, se puede compensar?

Para contestar estos interrogantes no está de más recordar que es necesario distinguir la función compensatoria de la solutoria o lo que es lo mismo la compensación del cumplimiento. En este orden de cosas, se comparten plenamente las palabras de PERLINGIERI cuando crítica las tentativas de los autores de identificar la compensación con el pago y que agotan todo el concepto y la función de la compensación con la simple afirmación de que se trata de una forma especial de pago, de un pago ficticio, de un autopago, etc. Compensación y cumplimiento no son equivalentes. Mientras que el cumplimiento ejecuta la obligación y, por lo tanto, la extingue, la compensación la extingue evitando el cumplimiento. Es una extinción «satisfactiva» porque lleva a cabo, por decirlo de alguna manera, un cambio recíproco de extinciones, en tanto en cuanto un sujeto evita cumplir y es liberado, pero pierde el derecho a exigir del otro el cumplimiento por la cantidad concurrente de la que es a su vez acreedor. Si se mira desde esta perspectiva, y creemos que así hay que hacerlo, se deben rechazar esas asimilaciones entre la compensación y el pago que es tan propensa a hacer la doctrina y la jurisprudencia. La función de la compensación es extintiva. Se lleva a cabo mediante la extinción recíproca de dos obligaciones en las que los sujetos detentan una situación de obligados principalmente entre ellos. Se trata de que con su ejercicio se satisfaga el interés de cada uno de los sujetos implicados. De este modo —dice PERLINGIERI— a la extinción de la deuda de uno le corresponde la extinción de la deuda del otro. No existe una extinción de la obligación, y basta, ni extinción de una obligación con la constitución de otra nueva que pretende ocupar el puesto de la primera (que sería el caso del tercero que sin tener interés en el cumplimiento paga la deuda ajena), sino de la extinción de una obligación frente la extinción de la otra recíproca. Hay extinción de una porque, y en tanto en cuanto, hay extinción de la otra (80). Vistas así las cosas, ¿se puede decir que permitiendo al tercero compensar se da la satisfacción recíproca de los dos sujetos obligados recíprocamente? No lo parece.

Pues bien, aunque se defendiera que en algunos casos la compensación es asimilable al pago, aunque se pudiera afirmar como se viene haciendo (y seguramente más por su utilidad académica que por el fondo de verdad que pueda haber en esta aseveración) que la función de «pago» que cumple la compensación es innegable en algunos supuestos (a mi juicio, única y exclusivamente en los que reúnen los requisitos del artículo 1.195), creemos que, ni es su finalidad más destacada, ni es igual al pago sino solamente asimilable

(80) Vid PERLINGIERI, «Modi di estinzione della obbligazione diversi dall'adempimento», en *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Roma-Bolonia, 1975, págs. 269 y 273, y MICCIO, / *diritti di credito*, vol. I, op. cit., pág. 464.

a éste, y subrayo, única y exclusivamente en aquéllos supuestos (aunque también es defendible que hay extinción sin pago, como ocurre en los demás modos de extinción de las obligaciones a que se refiere el artículo 1.156 CC). El pago cumple esencialmente la función de satisfacción del interés del acreedor, que tiene lugar mediante la exacta y tempestiva ejecución de la prestación. La compensación, por su parte, es un medio solutorio, un modo de extinguir las obligaciones diverso del pago o cumplimiento. Con la compensación no se cumple, pero se extingue la obligación, ¿por qué?, porque se considera inútil obligar a un sujeto a pagar una suma que luego debe recibir de la misma persona a quien se la ha dado. Se trata de evitar operaciones y desplazamientos inútiles, nada más. Es preferible para evitar rodeos y reclamaciones que ambos sujetos como acreedores se *dén* por pagados y como deudores vean extinguidas sus respectivas obligaciones. Sólo desde esta perspectiva recíproca, de «recíproco cumplimiento» se puede hablar de compensación como pago, pero no se puede extender la analogía, o más bien, la ficción, más allá.

Algún autor italiano que ha tratado este tema al estudiar el pago por tercero afirma que en la hipótesis que aquí se ha planteado, suponiendo que el tercero estuviera facultado para compensar con su propio contracrédito la deuda ajena sólo se podría dar la compensación en un sentido meramente descriptivo con el fin de evidenciar que su mecanismo es similar al negocio compensatorio consistente en la extinción de dos obligaciones sin que exista ningún tipo de desplazamiento patrimonial. Sin embargo, desde un punto de vista constructivo esta figura se aproxima a la *datio in solutum* del tercero (81), entendida ésta en sentido amplio. El tercero no estaría cumpliendo la prestación pactada, sino que estaría satisfaciendo al acreedor con un *aliud*.

Desde este punto de vista, desde la afirmación razonada de que en realidad la compensación no es igual al pago o cumplimiento, no parece oportuno admitir que cualquier persona, que no tiene interés en la obligación, pueda interferirse en una relación jurídica ajena y libere al deudor (que puede conocer, desconocer, aprobar o desaprobado tal operación), obligando al acreedor (que es su deudor por otra causa) a compensar el crédito que tiene frente al deudor con lo que le debe al tercero.

Pero si, además, se considera la función de autotutela que tiene la compensación se llega a la misma conclusión. No es sólo que puede estar quitándole al deudor la posibilidad de compensar un crédito que él ostente frente a su deudor (y que, por ejemplo, deba esperar a que sea líquido o a que venza el término), sino que puede estar obligando al acreedor a renunciar a una situación crediticia que le puede convenir o, simplemente puede preferir continuar siendo deudor del tercero pero acreedor del deudor cuya obligación

(81) Vid. NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Camerino, 1936, pág. 254.

se pretende extinguir mediante compensación. La función de seguridad o de garantía que cumple la compensación es clara: mientras un deudor ostente un crédito frente a su acreedor tendrá un medio de defensa frente a las reclamaciones extemporáneas de éste. Ahora bien, en el caso de que se admitiera la posibilidad de compensar de un tercero ajeno a la relación obligatoria, esta garantía desaparecería y además, el deudor no se vería en caso alguno liberado de su obligación, sino obligado frente a una persona distinta a la originaria con la que ni siquiera ha tenido relación alguna (caso de ignorancia o desaprobación del pago por tercero), bien por un derecho de reembolso, bien por una situación de subrogación en los derechos y acciones que el acreedor originario ostentaba frente a él, bien por la acción de enriquecimiento que asiste al *solvens* para el caso de que hubiera pagado contra la voluntad expresa del deudor. ¿Conviene entonces admitir que el tercero, dado que puede pagar según lo dispuesto en el artículo 1.158, puede compensar?, ¿los efectos son los mismos?, ¿se cumplen las previsiones acerca de la finalidad de la compensación?, ¿y las del pago por tercero? En nuestra opinión, al menos se debe negar la posibilidad de que «cualquier tercero» que no tenga interés en el cumplimiento de la obligación ajena pueda compensar y liberar de este modo al deudor sin su consentimiento.

Hasta ahora se ha hablado de un tercero que carece de interés en el cumplimiento de la obligación y que no goza de la autorización del deudor para realizar el pago/compensación. Sin embargo, esta afirmación debe revisarse tanto en el caso de que el tercero tenga interés en el cumplimiento (delegación de deuda, asunción de deuda, fiador real o acreedor ordinario que paga a un acreedor preferente) como en el supuesto de que tenga el consentimiento, la autorización o una orden del deudor para pagar (mandato de pago, delegación de pago, orden de pago o simplemente que conozca la intención del tercero y lo apruebe tácita o expresamente).

2.-^o EL TERCERO QUE TIENE LA AUTORIZACIÓN, ORDEN O ENCARGO DE PAGAR LA DEUDA

Se plantean ahora los supuestos en que el tercero ha recibido el *mandato de pago* por parte del deudor, ha recibido una *orden de pago* del deudor o ha existido una *delegación de pago*. Para resolver los problemas que en estas relaciones triangulares origina el ejercicio de la compensación es imprescindible distinguir de antemano estas tres figuras, porque en muchas ocasiones, tienden a confundirse. La característica esencial que une a estas figuras, que por ello se tratan unitariamente en este epígrafe, es la de que la intervención del tercero no modifica subjetivamente la relación obligatoria, no existe un cambio de deudor o una novación del sujeto pasivo, sino la aparición de un

solvens que en virtud de un mandato, una orden o un *iussum* del deudor asume el encargo de pagar o cumplir la obligación. En estos tres supuestos el tercero no se constituye en obligado frente al acreedor, sino que debe ejecutar una prestación a su favor.

Tal como dice BIGIAMI, existe *delegación* cuando Cayo (delegado) por invitación de Ticio (delegante), que toma a su cargo las eventuales consecuencias pasivas de la operación, asume en nombre propio una determinada obligación frente a Sempronio (delegatario) a quien se le da a conocer de un modo u otro la delegación hecha por Ticio, o bien efectúa una prestación en favor de Sempronio, quien la recibe como si proviniese de Ticio. En el primer caso, nos encontramos ante una delegación de deuda (*delegado promittendi*) y en el segundo, ante una delegación de pago (*delegado solvendi*). De este modo, si, por ejemplo, Ticio (delegante) es acreedor de Cayo (delegado) y deudor de Sempronio (delegatario), con una sola prestación (la de Cayo a Sempronio) se extinguen dos relaciones obligatorias, llevándose a cabo la llamada «prestación indirecta», o bien si así lo han querido los interesados, la eventual obligación de Ticio con Sempronio se sustituirá (por efecto de la novación) o se unirá una obligación de Cayo con Sempronio (delegación liberatoria y delegación cumulativa) (82). Sin embargo, no es necesario que entre las partes de la delegación exista algún vínculo obligatorio preexistente, salvo naturalmente entre delegante y delegatario que serán entre ellos deudor y acreedor respectivamente (83).

En este epígrafe lo que nos interesa es la *delegación de pago (delegado solvendi)* en la que el delegado no asume la posición de obligado frente al delegatario, sino que sólo se compromete con el delegante a ejecutar la prestación o lo que es lo mismo a pagar por él la deuda.

La diferencia entre *mandato de pago* y *delegación de pago* viene tradicionalmente explicada de la siguiente manera: existe mandato solo cuando una determinada persona se ha obligado a llevar a cabo un determinado negocio o prestación por cuenta de otra, de tal modo que si no cumple la obligación asumida, el mandante puede ejercitar la *actio mandati directa*. En la delegación,

(82) Como pone de manifiesto Díez-PICAZO, la delegación es un importantísimo instrumento de crédito que es susceptible de desempeñar funciones y cometidos muy diversos. En la delegación encuentran su fundamento último figuras tan notorias como la letra de cambio y los títulos al portador, las tarjetas de crédito y otra serie de variantes que permiten un rápido funcionamiento económico porque tienden a concentrar dos prestaciones entre tres personas: si el delegante es acreedor del delegado y deudor del delegatario, con una sola prestación, la del delegado al delegatario, se extinguen dos relaciones obligatorias; igualmente la obligación del delegante hacia el delegatario puede quedar sustituida o unida (según que el efecto sea extintivo o cumulativo) por una obligación del delegante frente al delegatario. Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., págs. 867 y 868.

(83) Vid. BIGIAMI, «La delegazione», Padua, 1940, págs. 3 y 4.

sin embargo, el delegado no está obligado (como tal) a efectuar (por cuenta del delegante) la prestación que éste último le ha invitado a realizar y, por ello, no está sujeto a la *actio mandati directa*. En el primer caso nos encontramos ante un contrato (de mandato) y en el segundo ante un negocio unilateral recepticio (*iussum*) (84). También se ha dicho que quien recibe un mandato cuida el interés del mandante, actúa por y para el mandante, sin embargo, la delegación o la autorización que ésta implica se confiere en interés del delegado o autorizado, que actúa en nombre propio y en su propio interés (85). Para BIGIAMI, sin embargo, el foso que separa ambas instituciones es tan grande que no puede saltarse únicamente con estas diferencias. La delegación es un poder de disposición (o un permiso) mientras que el mandato es la confianza de un encargo para cuyo desarrollo podrá ser necesario un poder. En el primer caso, el mandatario está *obligado* a cumplir el encargo, mientras que en el segundo simplemente está *autorizado* y sólo se podrá hablar de asunción del encargo cuando efectivamente lo haya realizado.

Nosotros también creemos que las diferencias entre el mandato de pago y la delegación de pago son importantes. En primer lugar es cierto que la delegación es un negocio jurídico que se crea en virtud de una declaración unilateral recepticia (realizada por el delegante, recibida por el delegado y aceptada por el delegatario) por la que se invita a un tercero a realizar una prestación en favor del acreedor del delegante. En el mandato de pago existe un contrato en virtud del cual el mandatario se obliga frente al mandante a efectuar en interés y por cuenta del mandante el pago al acreedor. En la delegación el delegatario puede exigir al delegado el cumplimiento o pago, siempre que haya aceptado la delegación. Es más parece ser doctrina dominante la idea de que, precisamente por el hecho de que ha aceptado la delegación debe requerir el pago primero al delegado y posterior y subsidiariamente al delegante. En el mandato de pago, el mandatario responde de su falta de cumplimiento ante el mandante, pero es éste quien está obligado frente al acreedor. En el mandato hay un contrato del que surge una única relación entre mandante y mandatario. En la delegación hay un negocio jurídico trilateral en su formación del que nacen tres relaciones jurídicas diversas (la de *valuta* entre delegante y delegatario, la de *provisión* entre delegante y delegado y la *final* entre delegado y delegatario). En la delegación de pago el delegado ha sido autorizado por el delegante a pagar su deuda y el delegatario ha aceptado servirse de esta delegación para ver satisfecho su derecho de crédito. Se habla, por ello, de una autorización con dos vertientes: la existente entre delegante-delegado y la posterior entre delegado-delegatario. Sin embargo, en el mandato de pago el acreedor no forma parte (no

(84) Vid BIGIAMI, «La delegazione», op. cit., pág. 140.

(85) Vid BERTI, *L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione*, *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, 1933, II, pág. 143.

emite declaración de voluntad alguna) del negocio contractual. El mandatario actúa por cuenta del mandante y el acreedor deberá recibir el pago como si de cualquier tercero se tratara. Como se puede apreciar las diferencias son muchas, aunque también en la práctica hay que reconocer que tienden a diluirse.

Pues bien, empezando con la *delegado solvendi*, hay que advertir que a diferencia de lo que ocurre en algunos de los Códigos civiles de nuestro entorno, el español calla acerca de la posibilidad de que en la delegación, el delegado oponga la excepción de compensación al delegatario para ejecutar la delegación de pago. Así, por ejemplo, el artículo 1.271 del Código Civil italiano es claro al respecto: «*El delegado puede oponer al delegatario las excepciones relativas a sus relaciones con éste. Si las partes no han pactado otra cosa, el delegado no podrá oponer al delegatario, aunque éste las hubiera conocido, las excepciones que habría podido oponer al delegante, salvo que sea nula la relación entre delegante y delegatario. El delegado no puede tampoco oponer las excepciones relativas a la relación entre el delegante y el delegatario, si las partes no han hecho especial referencia a ello*». Según la doctrina italiana, la *ratio* de que se le permita al delegado oponer al delegatario la excepción de compensación derivada de sus propias relaciones con él (es decir, «no te pago las mil como delegado de Ticio porque tú me debes otro tanto») responde al carácter autónomo de la relación delegado-delegatario, una vez que el delegatario ha aceptado la delegación. Desde ese momento, el delegatario podrá exigirle el pago y el delegado, consiguientemente, podrá oponerle todas las excepciones que se deriven de sus relaciones con aquél. También, la prohibición, salvo pacto, de que el delegado pueda oponerle la compensación derivada de la relación de provisión (delegante-delegado), incluso si el delegatario conocía esta posibilidad, es una consecuencia clara del carácter autónomo de las relaciones que surgen en la delegación. El único límite que se establece a la inoponibilidad de excepciones derivadas de la relación de provisión es el de la nulidad de la relación de valuta (delegante-delegatario), siendo obvio que si la relación de valuta es nula, la deuda que ha surgido de ella, delegada o no delegada, también lo es, puesto que de afirmarse lo contrario el delegatario estaría consiguiendo un lucro indebido. Los mismos motivos han de encontrarse en la prohibición, salvo pacto de las partes, de que el delegado oponga en compensación el crédito que el delegante tiene frente al delegatario (86).

Estos mismos principios están presentes en el ordenamiento y en la doctrina francesa, para los que, aunque con la delegación no se haya producido una novación subjetiva y la delegación sea simple, la obligación que nace del negocio es autónoma e independiente y, en consecuencia, salvo pacto en

(86) Vid. MICCIO, *I diritti di credito*, op. cit., págs. 410 y ss., y BIGIAMI, «La delegazione», op. cit., págs. 278 y ss.

contrario, el delegado no podrá servirse de otras excepciones que no sean las atinentes a su propia relación con el delegatario (87).

Pues bien, aunque nuestro ordenamiento calle respecto al supuesto de la delegación de pago, existen tres motivos por los que es conveniente aceptar los dictados de la experiencia extranjera: el primero es que las normas relativas a la compensación de créditos establecen como requisito imprescindible para que se opere la compensación el carácter principal de los sujetos obligados, la reciprocidad de la relación entre acreedor y deudor y el derecho propio de los créditos que se pretenden compensar. Esto significa que en el caso de la *delegado solvendi* sólo se puede aceptar la compensación por el delegado de su propio contracrédito, pero no que se sirva de las relaciones y créditos ajenos. El segundo motivo ha de encontrarse en la utilidad última del fenómeno delegatorio que como explica Díez-PICAZO, y ya se ha mencionado anteriormente, es un instrumento importantísimo de crédito en el que encuentran su fundamento figuras tan notorias en la práctica como la letra de cambio, las tarjetas de crédito y otra serie de variantes que permiten un rápido funcionamiento económico (88). El tercer y último motivo es el de la eficacia de la delegación, ya sea perfecta o imperfecta (novatoria o no), como una eficacia descausalizada, en el sentido de que las vicisitudes de las relaciones de valuta no afectan al mecanismo delegatorio. El delegante queda vinculado frente al delegado y frente al delegatario merced a la estricta declaración de voluntad de autorización. A su vez el delegado queda vinculado por la estricta declaración de voluntad de aceptación o por la promesa dirigida frente al delegatario. Como consecuencia de todo ello, el delegante tendrá que permitir frente a él que la delegación produzca su efecto y el delegado soportar la acción del delegatario, aun cuando las relaciones subyacentes o de base hayan desaparecido en un momento posterior. En resumen, decir que la eficacia de la delegación está descausalizada, o es independiente de la relación subyacente, significa admitir la inoponibilidad por el delegado, frente a la acción del delegatario, de las excepciones que derivan de las relaciones anteriores o subyacentes, que existen entre delegante y delegatario o delegante y delegado (89).

En el *mandato de pago*, sin embargo, el mandatario asume el encargo de pagar por cuenta y en nombre del mandante. No es necesaria, qué duda cabe, la aceptación del acreedor (puesto que estamos hablando de obligaciones pecuniarias que posteriormente se intentarán compensar y no de obligaciones de hacer no fungibles o de dar cosa cierta y determinada). El acreedor en este

(87) Vid. GRÚA, VOZ *Compensation*, op. cit., pág. 8; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, París, 1989, págs. 93 y ss.; BILLIAU, *La délégation de créance*, París, 1989, pág. 332.

(88) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, op. cit., vol. II, pág. 867.

(89) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., págs. 871 y 872.

caso, ya se ha dicho, deberá recibir el pago (lo que no significa aceptar que deberá admitir la compensación, puesto que, como ya se ha defendido en este trabajo, no se puede equiparar de manera absoluta la compensación al pago). Se puede afirmar con LEÓN ALONSO que el contrato de mandato se encuentra a caballo entre la mera cooperación y la sustitución. De estas dos situaciones surge el matiz de la autorización en cuanto manifestación de una voluntad recepticia, expresa o tácita, mediante la que una persona faculta a otra para realizar en nombre propio, en su propia esfera jurídica, actos sin cuya legitimación carecerían de eficacia. De esta forma debe predicarse que la naturaleza jurídica del contrato de mandato (a nuestros efectos, del mandato de pago) es aquella de un contrato de cooperación y gestión realizadas por cuenta ajena y con plena eficacia en la esfera de quien lo encomendó (90).

Para saber si el mandatario, que ha recibido la instrucción por parte del mandante de pagar su deuda, puede o no utilizar el mecanismo de la compensación y con qué límites (es decir, si puede utilizar un contracrédito que él mismo ostente frente al acreedor del mandante y si, también puede oponerle el que tenga el mandante con el acreedor) habrá que investigar cuáles son los límites del mandato (art.1.714) en relación con las instrucciones recibidas por el mandante (art.1.719). La cuestión se simplifica si el mandante ha excluido la posibilidad de que el mandatario cumpla el encargo utilizando el mecanismo compensatorio, bien expresamente, bien tácitamente mediante actos concluyentes (por ejemplo, le ha provisto de fondos para realizar la gestión). Pero si únicamente le dió la instrucción de pagar la deuda, *¿quid iuris!* Nosotros creemos que podrá utilizar su propio contracrédito frente al acreedor para extinguir la obligación del mandante, porque al fin y al cabo el mandato que ha recibido es el de extinguir la obligación y la ley le otorga la subrogación. Dice el número 2.º del artículo 1.210 del Código Civil que se presumirá que hay subrogación cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor. Por consiguiente, si el mandante no dió unas instrucciones específicas al mandatario en orden al modo en que debía realizar el pago, no le dió provisión de fondos para que llevara a cabo la gestión, pero al fin y al cabo le dió el encargo expreso de pagar, habrá de presumirse que el mandatario puede utilizar su propio contracrédito para liberar al mandante de la obligación que pesa sobre él. El artículo 1.719 dispone que a falta de instrucciones del mandante, el mandatario hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia. En este punto hay que pensar naturalmente en el caso de que el mandatario no pueda consultar con el mandante esta posibilidad. No parece, por consiguiente, que se estuviera extralimitando en el mandato, si para libe-

(90) Vid. «Comentario al art. 1.709 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. II, pág. 1524.

rarle utiliza un contracrédito propio. Sin embargo, la cuestión no es tan fácil si se mira desde la posición del acreedor. Dos son las razones que existen para dudar de esta posibilidad. En primer lugar, porque compensar y pagar no es lo mismo, no son sinónimos, no cumplen la misma función (recuérdese la función de autotutela que posee la compensación y la diferencia entre la satisfacción del crédito y la liberación de la obligación). Esto significa que si efectivamente el acreedor no podría negarse a recibir el pago que le ofreciera el mandatario sin incurrir en mora credendi, sí podría hacerlo si lo que le está exigiendo es la compensación. En segundo lugar, porque de la regulación que el Código hace de la compensación se extrae el principio de que nadie puede ser obligado a compensar lo que le deba a otra persona distinta del deudor y esto significa que el acreedor no puede ser forzado a compensar su crédito con lo que a su vez debe a persona distinta de su deudor. Por consiguiente, como estamos hablando de una compensación legal, y de un mandatario que actúa por cuenta ajena, difícilmente se podrá afirmar que, aunque el mandatario no se extralimitara en el mandato si utilizase su propio contracrédito para compensar y cumplir así el encargo recibido, pero el acreedor, por el contrario, no estaría obligado a hacerlo. Si éste aceptase el mecanismo de la compensación como modo de pago y de extinción rápida de dos obligaciones (mandante-acreedor y mandatario-acreedor), seguramente se trataría de una compensación convencional y no de una legal, puesto que, a pesar de no reunirse los requisitos para hacer valer ésta, las partes han pactado o aceptado hacerla valer igualmente.

Por último, cabe preguntarse si sucedería lo mismo si el mandatario para cumplir el encargo de pago, opone en compensación al acreedor un contracrédito que el mandante ostente con éste último. No cabe duda de que si el mandatario está actuando como representante del mandante (se le ha otorgado un poder de representación) podrá oponer al acreedor el contracrédito del mandante en compensación de la deuda que aquél tiene frente a éste. Sin embargo, si el mandato es simple y en las instrucciones de pago que el mandante ha hecho al mandatario no ha expresado nada acerca de esta posibilidad, estaríamos en presencia de una extralimitación del mandato, puesto que estaría disponiendo de un bien, o mejor, de un derecho de crédito ajeno (art. 1.713 CC).

La *orden de pago*, por su parte, es un acto jurídico (91) en virtud del cual el deudor legitima a un tercero a pagar a su acreedor una cierta cantidad de dinero. La relación que une al deudor con el tercero (*solvens*) suele ser, por

(91) En realidad los mercantilistas, que son los que han estudiado a fondo la naturaleza jurídica de los títulos que incorporan órdenes de pago, mantienen ya una larga disputa acerca de si se trata de un acto jurídico, un negocio jurídico o un simple hecho jurídico. Vid., en este punto, PAZ-ARES, «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1986, págs. 131 y ss.

regla general, una relación jurídico mercantil, de naturaleza cambiaria. Al ser en este ámbito del Derecho mercantil donde cotidianamente se desarrollan los órdenes de pago, mediante la emisión de títulos-valores, nos remitiremos a su doctrina para resolver los problemas que plantea el ejercicio de la compensación planteada en este supuesto (92). Tomemos como ejemplo la letra de cambio. El librador del título (deudor de la relación subyacente) con su libramiento da orden al librado (solvens-tercero en la relación subyacente) de que pague una cantidad determinada al tenedor del mismo (acreedor en la relación subyacente). Mientras el librado no acepta la letra, no asume, bajo su firma, la obligación de pagarla a su vencimiento, puesto que es la aceptación de la orden de pago dictada por el librador lo que convierte al librado en obligado principal y en vía directa de la satisfacción del crédito incorporado a la letra. Hasta ese momento la mención del librado no es más que «un nombre» que no produce por sí mismo ninguna obligación cambiaria, pero a la aceptación de la orden pasa a ser obligado directo y principal, en tanto que el librador y los endosantes se siguen presentando como obligados en regreso, es decir, como personas que en cierto modo cumplen una función de garantía, respondiendo frente al tenedor en caso de falta de pago por parte del aceptante (93).

El artículo 1.2.º de la Ley Cambiaria y del Cheque es bastante claro en cuanto a la configuración de la orden de pago, porque aunque habla de la necesidad de que la letra de cambio contenga «*el mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial*», no se trata —como enseña la mejor doctrina mercantilista— de un mandato de pago en sentido riguroso, sino más bien una simple orden o *iussum* (expresada claramente con términos como »*pague Vd.*», »*sírvase pagar Vd.*», »*atienda Vd.*», etc.), cuya naturaleza jurídica variará en función de las relaciones subyacentes entre librador y librado (94).

Pues bien, las relaciones que surgen a raíz del libramiento de una letra de cambio son, como sucedía en los supuestos anteriores, también triangulares: portador-librado, librador-librado y librador-portador (95). Antes de examinar

(92) Se sigue en este punto los estudios realizados en esta materia por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La aceptación de la letra de cambio», en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1986, págs. 543 y ss.; PAZ-ARES, «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», *ibídem*, págs. 95 y ss., y «Las excepciones cambiarias», *ibídem*, págs. 251 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ, «La circulación de la letra de cambio», *ibídem*, págs. 449 y ss.; CARLÓN SÁNCHEZ, «El cheque», *ibídem*, págs. 773 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, «El nuevo juicio ejecutivo cambiario», *ibídem*, págs. 873 y ss.; IGLESIAS PRADA, «El libramiento de la letra de cambio», *ibídem*, págs. 385 y ss.

(93) Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La aceptación de la letra de cambio», op. cit., pág. 513.

(94) Vid. IGLESIAS PRADA, *El libramiento de la letra de cambio*, op. cit., pág. 396.

(95) Nosotros aquí hablaremos del tenedor, portador o acreedor de la letra, puesto que la letra puede haber sido endosada, en cuyo caso, se deberá pensar en el endosatario o tomador.

si se puede o no se puede compensar en cada una de estas relaciones nacidas de la orden de pago que incluye la letra de cambio, es necesario hacer dos consideraciones previas. Ambas las expresa con extrema claridad PAZ-ARES y, por ello, lo mejor que se puede hacer es trasladar aquí sus palabras:

En primer lugar, «para aproximarse de una manera correcta a la compleja estructura hay que partir de unas premisas universalmente aceptadas. La primera consiste en la necesidad de diferenciar analíticamente el plano de las relaciones cartulares o estrictamente cambiarias y el plano de las relaciones fundamentales, subyacentes o extracambiarias que se entremezclan en el fenómeno de la letra (96). La segunda consiste en la necesidad de tener en cuenta que entre los distintos planos —cambiarío y causal— que conforman la autonomía del fenómeno de la letra existe una relación de concurrencia y alternancia. Se mueven en la misma dirección y tienden a producir el mismo resultado económico o sustancial que consiste en la satisfacción al acreedor de una suma de dinero (concurrencia), pero sólo se debe realizar una de las relaciones jurídicas concurrentes, puesto que la satisfacción del acreedor sólo debe realizarse una vez (alternancia) (97). La tercera y última premisa es la de la necesidad de tener presente siempre la muy diferente disciplina a la que se somete la relación cambiaria según ésta se deduzca *inter partes* o *inter tertios*. Y esta característica se revela congruente con la función del Derecho cambiado: facilitar y asegurar la circulación de créditos. Se trata de un Derecho construido sobre los principios de la seguridad del tráfico, que tiende a tutelar el interés del tercer adquirente a no ver frustradas sus expectativas de realización del crédito por la concurrencia de circunstancias que le resultaron desconocidas en el momento de la adquisición. Así se explica el célebre principio de inoponibilidad de excepciones personales sobre el que se articula la especificidad del Derecho cambiarlo» (98).

En segundo lugar, hay que tener presente el carácter causal de la obligación cambiaria *inter partes* y el carácter abstracto de la obligación cambiaria

(96) Este profesor pone un ejemplo para ilustrarlo: Cuando *Primus* y *Secundus* celebran un contrato de compraventa asistimos a la realización de un negocio primario (o negocio fundamental) que tiene plena autonomía en el plano económico o sustancial. Por el contrario, cuando *Primus* acepta la letra de cambio librada a su cargo por *Secundus*, nos encontramos ante un negocio jurídico secundario (o negocio de ejecución), que a diferencia del anterior carece de autonomía en el orden sustancial. Los negocios cambiarios presuponen necesariamente un negocio inicial o fundamental (un negocio causal). Esto explica por qué en la letra de cambio se entremezclan dos tipos de relaciones que conviene mantener separadas: las cambiarias (*relación de valuta*) y las extracambiarias (*relación de provisión*). Vid. «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», op. cit., pág. 96.

(97) *Ibidem*, pág. 96.

(98) *Ibidem*, págs. 97 y 98.

si es *inter tertios*. Y esta diferencia facilita el entendimiento en cuanto a la oponibilidad de las excepciones por el deudor cambiario y, particularmente a lo que el ejercicio de la excepción de compensación se refiere. Esta idea la explica con claridad PAZ-ARES: *El Derecho cambiario es un Derecho en cierto modo exorbitante respecto del Derecho común de las obligaciones. Su exorbitancia radica precisamente en la limitación de las excepciones de que se puede valer el deudor cambiario para defenderse frente a la pretensión que contra él dirige el tenedor. Se justifica única y exclusivamente por la necesidad económica de que el sistema jurídico asegure la circulación secundaria o de los créditos. Este es el punto crucial: la limitación de excepciones sólo tiene sentido en la medida en que el crédito efectivamente haya circulado, es decir en la letra inter tertios. De suerte que si no hay circulación —adquisición del título por parte de un tercero—, cae el presupuesto que justifica la aplicación de la disciplina exorbitante y el Derecho común recobra su imperio con toda la fuerza y en toda su extensión. Esto es lo que sucede en la letra inter partes* (99).

Pues bien, teniendo siempre en cuenta estas pautas de entendimiento, a la hora de averiguar si el deudor cambiario puede hacer valer la excepción de compensación y con qué contracréditos puede hacerlo hay que recurrir a lo dispuesto en los artículos 20 y 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque. El primero de ellos (traído directamente de la Ley Uniforme de Ginebra de 1930) establece que «el demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor», y el segundo dispone: «El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si el adquirente de la letra procedió a sabiendas en perjuicio del deudor. El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes (...) 3.º) La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado».

Pues bien, en las relaciones existentes entre el portador de la letra y el aceptante (deudor y acreedor cambiarios), siendo la obligación del aceptante una obligación de carácter directo y principal, la doctrina mercantilista, aplicando los artículos referidos, afirma que éste no podrá oponerle al portador las excepciones personales (entre las que debemos incluir la de compensación) que eventualmente pudiera oponer al librador o a un endosante, salvo que el portador al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor (*exceptio dolí* cambiaría). Con ello se quiere sig-

(99) *Ibidem*, pág. 255.

nificar que la validez y eficacia de la aceptación no está condicionada bajo ninguna forma por la relación causal que explica la emisión del título por el librador y su aceptación por el librado (100). Por consiguiente, acudiendo a los preceptos antes señalados se puede afirmar que el librado aceptante ante la reclamación de cumplimiento de la letra por el portador, podrá excepcionarle la compensación con un crédito que ostenta frente a este mismo portador, pero no podrá utilizar el contracrédito que tenga frente al librador o cualquier otro tenedor anterior, salvo que este adquirente haya adquirido la letra sabiendo que con ello perjudicaba al deudor cambiario. ¿Cómo?, conociendo que precisamente el tenedor anterior era deudor a su vez del librado y para evitar una segura compensación la haya hecho circular.

En la *relación librador-librado*, en virtud de la aceptación se compromete a pagar y será responsable frente al librador de la cantidad íntegra. Ahora bien, como advierte la doctrina, el tema de mayor dificultad en esta relación es el de saber si el librado queda obligado cambiariamente y en qué términos cuando quien ejercita la acción directa es el propio librador, bien por haber creado la letra a su orden y presentarla al pago sin haberla hecho circular, bien por haberse convertido en portador por virtud de un endoso antes del vencimiento, bien por haber recibido la letra en regreso y presentarla al pago. A estos interrogantes puede contestarse favorablemente. El principio de la inoponibilidad de excepciones consagrado en los arts. 20 y 61 de la Ley Cambiaria reconoce expresamente al deudor cambiario (librado-aceptante en este caso) la oponibilidad al tenedor de la letra (el librador-portador en este supuesto) de las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. Se introduce por lo tanto, la tesis dualista en el sentido de que, la abstracción de la deuda cambiaría sólo es exacta si va referida a aquellas personas frente a las cuales el firmante de la letra está obligado por el solo hecho de haberla suscrito. Por el contrario, cuando esa deuda ha surgido entre personas vinculadas por una relación contractual anterior (librador-librado, endosante-endosatario), la deuda cambiaría queda condicionada por la relación preexistente que le sirve de causa. En todo caso, el carácter abstracto de la letra decae, pudiendo oponer el deudor las excepciones personales que tuviera frente a los tenedores anteriores de la letra, en los supuestos de *exceptio doli*, es decir, cuando el portador al adquirir la letra haya procedido a sabiendas del perjuicio del deudor (101).

En último lugar, hay que destacar la postura asumida por PAZ-ARES en lo que respecta al ejercicio de la compensación, porque distingue entre la com-

(100) Vid MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La aceptación de la letra de cambio», op. cit., pág. 542.

(101) Vid MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «La aceptación de la letra de cambio», op. cit., págs. 543 y 544.

pensación ya ejecutada y la situación de compensabilidad. De este modo, observa el autor que si una vez ejecutada la compensación el tenedor (frente al que aquella se ejercitó) demanda el pago de la letra, el deudor puede oponerle la compensación cual hecho extintivo de la pretensión. Pero como excepción de validez que es, no puede el deudor oponer la compensación ejecutada al tercero que haya adquirido la letra sin haber incurrido en culpa grave. Distinto —explica PAZ-ARES— es el caso de la que podemos llamar compensabilidad, es decir, la compensación no ejecutada, que a lo único que da lugar es a una excepción extracambiaria, que se basa en las relaciones personales y que no extingue el crédito. Por consiguiente sólo puede oponerse al adquirente doloso, por la vía del art.20 o 61.I LC (102).

Tras esta incursión por el Derecho cambiario, se me puede preguntar qué relación existe entre las excepciones cambiarias y el tema que en este trabajo se viene tratando. ¿Por qué irse tan lejos para resolver la cuestión de si el tercero que ha recibido una orden de pago puede oponer frente a la reclamación de pago la excepción de compensación? Porque si la intervención de los terceros en las relaciones obligatorias suelen tener como causa el interés de éstos en la obligación misma, ya sea porque asumiendo el pago de la deuda ajena se liberan de una obligación contraída anteriormente (*solvendi causa*), ya sea porque desean obtener un crédito frente al deudor que se lo encarga (*credendi causa*). En el tráfico jurídico actual no se debe olvidar que un principio fundamental que lo rige es el de la circulación de los créditos, y la única manera que tienen de circular es mediante su adquisición por terceras personas ajenas a la relación obligatoria original. La circulación de los créditos es un instrumento imprescindible de la economía de hoy y si bien la compensación, como «modo abreviado de pago», o como «*modo de extinción de las obligaciones diverso del cumplimiento*», o como «*medio de defensa*» ante un incumplimiento o insolvencia posterior del deudor recíproco, viene regulado en el Código Civil, no es menos importante tener presente las necesidades actuales para configurar el *modus operandi* de esta figura. Son estas las razones que conducen necesariamente

(102) En este punto PAZ-ARES hace una observación importante: se pregunta si una vez dejado sin aplicación (por el art. 68.III LC) a la letra de cambio el artículo 1.464.3.º LEC, cabe compensar en el juicio ejecutivo el crédito cambiario con un crédito que no tenga fuerza ejecutiva. A su juicio, invocando razones de orden constitucional (art. 24 CE) la respuesta ha de ser positiva. En efecto —explica—, desaparecida la limitación legal contenida en el artículo 1.464.3.º LEC, recobra su vigencia el artículo 1.195 del Código Civil, de suerte que si el crédito reúne los requisitos legales para ser compensado, nada obsta para que la excepción pueda ser hecha valer y para que prospere en el juicio, aun cuando el crédito que se desea compensar no esté amparado por un título ejecutivo. Ha de tenerse en cuenta —advierte PAZ-ARES— que oponer la compensación significa «hacer valer» el derecho a compensar y no «ejercitar» el derecho de crédito con el que se desea compensar. Vid. «Las excepciones cambiarias», op. cit., págs. 349 y 350.

a tener en cuenta que si hay un campo de cultivo especial para la compensación en los supuestos que aquí se han planteado, éste es el mercantil, y especialmente el cambiario. La doctrina civilista, ya se ha dicho, a la hora de explicar el funcionamiento de la compensación se fija únicamente en los supuestos regulados en el Código Civil, sin embargo, esas necesidades cambiantes del tráfico, hacen necesaria también la revisión de los postulados tradicionales y de las explicaciones dogmáticas al uso. Si en Derecho cambiario no se le permite al deudor oponerle al tenedor las excepciones personales que tuviera frente al librador, no se justifica porque existe un precepto que así lo establece (art.20 y 67 de la Ley cambiaria), sino porque de lo contrario, se entorpecería gravemente la circulación de los créditos. Habiéndose configurado además la obligación cambiaria como una obligación abstracta, en el sentido de que el sujeto que ostenta el crédito nada tuvo que ver en el negocio del que trae causa el título, es razonable que se protejan sus legítimos intereses de ver satisfecho el derecho de crédito adquirido de buena fe.

Pues bien, en este trabajo los estudios realizados por la doctrina mercantil sirven de base para interpretar más adecuadamente el requisito de la reciprocidad de las partes compensantes establecido por el legislador de 1889. Si no existe óbice legal alguno para que un tercero pueda entrar a formar parte de las relaciones jurídicas ajenas, habrá que pensar que su fundamento radica en la necesidad de que los derechos de crédito se satisfagan o se realicen. Si se admite pago del tercero en general, o en particular la delegación de pago, el mandato de pago o una orden de pago es porque son instrumentos idóneos para cubrir esa finalidad. Ahora bien, como en cualquier relación triangular, no hay que confundir el negocio subyacente (de cobertura, de provisión, etc.) y los efectos que éste produce *inter partes* con el negocio de mandato, orden o delegación y las consecuencias que de ellos se extraen. De este modo, diferenciando —como advierte PAZ-ARES (103)— ambos planos, se obtiene la solución proyectada tanto en el Código Civil, como en la disciplina mercantilista. El deudor podrá oponer las excepciones personales derivadas de su relación con el acreedor, pero no las que tuviera con otras personas.

3.º) EL TERCERO QUE TIENE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA DEUDA

A los efectos de este trabajo, los obligados a pagar la deuda ajena son aquellos terceros que mediante una delegación promisorio o de una asunción de deuda han asumido la obligación frente al acreedor de cumplir una obligación que en origen no le es propia, pero que en virtud de aquellos negocios

(103) Vid. «La naturaleza jurídica de la letra de cambio», op. cit., pág. 95.

la han asumido como tal, liberando o no al deudor originario (liberatorias o cumulativas). En nuestro ordenamiento civil, a diferencia de lo que ocurre en los de nuestro entorno, existe un vacío legal en cuanto a la regulación de estos negocios tendentes a producir el cambio del deudor o la acumulación de otro deudor en la relación obligatoria. Como explica Díez-Picazo, la figura de la delegación de deuda es la más ligada a la tradición romanista y la que ha inspirado los artículos 1.203, 1.205 y 1.206 del Código Civil. El llamado contrato de asunción de deuda, en cambio, carece de una regulación normativa entre nosotros y su recepción doctrinal y jurisprudencial procede de la doctrina alemana y del Código Civil de aquel país. Se pregunta este autor si esto quiere decir que en el Derecho español, para producir un cambio pasivo de la relación obligatoria, sólo puede ser utilizado el mecanismo de la delegación de deuda. A su juicio, no existe inconveniente, partiendo del principio general de autonomía de la voluntad, en que la iniciativa de los deudores se articule en unos casos a través de un contrato de asunción de deuda y en otros por la vía de la delegación de deuda (104).

En realidad, la diferencia que existe entre ambos negocios, delegación de pago y asunción de deuda, es, por expresarlo de algún modo estructural, ambos llegan a los mismos efectos (el cambio de sujeto pasivo en la relación obligatoria si son liberatorios o a la suma de otro deudor más si son cumulativos) siguiendo un camino distinto. En la delegación de deuda, el deudor originario dirige una orden (*iussum*) al nuevo deudor (que, por regla general, es a su vez deudor del deudor) para que prometa al acreedor que cumplirá la obligación. El mandato dado por el deudor a ese tercero es el de que emita frente al acreedor una declaración de voluntad promisoria, obligándose a ejecutar la prestación que el deudor primitivo debía. Si la declaración de voluntad promisoria del delegado, en ejecución de la delegación, es aceptada por el acreedor, y expresamente éste libera al deudor originario se producirá una novación del sujeto pasivo, un cambio del deudor originario por el nuevo. De lo contrario, la obligación del nuevo deudor quedará unida a la obligación del deudor originario y la delegación será cumulativa (105).

En la asunción de deuda el mecanismo por el cual el tercero se obliga frente al acreedor es distinto. Se produce por el convenio entre el deudor antiguo y el nuevo, al que el acreedor presta su consentimiento, de manera simultánea o posterior (por ejemplo: un comerciante compra una empresa y en el contrato se hace cargo del pasivo que su vendedor tenga. El adquirente tiene la obligación de pagar en cuanto ha estipulado la asunción de deuda y no porque a su vez sea deudor del vendedor).

(104) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 864.

(105) Vid. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 864.

Pues bien, ambos forman parte o son especificaciones de una figura más general que es la del contrato a favor de tercero (en ambos casos el acreedor obtiene un «nuevo» derecho de crédito frente al deudor nuevo) y, aunque deba admitirse que no es necesaria una previa regulación de la asunción de deuda para que ésta se esté desarrollando en nuestro tráfico jurídico, lo cierto es que nos encontramos con grandes dificultades a la hora de configurar el régimen jurídico de estos tipos negociales. Se debe por ello recurrir, también aquí, a la experiencia que aporta la doctrina extranjera para tratar de delimitar los confines de estas figuras tan borrosas.

En realidad, cuando en virtud de la asunción de deuda o de la delegación promisorio el deudor originario se ve liberado de su obligación (delegación y asunción liberatoria o novativa) no cabe plantearse, a juicio de la doctrina más sobresaliente, la posibilidad de que el nuevo deudor oponga una situación de compensación surgida entre el deudor originario y el acreedor, aunque el crédito del deudor originario todavía subsista. La razón estriba en que con la delegación liberatoria o novatoria no existe una sucesión de deudores, el nuevo deudor no adquiere o no se subroga en los derechos del antiguo, y, por consiguiente no podrá oponer un crédito ajeno para compensar su propia obligación. Tanto con la delegación como con la asunción de deuda liberatorias se produce una verdadera sustitución del sujeto pasivo, que se convierte en obligado principal y directo frente al acreedor. Tanto es así, que nuestro Código Civil señala en el artículo 1.206 que la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda. La liberación del deudor originario (por delegación o por asunción) entraña, como es obvio, la extinción de la obligación del deudor con el acreedor y, por ello, la desaparición de todas las excepciones que afectaban a su relación.

Aunque nuestro Código calle acerca de las excepciones oponibles por el nuevo deudor, habrá que pensar que si éste asume su obligación frente al acreedor (que la acepta) con independencia de la relación existente entre el deudor originario y el acreedor, ésta misma independencia entre ambas relaciones obligatorias habrá de predicarse a la hora de solucionar el problema de la compensación. Sirvan de ejemplo las palabras de CARAVELLI al explicar la inoponibilidad de la compensación derivada de las relaciones entre deudor originario y el acreedor: El adquirente de una empresa tiene la obligación de pagar porque ha estipulado la asunción de deuda, y no porque es deudor del vendedor de la misma. Esta circunstancia (la de la relación contractual entre los dos deudores) es ajena y extraña al derecho del tercero (acreedor) y, por otra parte, el acreedor tiene el derecho de exigir el cumplimiento, y no la obligación de compensar. Para admitir la solución contraria habría que pensar necesariamente que la asunción de las deudas en la venta de la empresa no constituye una especie del

contrato a favor de tercero, sino más bien un contrato que obliga a tercero. Si el tercero, que era un puro y simple acreedor del vendedor, estuviera efectivamente obligado a sufrir la compensación, es evidente que la asunción, en vez de procurarle una ventaja, le vendría a obligar (106).

El Código Civil italiano es claro a este respecto al establecer en el artículo 1.273 (sobre la asunción de deuda) que «*en cualquier caso el tercero está obligado frente al acreedor que se ha adherido a la estipulación, en los límites en los que ha asumido la deuda, y puede oponer al acreedor las excepciones fundadas en el contrato del que la asunción trae su causa*». Como explica la doctrina de este país, el precepto se refiere a excepciones reales (como por ejemplo, la nulidad del negocio base) y no a las personales (como lo es la compensación) (107). Esta misma regla aparece contemplada en cuanto al contrato con estipulación a favor de tercero (art. 1.413: *el promitente puede oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato del que deriva el derecho del tercero, pero no aquellas otras fundadas en otras relaciones entre promitente y estipulante*). La regla es también, muy parecida, aunque más completa en el caso de la delegación (art. 1.271), donde al delegado se le permite oponer en compensación su propio contracrédito al delegatario, pero no la que hubiera podido hacer valer frente al delegante (salvo pacto en contrario), ni la nacida de la relación entre delegante y delegatario (salvo expreso convenio).

A pesar de diferenciarse en sus efectos la delegación y la asunción liberatoria de las cumulativas, esta misma solución ha de adoptarse para el caso de que el nuevo deudor pretenda ejercitar la compensación de su obligación con un crédito que ostenta con el deudor originario o éste último con el acreedor común, porque la autonomía del vínculo del nuevo deudor con el acreedor, prohíbe oponerle a éste último las excepciones atinentes a relaciones en las que el tercero es un extraño (108).

Para finalizar este epígrafe conviene poner en duda si estas reglas generales de inoponibilidad de la excepción de compensación, que no sea entre créditos recíprocos existentes entre delegado y delegatario deberían sufrir alguna alteración en caso de que el delegatario hubiera actuado de mala fe, como lo hace la Ley cambiaría para las obligaciones de esta naturaleza.

(106) Vid. CARAVELLI, *Teoría della compensazione*, Pisa, 1930, pág. 75.

(107) Vid. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milán, 1958, págs. 161 y ss., y «Delegazione (Diritto civile)», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, pág. 929 y ss., y «Accollo», en *Novissimo Digesto italiano*, vol. I-1, págs. 140 y ss.; GRECO, «Delegazione (Diritto civile)», en *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, págs. 327 y ss.; BIGIARI, «La delegazione», op. cit., pág. 342; NATOLI, «In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile», op. cit., pág. 64.

(108) Vid. en el mismo sentido, en la doctrina francesa, GRÚA, *VOZ compensation*, op. cit., pág. 8; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., 92 y ss.; BILLIAU, *La délégation de créance*, op. cit., pág. 332.

4.º EL TERCERO QUE TIENE DERECHO A PAGAR UNA DEUDA AJENA
Y PAGANDO SE SUBROGA

Planteamos ahora el supuesto en que un tercero tiene derecho a pagar la deuda ajena y pagando se subroga. Pensamos en los casos del acreedor que paga al acreedor preferente (art. 1.210.1.º CC) y en el que el tercero constituyente de prenda o hipoteca en garantía de deuda ajena paga para evitar la ejecución de la cosa pignorada o hipotecada (art. 1.210.3.ª) (109). En ambas hipótesis, según lo dispuesto en el precepto citado, se presume tiene lugar la subrogación del tercero en la posición acreedora.

a) *El acreedor que paga al acreedor preferente*

A diferencia de lo que ocurre en otros códigos de nuestro entorno (francés e italiano), no parece que el artículo 1.210.1.º CC exija que la preferencia de un acreedor sobre los demás sea sobre una cosa concreta (v.gr., rango hipotecario). Se trata de un acreedor ordinario y sin privilegio que paga al acreedor (del mismo deudor) que sí dispone de él o entre acreedores con privilegios de distinto rango (110). La razón de que el legislador otorgue la subrogación a este tercero que paga es para evitar que el juego del privilegio imposibilite la realización del crédito por quien carece de preferencia, al pasar los bienes del deudor tras su venta, a manos de otras personas, y destinarse el producto al acreedor preferente (111). Estos acuerdos entre acreedores hay que considerarlos —como parece que hizo el legislador— beneficiosos para el tráfico jurídico y ante el temor fundado de que se vean imposibilitados por la negativa del acreedor preferente a ceder sus derechos —pues, como es el «primero», tiene la seguridad de cobrar y, por ello, no está incentivado a consentir la transmisión de su crédito—, se dispone un mecanismo transmisivo que no dependa de la voluntad de ese acreedor preferente (112).

(109) En este trabajo se apoya la tesis defendida por parte de nuestros autores, y también de la doctrina extranjera, de que el número 3.º del artículo 1.210 del Código Civil no sólo contempla los supuestos del fiador y del codeudor solidario, sino que se puede extender a otros supuestos como el del fiador real, el tercero poseedor de finca hipotecada y el del heredero a beneficio de inventario que paga, con fondos propios, deudas que pesaban sobre el caudal hereditario. Vid. el profundo estudio desarrollado por DEL OLMO GARCÍA, en su tesis doctoral «Pago del tercero y subrogación», Universidad Carlos III, Madrid, 1996, inédita, págs. 441 y ss.

(110) Vid. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 830.

(111) Vid. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 830.

(112) Vid. DEL OLMO GARCÍA, *Pago del tercero y subrogación*, op. cit., pág. 401.

Si la finalidad de que la ley le otorgue a este tercero no únicamente la facultad de pagar, sino además la subrogación en los derechos del acreedor, es la de que la satisfacción de su derecho de crédito no se vea impedido por la sola voluntad del acreedor preferente (que se puede negar legítimamente a realizar una cesión convencional de su crédito), se puede decir que el *acreedor-solvens* tiene *derecho* a pagar. Y si la ley le otorga el derecho a pagar, ¿también tiene el derecho de compensar? Si la respuesta es afirmativa habrá que preguntarse si puede oponer su propio contracrédito y el del deudor común (que no lo haya hecho).

En el caso propuesto, el acreedor sin rango o con un rango menor es un tercero respecto de la relación obligatoria acreedor preferente-deudor. El interés que tiene en pagar la deuda no es el mismo «interés» al que hace referencia el número 3.º del artículo 1.210 CC (aunque, huelga decirlo, sólo sea por su colocación sistemática separada de los otros supuestos de subrogación), no está de ningún modo vinculado con la obligación que pesa sobre el deudor, ni está sujeto a la acción del acreedor. Su interés radica en hacer salir al acreedor preferente del panorama obligatorio para entrar él en su lugar y poder cobrarse su crédito. El Código, ya se ha visto, le otorga el derecho a pagar para que su situación no dependa de la exclusiva voluntad del acreedor que le precede en el derecho a cobrarse. Pero en lo que se refiere al ejercicio de la compensación hay que tratarlo como a cualquier otro tercero sin interés (salvo el suyo propio y exclusivo) en el cumplimiento. ¿Puede, persiguiendo este interés, obligar al acreedor preferente a que compense la deuda con lo que le debe a él por otro título distinto?

La regla general de nuestro Código es la de que sólo el deudor puede compensar y no un tercero. Un tercero puede, por lo tanto, pagar un crédito ajeno, pero no extinguirlo por compensación. No puede obligar al acreedor preferente a subrogarle en sus derechos mediante el ejercicio de la compensación. La razón es clara en este caso, puesto que si el principio que inspira el pago por tercero es el de que al acreedor, por regla general, le es indiferente que el pago lo realice el deudor o un tercero, no lo es que lo haga mediante compensación. Pero el principio que inspira la regulación de la compensación es el de que no es indiferente para el acreedor que la compensación se haga con un crédito del tercero, como no lo es para el deudor que se utilicen sus derechos de crédito (frente a los terceros o frente a su acreedor) para extinguir, por cualquier persona, su obligación (113).

(113) Vid. en este mismo sentido, VAZ SERRA, «Compensação», op. cit., pág. 35; VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, vol. II, Madrid, 1934, n.77; ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, trad. Pérez González y Alguer, II, 2.ª ed., Barcelona, 1954, pág. 466.

b) *El ejercicio de la compensación por el fiador real*

El supuesto del tercero constituyente de prenda o hipoteca en garantía de deuda ajena (las figuras del fiador o garante real están expresamente contempladas en el artículo 1.857) es la otra hipótesis en las que el artículo 1.210. 3.º, otorga la subrogación en la posición del acreedor. A diferencia del caso anterior, éste tercero sí tiene interés en el cumplimiento de la obligación, puesto que responde con el bien garantizado. Aquí el que realiza el pago es un «interesado» y no requiere el consentimiento del deudor, precisamente en función del interés que el que realiza el pago tiene. Este «interés» significa participación en la relación jurídica obligatoria, en concepto de fiador real o garante real (114).

Algunos autores han querido ver en estas figuras un ejemplo claro de responsabilidad sin deuda. Se dice así que el fiador constituyente de la garantía real no es un deudor, sino simplemente responsable. Al prestar la garantía no se está convirtiendo en deudor, sino que está asumiendo una determinada responsabilidad (la de que se ejecute el bien) para el supuesto de falta de cumplimiento de la obligación por el deudor. De este tenor es una reciente Sentencia del Tribunal Supremo (de 6 de octubre de 1995) en la que puede leerse: «Cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor, baste pensar que su responsabilidad se agota en el límite del dinero eventualmente obtenido al realizar la hipoteca, y si éste es insuficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes del deudor, aunque no haya pacto limitativo de responsabilidad, porque el artículo 140 no es aplicable más que a las hipotecas constituidas por los deudores en sus propios bienes, como se desprende del art.105. En conclusión, si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador. Todo fiador contrae una obligación y es, en consecuencia, deudor, bien que sujeto a la «*conditio iuris*» del impago. El dueño de la cosa hipotecada carece del beneficio de orden y excusión y no contrae obligación de afianzar, sino que enajena el poder de realización de la hipoteca, que tiene el rango de derecho real ejercitable *erga omnes*».

Sin embargo, se ha criticado que el constituyente de la prenda o hipoteca es en realidad un fiador y en tanto que fiador un obligado al pago, si bien su obligación queda limitada al valor de los bienes especialmente dados en garantía (115).

(114) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, op. cit., pág. 830.

(115) Vid. Díez-PICAZO, *ibidem*, pág. 80. En este mismo sentido CAMY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, Pamplona, 1983, págs. 414 y ss.; ROCA-SASTRE, *Derecho hipotecario*, vol. IV-1.º, Barcelona, 1968, págs. 244 y ss.

La doctrina extranjera admite la posibilidad de que tanto el fiador real como el tercer poseedor de finca hipotecada, que puede pagar la deuda ajena para evitar la ejecución de la cosa dada en garantía, oponga a su acreedor hipotecario o pignoraticio la compensación de la deuda con un crédito que ostenta frente a él. La finalidad que persigue el acreedor hipotecario o pignoraticio es la de satisfacer su derecho de crédito (y para asegurarse de ello ha exigido o admitido una hipoteca o una prenda por un tercero ajeno a la relación obligatoria subyacente) y la finalidad del constituyente de la garantía es la de liberar la cosa dada en prenda o hipoteca, en consecuencia debe abonarse la tesis que defiende que en este caso, de interés del tercero en el cumplimiento, si se le permite pagar, se le debe permitir igualmente compensar. El parágrafo 268 del BGB reconoce la facultad de extinguir la deuda ajena por medio del pago, la compensación o la consignación al titular de un derecho real sobre la cosa perteneciente al deudor y ejecutada por el acreedor, si aquél puede perder su derecho en virtud de la ejecución y al poseedor de una cosa si puede perder su posesión a consecuencia de la ejecución. También en el Derecho suizo, según el artículo 827, se admite que el propietario no obligado personalmente por la deuda hipotecaria puede liberar el precio mediante compensación, doctrina que se juzga aplicable a la prenda cuando el tercero libera una cosa dada en prenda en garantía de deuda ajena y posee sobre ella un derecho de propiedad u otro derecho real (art. 110.1.^o del Código de las obligaciones).

Como acertadamente afirma VAZ SERRA parece que, por lo menos en la hipótesis del propietario de la cosa hipotecada o pignorada en garantía de deuda ajena, que pretende liberarla, debe reconocerse el derecho de hacerlo mediante la compensación. Éste sujetó su cosa a responsabilidad por una deuda de otro y de la misma manera que el fiador puede compensar su deuda con un crédito que tenga contra el acreedor, también el dueño de la cosa hipotecada o dada en prenda debe poder compensar con un crédito que le pertenezca contra el deudor (116).

En cuanto a la posibilidad que pueda tener el fiador real de oponerle al acreedor la compensación de la deuda garantizada con un contracrédito del deudor que él mismo ha garantizado, habrá que concluir que es admisible, tanto si se adopta la tesis de que el fiador real es un verdadero fiador y han de aplicársele las normas generales de la fianza (y de la compensación en este caso también, puesto que así viene expresamente reconocido en el artículo 1.197 CC), como si se tiene en cuenta que de lo contrario se estaría perjudicando la posición del fiador (117).

(116) Vid. «Compensação», op. cit., pág. 36.

(117) Vid ut supra, págs. 87 y ss.

5.⁹⁾ LA COMPENSACIÓN Y EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Si hasta este momento se ha analizado el ejercicio de la compensación en aquellos negocios jurídicos que dan lugar a relaciones triangulares, ahora hay que estudiar lo que ocurre con la compensación en el supuesto general del contrato con estipulación a favor de tercero. Para analizar el ejercicio de la compensación por los sujetos implicados en un contrato a favor de tercero, partimos de aquella definición de contrato a favor de tercero que lo entiende como una operación triangular en sus efectos, aunque bilateral en su formación (118). Como aquel contrato que celebran las partes (estipulante y promitente) para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero (beneficiario) que, sin embargo, no ha tenido participación ni directa ni indirecta en la celebración del negocio y que, por consiguiente, no queda obligado ni vinculado por él (119).

En este orden de cosas, hay que analizar el sistema de relaciones derivadas del contrato a favor de tercero, (estipulante-promitente, estipulante-tercero y promitente-tercero) y ver si en cada una de ellas las partes pueden ejercitar la excepción de compensación, bien con un contracrédito propio, bien con el de otros de los sujetos que forman parte del contrato. En la *relación de cobertura* el caso más normal sería el de que el promitente pretendiera compensar la deuda contraída a raíz del contrato a favor de tercero con un crédito que ostenta frente al estipulante, de tal manera que frente a la reclamación del tercero o del estipulante opone la compensación de lo que el estipulante le debe por otro título. No se imagina el supuesto de que sea el estipulante quien pretenda compensar una deuda que ostenta frente al promitente con lo que éste debe en virtud del contrato a favor de tercero, puesto que, es de suponer que al estipularlo tenía cierto interés en su realización (*causa solvendi, donandi o credendi*). En la *relación de valuta* se analizará el caso más normal que será el del promitente que, cuando el beneficiario le reclama el cumplimiento, le excepciona la compensación de esta deuda con el contracrédito que tiene frente al beneficiario o que ostenta frente al estipulante.

Pues bien, comenzando con la *relación entre estipulante y promitente*, llamada relación de cobertura, hay que afirmar como hace la doctrina más autorizada, que es una normal relación obligatoria que está sometida a las mismas reglas generales del Derecho de obligaciones. Sin embargo, para

(118) Vid. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3.^a ed., tomo II, Sirey 1939, n.º 297; DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., pág. 80; MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, pág. 303; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, op. cit., pág. 438.

(119) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, op. cit., pág. 429.

decidir si entre ellos cabe el ejercicio de la compensación parece que en principio conviene distinguir si en el momento en el que se pretende ejercitarla ha recaído o no la aceptación por el tercero de la estipulación hecha a su favor. ¿Por qué?, porque la doctrina mayoritaria sostiene que desde el momento en que ha recaído la aceptación del beneficiario, las visitudes modificativas o extintivas que sufra el contrato base son irrelevantes para el beneficiario, salvo el caso de que éste las consienta (120). Por consiguiente, si aceptáramos la tesis mayoritaria que afirma que la aceptación del tercero es una *conditio iuris* para la adquisición del derecho y no un límite a la facultad revocatoria de las partes, efectivamente el momento de la aceptación sería el que nos diera la pauta para admitir o no la compensación por el promitente. Antes de la aceptación el tercero no habría adquirido derecho alguno, pero ¿cabe hablar de compensación? Para resolver este problema es imprescindible analizar el interés que guía al estipulante y al promitente a celebrar el contrato. En ambos sujetos las causas pueden ser las mismas. El estipulante puede guiarse por el interés de liberarse de una deuda que había contraído con anterioridad con el tercero y se sirve del promitente para cumplir esa obligación preexistente (*solvendi causa*). Puede proponerse únicamente beneficiar al tercero y se sirve del promitente para efectuar esa prestación (*donandi causa*) o con el fin de recibir del tercero una contraprestación (*credendi causa*). Los mismos motivos pueden ser los del promitente que en vez de cumplir su obligación con el estipulante acuerde para liberarse realizar la prestación a favor del tercero indicado por aquél (*solvendi causa*), que lo haga por beneficiar al estipulante (*donandi causa*) o por poseer un crédito frente a éste (*credendi causa*).

Pues bien, en mi opinión, si efectivamente existe una causa, cualquiera que ésta sea, que ha guiado a los sujetos contratantes a estipular la obligación del promitente frente al beneficiario, dotándola de autonomía puesto que lo que interesa a ambos es que ese tercero reciba la prestación, difícilmente se puede hablar de la posibilidad de compensar. Si se permite la compensación del promitente con un contracrédito que posee frente al estipulante para liberarse de este modo de su obligación de cumplir la estipulación a favor del tercero pactada, ¿para qué sirve dotar de autonomía la estipulación hecha a favor del tercero? Como acertadamente afirma Díez-Picazo, la causa por la cual se lleva a cabo la estipulación en favor o en beneficio del tercero sólo es posible encontrarla en la existencia de un interés del estipulante en que el pacto sea establecido y en que la promesa sea cumplida al beneficiario. Este interés debe existir, ser legítimo y digno y merecedor de la tutela jurídica (ya sea económico, ya sea moral). Ello obedece al juego del principio general de acuerdo con el cual el interés del acreedor es un elemento fundamental de la obligación y a la idea de

(120) Vid MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, op. cit., pág. 306.

que todo desplazamiento o toda atribución patrimonial debe reposar en una causa que lo justifique (121). Si se apoya la teoría de la aceptación del beneficiario como *conditio iuris* para la adquisición del derecho que contiene la estipulación, y el tercero todavía no ha aceptado, tanto el promitente como el estipulante reunirían todos los requisitos que los artículos 1.195 y 1.196 CC exigen para la compensación. No estarían haciendo uso de un derecho de crédito ajeno, pues nada habría adquirido el beneficiario. Supongamos que estipulante y promitente celebran un contrato por el que este último se compromete a darle 1.000 a un tercero. El tercero todavía no ha aceptado la estipulación. Posteriormente, en virtud de otra relación contractual en promitente resulta acreedor del estipulante por 1.000. ¿Puede compensar? Los seguidores de la tesis de la *conditio iuris* admitirán sin reparos que el promitente pueda oponer la compensación, porque —como dice VON TUHR— el contrato a favor de tercero se celebra por el estipulante en nombre propio y, por consiguiente la relación contractual nace en cabeza suya. El es y sigue siendo, por ejemplo, el vendedor, aun cuando pacte la entrega de la cosa a X, tercero beneficiario, como es y sigue siendo el arrendador, aun cuando a tenor del contrato haya de abonarse la renta a un tercero. Por eso nacen en cabeza suya no sólo los deberes del contrato, sino también todos los derechos que no haya asignado al tercero por la cláusula en que éste resulta favorecido (122).

Para los seguidores de la tesis de la adquisición directa del derecho por el tercero beneficiario el supuesto es implantable. Según ésta el derecho del beneficiario nace desde el mismo momento de la celebración del contrato realizado entre el estipulante y el promitente. Lo ha adquirido antes de la aceptación de la estipulación por el tercero y, por lo tanto, desde ese mismo instante el tercero deviene acreedor del promitente. La norma del artículo 1.257 cuando establece que *el tercero podrá exigir el cumplimiento de la estipulación siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada*, está trazando el límite al poder revocatorio del estipulante. La aceptación por el tercero hace irrevocable la estipulación, pero el derecho ha entrado en el patrimonio del tercero desde la celebración del contrato. Si esto es así, no podría plantearse el supuesto de la compensación del promitente frente al estipulante, sino que aquél debe necesariamente excepcionárselo al tercero cuando éste le exija el cumplimiento de la obligación. Se debe, por consiguiente pasar a examinar el ejercicio de la compensación en la relación entre promitente y beneficiario.

Entre promitente y beneficiario existe una relación patrimonial en virtud de la cual este último es titular del derecho establecido en su favor y el

(121) Vid. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, op. cit., pág. 435.

(122) Vid. *Tratado de las obligaciones*, tomo II, Reus, 1934, pág. 198; MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, op. cit., pág. 305.

primero soporta la situación de sujeto pasivo de aquél derecho (123). La doctrina es unánime a la hora de aceptar la facultad del promitente de oponer la compensación al beneficiario siempre que los contracréditos que se quieran compensar pertenezcan a la esfera de sus respectivos patrimonios. En este sentido, ante la reclamación de cumplimiento de la estipulación hecha por el beneficiario, el promitente podrá excepcionar la compensación de un crédito que ostenta frente a él, si se dan los demás requisitos legales para que opere la compensación. Imaginemos el supuesto típico del seguro de vida. El tomador (estipulante) ha convenido con el asegurador (promitente) que en caso de fallecimiento satisfará al beneficiario una cantidad determinada. Una vez producido el óbito, el beneficiario reclama la cantidad y el asegurador le opone la compensación de la suma que le debe con un crédito por la misma cantidad que ostenta frente al beneficiario. Con la ley en la mano no se podrá negar el ejercicio de la compensación por el promitente.

Sin embargo, a mi juicio, la cuestión planteada no es tan sencilla como a primera vista parece, puesto que si el contracrédito que posee el promitente frente al tercero es anterior a la promesa que se deriva del contrato concluido con el estipulante, esto es si el promitente celebra el contrato a favor de tercero conociendo que ostenta un crédito frente al tercero y sabe que en caso de reclamación de la promesa puede servirse de la compensación, ¿podrá sin más oponérsela?, ¿se cumple la finalidad proyectada por el estipulante al celebrar el contrato en favor de tercero? Pero esta misma observación ha de hacerse en el caso de que el contracrédito del promitente haya nacido con posterioridad a la celebración del contrato a favor de tercero, si existió un interés declarado o deducible del estipulante en que el beneficiario obtuviese la prestación, un interés claro en la ejecución de la prestación al tercero. En estas relaciones jurídicas triangulares no se puede aplicar sin más el concepto de finalidad del pago que se tiene para las relaciones bilaterales, puesto que no se trata tan sólo de satisfacer el interés que tiene el acreedor (tercero beneficiario), sino también el de aquella persona que pactó la estipulación (estipulante) y, por consiguiente, ha de pensarse que si el interés del estipulante expresamente declarado o deducido de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato fué el que el beneficiario recibiera la prestación y que, por consiguiente, ha excluido cualquier posibilidad de compensación, no se entenderá cumplida la obligación mediante el ejercicio de la compensación. En este supuesto específico, la compensación no equivale a pago y tanto el beneficiario como el estipulante podrán reclamar del promitente la ejecución (cumplimiento) de la estipulación. A pesar de la observación que se acaba de hacer ha de decirse que la doctrina se muestra unánime a la hora de

(123) Vid. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, op. cit., pág. 440.

aceptar el ejercicio de la compensación por el promitente frente al beneficiario con un contracrédito que tiene con éste. Se cumplen todos los requisitos establecidos en el Código Civil y, por consiguiente, no se plantean el interés de las partes (especialmente el del estipulante) en la celebración de la estipulación a favor de tercero.

Pues bien, si para el caso apenas tratado hoy por hoy existe unanimidad entre los autores a la hora de aceptar el ejercicio de la compensación, no ocurre lo mismo en el supuesto de que el promitente pretenda oponer la excepción de compensación derivada de su relación con el estipulante. La pregunta que ahora se plantea es la de si puede o no el promitente ejercitar la excepción de compensación frente al beneficiario por un crédito que ostenta frente al estipulante (derivada de la relación de cobertura). Pero antes de pasar a analizar las tesis que se sostiene actualmente acerca de esta posibilidad conviene recordar, aun a riesgo de ser reiterativo, que lo que se busca es la razón de permitírsele a un sujeto extinguir su obligación utilizando un contracrédito que no ostenta frente al acreedor y no la razón de prohibírselo. El Código Civil es claro en cuanto a los requisitos subjetivos que exige para que se haga valer la compensación: derecho propio, acreedores y deudores recíprocos en una relación principal. Por consiguiente, en principio, la posibilidad aquí propuesta está excluida de los dictados del ordenamiento. Habrá que encontrar una poderosa razón que nos permita afirmar que el promitente puede compensar con el contracrédito que tiene con el estipulante para liberarse de su obligación frente al tercero beneficiario, que es su acreedor directo y principal. Además, hay que recordar que en este estudio se examina la compensación legal, y no la convencional o judicial, en las que las partes o el juez pueden hacer valer la compensación aunque no se reúnan todos y cada uno de los requisitos establecidos. En este tema existen en la doctrina dos posturas: la que apoya la posibilidad de que se hagan valer frente al beneficiario las excepciones derivadas de la relación entre estipulante-promitente y la negadora de tal posibilidad.

Según la primera corriente, sostenida entre nosotros por MARTÍN BERNAL, no conviene perder de vista que el origen del derecho del tercero reside en las relaciones entre estipulante y promitente y, en este sentido, el derecho *depende y deriva* de aquéllas, y la causa de este derecho ha de buscarse, precisamente, en el contrato que entre aquéllos media, y en tal supuesto, el promitente podrá hacer valer frente al tercero todas las excepciones que habría podido hacer valer contra el estipulante. Las razones que ofrece este autor para permitir que el promitente ejercite frente al beneficiario las excepciones derivadas de su relación con el estipulante son:

1.^o) Que mediante la *exceptio non adimpleti contractus* el promitente puede rehusar la ejecución de un convenio cuyas contraprestaciones no se hayan realizado por el estipulante en los términos previstos. Esta idea la ha

desarrollado tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa para las que el incumplimiento de su obligación por el estipulante legitima al promitente a invocar frente al beneficiario tanto la *exceptio non adimpleti contractas* como la excepción de compensación. Se preguntará inmediatamente qué relación puede haber entre una y otra excepción. Los franceses ponen un ejemplo muy ilustrativo: Si el tomador del seguro no paga las primas, el asegurador si no ha resuelto el contrato al tiempo de producirse el riesgo, se encuentra siendo acreedor de las primas y deudor de la indemnización, lo que en términos de compensación, extinguiría las obligaciones. Si se admite, como lo hace la doctrina de aquel país, que el promitente pueda excepcionar al beneficiario la excepción de incumplimiento contractual, se debe admitir que se haga valer la compensación, porque el derecho de crédito adquirido por el tercero depende de la validez y existencia del contrato que lo creó. No siendo válido en contrato o existiendo una causa que haga extinguir las obligaciones que nacieron del mismo, el derecho del tercero debe sufrir las mismas vicisitudes que el negocio del que trae su causa (124).

2.⁹) Que de la estipulación y consiguiente aceptación del beneficiario se deriva la asunción por el promitente de la deuda que el estipulante contrajera en favor del primero.

3.⁹) Que de la aceptación del beneficiario y *tácito* asentimiento del promitente, causado por los propios actos, se sigue la asunción por el tercero de la deuda del estipulante para con aquél nacida de la estipulación misma (125).

Por el contrario, los autores que defienden la independencia de las relaciones entre el promitente y el beneficiario de las que éstos pueden tener respectivamente con el estipulante, es decir, los que sostienen que el derecho del beneficiario es independiente del negocio en virtud del cual se ha adquirido y que, por consiguiente, el hecho de que se trate de un derecho nacido del contrato entre estipulante y promitente, no empece para que en lo que a sus efectos se refiere se trate de una relación jurídica bilateral. Si la relación es bilateral en sus efectos se debe negar la posibilidad de que el promitente oponga al beneficiario excepciones (entre ellas, claro está, la de compensación) nacidas de sus relaciones con el estipulante. En efecto, si se mira el contrato en favor de tercero desde la óptica en que se ha venido observando desde el principio, esto es, como un contrato triangular en su formación y bilateral en sus efectos, habrá que concluir que acreedor de la estipulación es el tercero beneficiario y deudor de la obligación lo es el promitente. Este

(124) Vid. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., pág. 86.

(125) Vid. MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, op. cit., pág. 316; en Francia esta postura ha sido defendida, entre otros, por GRÚA, *VOZ Compensation*, op. cit., pág. 8, y por DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, op. cit., págs. 84 y ss.

punto de vista lleva a sostener que difícilmente podrá pensarse que el promitente pueda extinguir su obligación frente al beneficiario alegando un derecho de crédito que tiene con el estipulante. Si la regla general deducida de los arts. 1.195 y 1.196 del Código Civil es la de que el deudor no puede utilizar para la compensación los créditos que tenga contra persona distinta a la de su acreedor, cuando existe un contrato en beneficio de tercero, el deudor no debe poder compensar su deuda con el beneficiario con un crédito que ostenta contra el estipulante. Como, por ejemplo, establece el Código Civil suizo de las obligaciones el deudor se obliga sabiendo que se obliga con un tercero, con lo que pierde la posibilidad de oponer en compensación a esa deuda los créditos que tenga contra el estipulante (126).

Para finalizar este epígrafe no se puede dejar sin comentar uno de los argumentos al que recurren los sostenedores de la oponibilidad de la compensación por el promitente al tercero de su contracrédito con el estipulante: la equiparación de la *exceptio non adimpleti contractas* con la excepción de compensación. La primera de ellas se funda en la regla de la ejecución simultánea y en la idea de que cada parte puede rehusar el cumplimiento de la obligación puesta a su cargo mientras la otra no cumpla con la suya. Ninguna de las partes de una obligación sinalagmática puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la propia obligación. Constituye una medida de defensa del demandado cuyo efecto primordial es el de la suspensión provisional de la prestación que a cargo del legitimado para oponerla incumbe realizar. Se trata de neutralizar temporalmente el derecho o la acción del actor, pero no lo extingue, ni destruye (127). La excepción de compensación, por su parte, supone la extinción de las obligaciones. La raíz última de la compensación, ya se dijo más arriba, se encuentra en el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado, puesto que es contrario a la buena fe pedir aquello mismo que luego ha de ser restituido (*dolo facit qui petit quod redditurus est*). Seguramente existe una conexión entre ambas excepciones, ambas están inspiradas en el principio de buena fe y en ambos casos, la excepción sólo es oponible entre deudores y acreedores recíprocos, en el primero sólo se puede utilizar cuando existe una relación sinalagmática, en el segundo basta con que se trate de sujetos recíprocamente obligados. Sin embargo, la finalidad de la primera es dilatoria del cumplimiento, y el de la segunda es extintiva de las obligaciones. Quiere ello decir, que a pesar de que se le facultase al promitente para excepcionar el contrato no cumplido por parte del estipulante, no necesariamente se le

(126) Vid. en este sentido, VAZ SERRA, «Compensação», op. cit., pág. 48.

(127) Vid. Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1994, pág. 164.

estaría facultando para extinguir por compensación su obligación. Aún con todo, parece que la postura más acorde con la naturaleza del contrato con estipulación a favor de tercero, es la de estimar cada una de las relaciones jurídicas existentes independientes entre sí y, por consiguiente, rechazar la idea de que el incumplimiento de su obligación por el estipulante pueda afectar o respaldar el incumplimiento a su vez del promitente frente al tercero beneficiario. En el supuesto que se contempla, el promitente debe cumplir su obligación, ejecutando la prestación prometida, independientemente del hecho de que le asista una acción de cumplimiento contra el estipulante *incumplidor*. En cuanto a la compensación, por los mismos motivos, no parece factible que pueda hacer valer esta excepción si el contracrédito compensable no lo ostenta frente al beneficiario (que es su acreedor), sino frente al estipulante (que no lo es y, por consiguiente, no cumple el requisito legal de la reciprocidad).

GEMA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid