

Los subrogados del pago

SUMARIO: 1. LA DACION EN PAGO. PRECISIONES.—2. NATURALEZA JURIDICA DE LA DACION EN PAGO: A) La dación en pago como contrato de compraventa. B) La dación en pago como novación. C) La dación en pago como acto complejo. D) La construcción de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. E) Crítica a estas doctrinas y nuestra posición.—3. REQUISITOS DE LA DACION EN PAGO.—4. EFECTOS DE LA DACION EN PAGO.—5. PAGO POR CESION DE BIENES. ANTECEDENTES.—6. NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION DE BIENES EXTRAJUDICIAL.—7. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE CESION DE BIENES.—8. EFECTOS DEL CONTRATO DE CESION DE BIENES.—9. OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION. GENERALIDADES.—10. EL OFRECIMIENTO DE PAGO. NATURALEZA, FORMA Y REQUISITOS.—11. SUPUESTOS EN QUE SE EXCEPTUA EL OFRECIMIENTO DE PAGO.—12. LA CONSIGNACION. NATURALEZA JURIDICA.—13. REQUISITOS DE LA CONSIGNACION.—14. EFECTOS DE LA CONSIGNACION.

1. LA DACION DE PAGO. PRECISIONES

Aunque el pago, como exacta realización de la prestación debida, exige en su consideración rigurosa la puesta en escena de todos los elementos personales, reales y circunstanciales contemplados en el vínculo obligatorio, ello no impide a que la satisfacción del acreedor, punto de referencia básico a la hora del cumplimiento obligatorio, pueda obtenerse también a través de otros mecanismos jurídicos que, no siendo rigurosamente pago, tienen, empero, unos efectos liberatorios y extintivos similares a él. No debe extrañar, en consecuencia, que en tales casos se hable de modalidades, subrogados, sustitutivos, equivalentes o figuras similares al pago. Una de ellas es la dación en pago.

Por dación en pago debe entenderse todo acto por el que el deudor realiza una prestación distinta de la debida (*aliud pro alio*) y el acreedor la acepta con los mismos efectos que el pago. En los Derechos alemán e italiano se habla de «prestación en lugar del cumplimiento» para referirse a la misma (ese es el epígrafe del artículo 1.197 del *Codice*), ex-

presión no demasiado precisa desde el ángulo dogmático y susceptible, por tanto, de engendrar equívocos, ya que literalmente entendida parecería como si en el cumplimiento no jugase la prestación (cuando el mismo consiste precisamente en su exacta ejecución) y ésta pudiese operar al margen del fenómeno solutorio, mientras que su correcta caracterización la engarza necesariamente al mismo, e, incluso, en una consideración rigurosa, ni siquiera cabría hablar en el supuesto en estudio de «prestación», pues es claro que semejante denominación debe reservarse, *stricto sensu*, para el originario y único objeto de la relación obligatoria que se extingue mediante el sucedáneo del pago. Parece, por tanto, que para referirse a semejante acontecer conviene utilizar la nominación tradicional de dación en pago (*datio in solutum*).

A diferencia de los Códigos civiles alemán e italiano, el nuestro no regula en forma expresa la figura, aunque no falten referencias o menciones de la misma en diversos artículos. Es lo que ocurría en el originario artículo 1.137 (a propósito de la dote) y lo que ocurre en los artículos 1.521 (retracto legal), 1.636 (tanteo y retracto en el censo enfiteútico) y 1.848 (extinción de la fianza). No existe, empero, inconveniente alguno para su admisión al amparo del principio general de la autonomía privada consagrado de manera fundamental en el artículo 1.255 del Código Civil, pues es obvio que las partes son libres para ponerse de acuerdo sobre el hecho de que una determinada actuación del deudor sea sustituida por otra a los mismos efectos satisfactorios y liberatorios del pago. Sí la contempla, en cambio, la Ley 495 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, a cuyo tenor: «Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto al debido, la obligación se considerará extinguida tan sólo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación».

Así, aunque nuestro Código Civil no diga como el italiano, «el deudor no puede liberarse realizando una prestación diversa de la debida, aun cuando sea de un valor igual o mayor, salvo que el acreedor consienta» (artículo 1.197), o como el alemán, «la relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida» (parágrafo 364), sino que más bien parezca sentar el principio contrario al disponer en su artículo 1.166 que «el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida» (*aliud pro alio invito creditore solve non potest*), lo cierto es que al no tener dicha norma naturaleza imperativa (y no puede tenerla ya que no existe razón suficiente para negar al acreedor la libre disposición de sus intereses), puede

perfectamente éste aceptar la prestación diferente que el deudor le ofrece en pago (*aliud pro alio solvere*) en lugar de la originaria, pues una cosa es que el deudor no pueda obligar al acreedor a recibir cosa distinta de la debida (principio de la identidad de la prestación) y otra, particularmente diferente, que al mismo se le prohíba aceptarla, algo que escasamente tendría sentido en el mundo voluntarista de las obligaciones. Queda claro, pues, el carácter dispositivo del artículo 1.166 del Código Civil español, aunque el mismo no incluya la coletilla que recoge el artículo 1.197 del *Codice civile*, «salvo que el acreedor consienta», ya que, como advierte BERCOVITZ, es evidente «la posibilidad que tiene el acreedor de renunciar a la posibilidad que le brinda el artículo 1.166, aceptando el cambio introducido por el deudor en el momento del pago» (1).

Lo que, en todo caso, resulta claro es que la dación en pago se formula como una excepción al principio de que «no se puede pagar una cosa por otra contra la voluntad del acreedor», ya que lo normal será que las obligaciones se extingan mediante la ejecución de la prestación adeudada y tan sólo excepcionalmente a través de la realización de una prestación diferente. Así como que la consideración rigurosa de la figura debe circunscribirse a la que se plasme mediante la aceptación voluntaria por el acreedor del cambio prestacional, ya que la denominada dación en pago forzosa o legal escasamente guarda relación alguna con el mecanismo jurídico del pago (ni siquiera en la vertiente de subrogado o equivalente del mismo que la *datio in solutum supone*), sino que se refiere más bien a la extinción *ministerio legis* de determinadas obligaciones. Aparte de que la sedicente modalidad de la dación en pago legal ha desaparecido prácticamente de los ordenamientos modernos.

Contrariamente, el Derecho romano justinianeo contempló con relativa holgura el mecanismo de la *datio in solutum neccessaria* al admitirla en línea de principio siempre que el deudor fuese una iglesia, obra pía u otra institución piadosa (2). Además, JUSTINIANO permitió que, en determinadas circunstancias adversas, el deudor que sin culpa por su parte no lograra procurarse el dinero debido, podía liberarse de su obligación mediante la entrega de bienes inmuebles, según una estimación justa de los mismos y siempre que ofreciere los mejores que obrasen en su patrimonio: «Mandamos que los jueces..., después de haber mandado hacer una escrupulosa apreciación de los bienes del deudor,

(1) BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, XVI-1, Madrid, 1980, pág. 105.

(2) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pág. 760.

den a los acreedores la posesión de los inmuebles. Mas la adjudicación todavía se hará de esta manera: al acreedor se le darán las fincas mejores, haciendo que al deudor, después de pagada la deuda, le queden las peores, pues no sería justo que el que entrega oro reciba lo que no le valga; ya que se le obliga a tomar fincas, al menos que se le den las mejores del deudor, habiendo en esto alguna compensación» (3).

Por lo que hace a la dación en pago convencional, el Derecho romano no planteó problema alguno respecto a su admisión y operatividad, discutiendo tan sólo los juristas clásicos en relación a los efectos de la misma, polémica que nos ha conservado GAYO (4). Así, mientras los proculeyanos sostenían que la *datio in solutum* sólo otorgaba al deudor una *exceptio doli* para el caso de que el acreedor, que ha recibido y aceptado un objeto diferente, reclame luego el debido, por lo que configuraban a aquélla como un modo de extinción *ope exceptionis*, los sabinianos, en cambio, defendían que la *datio in solutum* operaba la extinción de las obligaciones *ipso iure*, equiparándola por completo al pago (5). JUSTINIANO se decantó a favor de esta segunda orientación al establecer en sus Instituciones: «Por el pago de lo que se debe se extingue toda obligación, o también si uno, consintiéndolo el acreedor, pagare una cosa por otra» (6).

No es necesario advertir que aunque el instituto se denomine dación en pago no cabe entenderlo, en base a una textual consideración del término *dare*, como circunscrito a los supuestos en que el deudor, con asentimiento del acreedor, realice la transmisión de la propiedad de una cosa o la constitución o transferencia de un derecho real limitado sobre la misma (*rem pro re* o *rem pro pecunia*), sino que abarcará todo supuesto de transmisión o constitución de un derecho real, cesión de derechos de crédito, *facere, non facere* y, en general, cualquier tipo de prestación con tal que sea distinta de la prestación inicialmente debida (7). De la misma manera, aunque a veces por la doctrina y la jurisprudencia españolas se emplean como sinónimas las expresiones dación y adjudicación en pago, resulta impropio semejante equiparación, ya que, según advierte LATOUR, la denominación de adjudicación en pago debe reservarse para los casos de adquisición de la propiedad por acto del Estado, bien sea a través de acto de autoridad, funcionario,

(3) Nov. 4,3.

(4) GAYO, 3,168.

(5) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano...*, op. cit., pág. 760.

(6) Inst. 3,29pr.

(7) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, 1957, pág. 5 de la separata.

etcétera, o persona investida con las necesarias facultades por el ordenamiento jurídico (8).

Mediante la *datio in solutum* puede extinguirse todo tipo de obligaciones con indiferencia de que su origen sea negocial, legal o el hecho ilícito, porque es evidente que la finalidad a la que la misma se enrumba, facilitar con la aquiescencia de los acreedores la satisfacción de los créditos, se presenta como deseable en cualquier especie de vínculo obligatorio, siempre, como es natural, que la entrega de la prestación distinta de la debida sea aceptada por el acreedor «en lugar del pago» (*pro soluto*) (9). Por lo que no resulta razonable el parecer de WIEACKER en el sentido de que la *datio in solutum* no procede respecto a las obligaciones de indemnizar los daños y perjuicios causados por hecho culposo (10).

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA DACION EN PAGO

En el Derecho romano justiniano, quizá por influencia griega, se tiende a asimilar la *datio in solutum* al contrato de compraventa, posición facilitada, sin duda, por el hecho de que en una mayoría determinante de supuestos prácticos el deudor que no podía pagar la deuda dineraria debida entrega a cambio al acreedor una cosa de su propiedad. En tales casos, el símil se presenta con aparente claridad: el deudor está realmente vendiendo la cosa por el precio que supone la suma debida al acreedor-comprador (11).

Glosadores y comentaristas (BARTOLO, BALDO, DECIANO, DURANTE, DE GAMBILIONIBUS, etc.), siguiendo esta misma orientación, verán en la *datio in solutum* un contrato solutorio, irrevocable y de naturaleza jurídica similar a la compraventa. Consecuentemente, exigirán que, al igual que ésta, la dación en pago debe valer *in toto* y asimismo, por analogía con la compraventa, deberá especificarse la cuantía del precio atribuido a la cosa dada *in solutum* y la del débito por el que la cosa resultaba cedida. En el supuesto de que con posterioridad a la recepción el acreedor sufra evicción de la cosa dada en pago, los doctores del Derecho común consideraron que podrá actuar mediante la *actio pri-*

(8) LATOUR BROTONS: «Notas sobre la dación en pago», en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 632.

(9) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, pág. 418.

(10) WIEACKER: *Zum System des deutschen Vermögensrechts*, Leipzig, 1941, página 52.

(11) *Dare in solutum est vendere* (C. 8,44; Inst. 1,4). *Dare in solutum est quasi vendere. Huius modis contractus, vicem venditionis obtinet* (D. 13,7,34; C. 8,45,8; C. 7,45,4, etc.).

maera, es decir, con la acción correspondiente a la primitiva relación existente entre él y el deudor (12). Con semejantes precedentes históricos no debe extrañar, por tanto, que la construcción dogmática de la *datio in solutum* como compraventa haya gozado de especial predicamento en la doctrina y en la jurisprudencia modernas.

A. LA DACIÓN EN PAGO COMO CONTRATO DE COMPRAVENTA

El engarce con la doctrina clásica reseñada se hará en este punto, como en tantos otros de la moderna civilística, a través de la opinión de DOMAT y POTHIER. Afirmará el primero que «si el acreedor de una cantidad consiente recibir en pago una finca u otra cosa, constituirá esto una venta cuyo precio será la cantidad debida» (13). Y para el segundo, «la dación en pago es un acto muy parecido al contrato de compraventa, pues la cosa que se entrega en pago representa la cosa vendida y la cantidad en pago de la cual se da representa el precio». No obstante, POTHIER puntualizará que, frente al carácter consensual de la compraventa, en la dación en pago se precisa la *traditio rei*, que cabe la repetición de la cosa entregada cuando exista error respecto al débito y que en la *datio in solutum*, a diferencia de lo que ocurre en la *emptio-venditio*, es exigencia esencial la transmisión de la propiedad de la cosa dada (14). Tras la promulgación del *Code Napoléon*, diversos autores como TROPLONG, DEMOLOMBE y LAURET insisten en esta aproximación conceptual, aunque no olviden reseñar también las diferencias dogmáticas existentes entre una y otra figura.

También en España esta postura de asimilar la dación en pago a la compraventa ha gozado tradicionalmente de amplio predicamento. ESCRICHE no dirá que la *datio in solutum* es un contrato equivalente a una verdadera venta, pues se encuentra en ella todo lo que es esencial a ésta: consentimiento, cosa y precio (15). GARCÍA GOYENA considera de manera tajante, a propósito de los bienes dotales, que «la dación en pago es equiparada a la venta» (16). Posteriormente, SÁNCHEZ ROMÁN estimará que «la dación en pago viene a constituir una enajenación parecida a la

(12) BUSSI: *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, Padua, 1937, págs. 330-331.

(13) DOMAT: *Las leyes civiles en su orden natural*, II, Barcelona, 1884, página 262.

(14) POTHIER: *Tratado del contrato de compra y venta*, Barcelona, 1841, páginas 303-306.

(15) ESCRICHE: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, II, Madrid, 1786, pág. 596.

(16) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 685.

compraventa, en la cual dicho crédito (el extinguido) figura como precio (17); MANRESA que es una especie de compraventa, en que el importe de la obligación primitiva hace las veces del precio, concurriendo, por tanto, los requisitos esenciales de aquel contrato» (18); PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER que «la dación en pago no es sino una compraventa» (19); y más matizadamente CASTÁN TOBEÑAS opina que «la solución preferible parece ser considerar la dación en pago como una modalidad o variante del pago, pero que implica, a la vez, una transmisión onerosa y ofrece, desde este punto de vista, analogías con el contrato de compraventa» (20).

También nuestra jurisprudencia ha mostrado una marcada tendencia en pro de la equiparación. En la Sentencia de 14 de noviembre de 1881 se declara que «la dación en pago importa una verdadera venta», y lo mismo ocurre en las Sentencias de 21 de diciembre de 1905 y 11 de mayo de 1912. En la Sentencia de 22 de octubre de 1914 se afirma de manera enfática que la *datio in solutum*, al implicar consentimiento explícito en la cosa y en el precio, «constituye una venta perfecta»; criterio que ratifica la Sentencia de 9 de enero de 1915 al señalar que «el convenio por virtud del cual se adjudica o da una cosa determinada en pago total y definitivo de un crédito líquido, constituye un verdadero contrato de compraventa, sea cual fuere el nombre que se le asigne por los contratantes, ya que reúne los requisitos todos que para su existencia y validez exige el artículo 1.445 del Código Civil». Igualmente, según la Sentencia de 9 de diciembre de 1943, la dación en pago «se configura como un contrato de compraventa, en el que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio, tal como puede inferirse del artículo 1.521 del Código Civil»; y en similares términos se manifiestan las Sentencias de 7 de enero de 1944 y 13 de marzo de 1953. En fin, a tenor de la Sentencia de 8 de noviembre de 1966 se considera que «con el criterio que puede llamarse clásico en la doctrina, la dación en pago es una compraventa, y así parece entenderlo el Código Civil en los artículos 1.521, 1.636 y 1.849, en los que nivela la dación en pago a la venta, y así lo viene entendiendo la doctrina de este Tribunal». La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 10 de agosto de 1918, asimismo, estima que desde el punto de vista práctico las analogías entre la adjudicación en pago y la compraventa

(17) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, IV, Madrid, 1899, pág. 278.

(18) MANRESA y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, VIII-1 (5.ª edición, revisada por MORENO MACHOLÍ), Madrid, 1950, págs. 610-611.

(19) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Ennecerus y Lehmann*, I, Barcelona, 1933, pág. 317.

(20) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1978, pág. 382.

son evidentes y que los precedentes del Código justiniano, que otorgaban a la dación *vicem venditionis obtinet*, han encontrado adecuado desenvolvimiento en los artículos 1.459, 1.521, 1.536, 1.638 y otros del Código Civil, «que equiparan a la venta y a la dación en pago, al menos por lo que se refiere a los preceptos generales y a la capacidad de los otorgantes».

Simple variante de la corriente doctrinal que se comenta constituye la formulación de la dación en pago como una compraventa cuyo precio se compensa, mediante acuerdo entre acreedor y deudor, con el crédito en cuyo pago se realiza la entrega de la cosa (SCHLIEMANN, BEKKER), postura que encuentra un cierto eco en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 1933 cuando sostiene que en la adjudicación en pago «se realiza una enajenación a título oneroso por precio debido y compensado».

B. LA DACIÓN EN PAGO COMO NOVACIÓN

Los excesos de la teoría anterior llevaron a un buen número de autores franceses (aunque exista algún precedente, ROMUSSI, RUBO, etc.) a conformar la dación en pago como una novación por cambio de objeto. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE consideran, en tal sentido, que la *datio in solutum* es una novación porque por más que la nueva obligación resulte inmediatamente ejecutada es posible distinguir entre la convención novatoria y su ejecución, lo que debe llevar a reconocer que aunque sólo sea por un instante ha existido la nueva obligación. El fundamento legal de este criterio se halla en el artículo 2.038 del *Code* (liberación del fiador cuando tenga lugar la dación en pago, aunque el acreedor llegue a perder por evicción la cosa recibida, artículo 1.849 del Código Civil español), ya que el mismo sólo encontraría razonable explicación si se admite que la originaria obligación se ha extinguido mediante la novación que supone la *datio in solutum* (21). Igual será el parecer de AUBRY y RAU (22), BONNECASE (23) y JOSSERAND (24).

En Italia se inclinan por esta orientación AMBROSSETTI y PACIFICI-MAZZONI (24 bis), y en España, DE DIEGO estima que la dación en pago

(21) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Traité théorique et pratique de Droit civil (Des obligations)*, II, París, 1907, pág. 793.

(22) AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, IV, París, 1938, pág. 231.

(23) BONNECASE: *Elementos de Derecho civil*, II, México, 1945, pág. 539.

(24) JOSSERAND: *Derecho civil*, II-1, Buenos Aires, 1950, pág. 718.

(24 bis) AMBROSSETTI: «*Datio in solutum*», en *Digesto italiano*, IX, pág. 126. PACIFICI-MAZZONI y VENZI dirán de manera enfática que «la dación en pago presupone que entre las partes se ha operado una novación, en virtud de que la cosa que formaba la materia de la obligación ha sido sustituida por otra»: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, IV, Turín, 1929, pág. 540.

se considera «más que como forma de pago, como una novación por cambio de objeto..., acompañada de realización inmediata» (25), mientras DE BUEN afirma que la misma «tiene el aspecto de una novación acompañada de ejecución inmediata, y deberá regirse por las disposiciones de la novación y del pago (26). También hay algún destello de esta construcción en nuestra jurisprudencia, ya que en la Sentencia de 9 de diciembre de 1943 se habla de la «transmisión irrevocable, novatoria y totalmente extintiva que es característica de la adjudicación en pago», en razón de que mediante la misma tiene lugar «la transformación por novación objetiva de una obligación genérica de pago (*sic*), en otra de transmisión de la propiedad de una cosa específica» (también Sentencia de 1 de marzo de 1969). Y lo mismo ocurre en algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado: 10 de agosto de 1918, 10 de enero de 1919, 13 de diciembre de 1943, etc.

Dentro de esta misma corriente cabe situar también a GIORGI, aunque con puntualizaciones. Para el clásico autor italiano, si se entiende la *datio in solutum* en sentido estricto (tradición efectiva de una cosa corporal), no cabe admitir el concepto de novación, ya que ésta consiste en sustituir una obligación por otra, mas si se amplía aquélla y suponemos que el deudor ha dado en pago un *nomen iuris* (*debitum pro debito*), o la obligación sustituida a la precedente no cambia la persona del deudor, y tendremos una verdadera novación objetiva, o la obligación sustituida cambia la persona del deudor, en cuyo caso puede haber una novación objetiva. Si el objeto de la *datio in solutum* ha sido un *factum*, o el hecho es prometido y no realizado, y existe verdadera novación, o el hecho está ya prestado, y entonces no puede surgir la cuestión porque la satisfacción del acreedor está útil e irrevocablemente cumplida (27).

C. LA DACIÓN EN PAGO COMO ACTO COMPLEJO

No faltan tampoco autores que atribuyen a la *datio in solutum* naturaleza de figura compleja o mixta en cuanto participaría de los caracteres de distintos institutos civiles. Así, para COLIN y CAPITANT, la dación en pago presenta facetas del pago (la liberación del deudor), supone en ciertos casos una novación por cambio de objeto (cuando el acreedor

(25) CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1959, páginas 417 y sigs.

(26) DE BUEN: *Notas al Curso elemental de Derecho civil de Colin y Capitant*, IV, Madrid, 1925, pág. 226.

(27) GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, VII, Madrid, 1912, págs. 347-348.

accepte la constitución de una nueva obligación) y por sus efectos puede ser asimilada bien a una compraventa bien a una permuta (28). De la misma manera, en opinión de PLANIOL y RIPERT, la figura en estudio constituye una especie anormal de pago, es equiparable a la novación objetiva y cabe asimilarla a una compraventa cuyo precio se compensa con el crédito preexistente (29).

En España, MUCIUS SCAEVOLA considera que «la dación de bienes en pago de un crédito es una forma híbrida del cambio, puesto que participa de la naturaleza de modo extintivo de una obligación preexistente, es decir, de una relación jurídica anterior y de los caracteres de la compra» (30); y en el sentir de ESPÍN CÁNOVAS, se trata de un contrato extintivo, pero como la nueva prestación consiste en la transmisión de la propiedad de una cosa, dicho convenio presenta semejanza con la compraventa, lo que determina que, como se trata de un solo contrato, no quepa hablar de pago simplemente o de compraventa tan sólo, sino que se trata de «un contrato mixto, al que se han de aplicar, en lo procedente, las reglas de una y otra materia» (31). También en la Sentencia antes citada de 9 de diciembre de 1943 se acoge la naturaleza compleja de la dación en pago, pues aunque resalta en relación a la misma su condición de novación objetiva, combina esta caracterización con la de forma de pago y, sobre todo, con la de la venta, al reseñar que en la doctrina española domina la idea de que la figura se conforma «como un contrato de compraventa, en que el crédito a satisfacer adquiere la condición de precio tal como puede inferirse del sentido del artículo 1.521 del Código Civil».

D. LA CONSTRUCCIÓN DE FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que es quien con mayor detalle y profundidad se ha ocupado del punto de la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* en nuestra doctrina, estima que en cuanto al deudor no puede constreñir a su acreedor a recibir una prestación distinta a la debida (*aliud pro alio invito creditore solvi non potest*), y éste, a su vez, no puede exigir a aquél algo diferente a lo adeudado (*aliud pro alio invito debitore non potest*), parece lógico considerar que para que la dación

(28) COLIN y CAPITANT: *Cours élémentaire de Droit civil français*, II, París, 1953, págs. 647-648.

(29) PLANIOL y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, VII, La Habana, 1945, págs. 588-589.

(30) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil comentado y concordado*, XXIII, Madrid, 1906, pág. 424.

(31) ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, III, Madrid, pág. 954 y pág. 145.

en pago tenga eficacia extintiva de la obligación deba existir un acuerdo entre el acreedor y el deudor al respecto. Del valor y significado que se otorgue a este convenio resultará la naturaleza jurídica de la figura.

¿Se tratará de un contrato real *quod constitutionem*? Esta formulación ha gozado y goza de amplia difusión en la doctrina civil (POTHIER, RÖMER, PLANCK, CROME, LEHMANN, BARASSI, BARBERO, MENGONI, GONZÁLEZ PALOMINO, etc.), habiéndose visto facilitada por el hecho de que al aludir la propia terminología del instituto (*datio in solutum*) al elemento real y no mencionar el consensual, induce a creer que en la misma la entrega de la cosa forma parte del supuesto constitutivo del negocio.

En su opinión, en cuanto la dación en pago se perfecciona en el instante en que acreedor y deudor convienen que la realización de una prestación distinta de la debida extinguirá la obligación, resulta que semejante realización no forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación, sino que supone tan sólo la ejecución o consumación de dicho contrato... Para el supuesto en que acuerdo y cumplimiento coincidan en el tiempo, nos hallaremos ante un contrato manual, lo que no influirá en su estructura de contrato integrado por el acuerdo de extinguir la obligación mediante una prestación distinta de la debida (momento constitutivo) y la efectiva realización de la nueva prestación (momento ejecutivo).

Se trataría de un contrato atípico provisto de cierta tipicidad social, cuya falta de regulación en el Código Civil podría cubrirse con los usos y costumbres, las decisiones jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina científica. Dicho contrato genera una nueva obligación que ni se identifica ni reemplaza a la obligación inicial, sino que, por dirigirse precisamente a su extinción, depende y se agrega a ella; de lo que resulta que la obligación de realizar el *aliud* no es una obligación independiente, ya que su existencia y subsistencia están subordinadas a las de la obligación para cuya extinción fue establecida.

El contrato de dación en pago impone al deudor el deber de ejecutar la prestación convenida en lugar de la originaria, no le concede la simple posibilidad de liberarse con la realización del *aliud*, por lo que no cabe identificarlo con el pacto que establece a favor de aquél una *facultas alternativa*. De la misma manera, en cuanto el acreedor no puede rechazar la ejecución de la nueva prestación, tampoco se establece una facultad de tal signo a favor del mismo que le permitiría elegir entre una y otra conducta del deudor.

La realización de la nueva prestación convenida supone, por un lado, la ejecución del convenio de dar en pago y, por el otro, la extinción de la relación obligatoria principal. Como la verificación de la nueva prestación satisface al igual que el pago el interés del acreedor, no debe

extrañar, en consecuencia, que la doctrina haya visto en la *datio in solutum* un equivalente, subrogado o sucedáneo del pago.

El cumplimiento del *aliud* constituye una atribución patrimonial del deudor al acreedor que puede consistir en la transmisión de una cosa (*rectius*, del derecho de propiedad sobre la misma) o de un derecho, constitución de un derecho, prestación personal de servicios o cualquier otra actuación, incluso omisiva, del deudor. Semejante atribución tiene lugar *solvendi causa* en cuanto por su través se persigue extinguir la obligación, por lo que el convenio de *datio in solutum* nada nos aclara respecto al carácter oneroso o gratuito de la realización del *aliud*, ya que constituye un simple medio para la consumación del contrato fuente de la obligación inicial. Habrá que atender, pues, a éste para determinar la onerosidad o gratuidad de la atribución patrimonial en que la dación en pago se sustancia (32).

E. CRÍTICA A ESTAS DOCTRINAS Y NUESTRA POSICIÓN

La teoría tradicional que asimila la dación en pago a la compraventa escasamente puede resistir los embates de una crítica rigurosa. De entrada, sufre una limitación importante: sólo serviría para aquellos casos en que la deuda fuere de dinero y el *aliud* consistiera en la transmisión de la propiedad de una cosa, o viceversa. Lo que determinarían la exclusión de la misma de buen número de las obligaciones de dar, de todas las obligaciones de hacer y de no hacer, así como de las pecuniarias cuando se cumplan mediante una prestación que no consista en la entrega de cosa (33), frente a la que hemos visto situación normal de la figura que admite la ejecución en pago de cualquier clase de prestación. Por otro lado, si se quiere considerar dación en pago, como difícilmente podrá ser de otra manera, todos aquellos otros supuestos que no encajan en la estricta configuración de la compraventa, habrá que atribuir a la misma naturaleza cambiante, ya que resultará compraventa, permuta, arrendamiento de servicios o contrato innominado en función de cuál sea la condición del *aliud* y del *debitum* originario, algo que carece de sentido cuando se trata de establecer la naturaleza de una determinada figura jurídica.

Tampoco la variante de la orientación que se critica de ver en la *datio in solutum* una compraventa cuyo precio se compensa con el crédito preexistente puede resultar admisible, ni siquiera en el supuesto estricto en que la dación tiene lugar precisamente mediante la transferencia de

(32) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Naturaleza jurídica...*, loc. cit., págs. 34 y sigs.

(33) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 109.

la propiedad de una cosa en pago de deuda pecuniaria, pues parece obvio que el pretendido derecho del deudor a recibir del acreedor el precio de la venta, crédito que se compensa *ope legis* con el que frente a él ostenta, a su vez, dicho acreedor, no llega nunca a nacer, ya que la entrega de la cosa lo único que produce es la extinción de la previa obligación que vincula al dador, sin que alcance a producir la aparición de una nueva relación crediticia dineraria de signo inverso a aquélla, y, por tanto, mal cabrá hablar de compensación.

Y es que, en línea de principio, la equiparación entre compraventa y dación en pago resulta forzada, pues, la función económico-social (causa) de una y otra es particularmente diferente, porque mientras en la primera consiste en el intercambio entre cosa y dinero, en la segunda se sustancia en la extinción de una preexistente relación obligatoria. De una, nacen obligaciones; con la otra, se extingue la que ya existía, pues, como decía DERNBURG, la dación en pago sólo tiene lugar cuando resulte clara la intención de las partes de extinguir una obligación (*animus solvendi*).

No debe extrañar, en consecuencia, que la construcción que se comenta haya sido considerada por BARASSI, «cómoda, pero barroca»: cómoda, porque permite la extensión analógica de algunas de las reglas de la compraventa (en especial, la garantía por evicción), y barroca, porque semejante extensión se explica no por una identidad conceptual, que no existe, sino tan sólo si lo permite la naturaleza intrínseca de la prestación (34). Como más adelante tendremos ocasión de considerar, la exigencia de responsabilidad al deudor en el caso de que el comprador sufra evicción de la cosa entregada se puede justificar cumplidamente sin necesidad de transformar la dación en una genuina compraventa.

Del hecho de que en diversos artículos de nuestro Código Civil (artículos 1.521 y 1.638) se coloque la dación en pago junto a la compraventa al objeto de someterlas a un tratamiento común respecto a determinados mecanismos jurídicos (ejercicio del derecho de retracto), no se desprende identidad alguna de naturaleza jurídica entre una y otra, sino tan sólo circunstanciales coincidencias en algunos de sus efectos; antes bien, constituye precisa prueba de su distinta sustancia en cuanto el legislador parece sentirse compelido a mencionar a ambas específicamente. En el mismo sentido, ni del artículo 1.459, 5.º, ni del 1.536 o del 1.849 del Código Civil cabe deducir argumento a favor de la asimilación, sino más bien lo contrario, pues dichos preceptos vienen a establecer para la dación en pago unas consecuencias diferentes de las

(34) BARASSI: *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1948, pág. 147.

que procederían caso de tratarse de una verdadera compraventa. Y es que, como advierte JOSSERAND, la venta es un «acto de especulación», mientras que la dación en pago es un «acto de liquidación».

La configuración de la *datio in solutum* como un supuesto de novación objetiva constituye unas de esas típicas «fantasías teóricas» a que tan dada fue la doctrina francesa clásica, pues no cabe duda de que supone una simple elucubración considerar de esa manera la figura, en base, como, por ejemplo, dicen BAUDRY-LECANTINERIE y BARDE, a estimar que por más que la nueva obligación sea inmediatamente cumplida, siempre será posible distinguir entre el convenio novatorio y su ejecución, y, por tanto, deberá reconocerse que aunque sólo sea «por un instante» ha existido la nueva obligación.

La novación estricta implica la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva nacida precisamente con este objetivo (*animus novandi*), y aquí no se alcanza a ver cómo puede operar semejante mecanismo, pues la precedente obligación nunca es sustituida por otra, sino tan sólo ocurre que desaparece cuando el acreedor acepta *pro soluto* (nunca *pro solvendo*) la diferente prestación que le ofrece el deudor.

Por otro lado, si se tratase de novación haría falta que las partes declarasen «terminantemente» su propósito de extinguir la vieja obligación a que ésta y la nueva fuesen «de todo punto incompatibles» (artículo 1.204 CC), cuando lo cierto es que la *datio in solutum* no exige semejantes condiciones, y no las exige sencillamente porque su finalidad no es reemplazar una obligación por otra, sino tan sólo producir la extinción de la relación obligatoria mediante la ejecución de una prestación distinta a la debida. Cuando se nova una obligación su muerte tiene lugar mediante la creación de un nuevo vínculo (la novación crea extinguiendo y extingue creando), que es, en definitiva, el objetivo último al que se enrumba el operativo, mientras que en la dación en pago bajo ningún aspecto se contempla la existencia de una nueva y sustitutoria relación obligacional destinada a permanecer.

Mientras en la novación, la extinción del vínculo es mera consecuencia de la aparición de uno nuevo, nacido precisamente para ocupar el lugar del precedente (y, por eso, éste muere), en la dación en pago todo gira única y exclusivamente en torno al cumplimiento de la precedente obligación, habilitando al efecto, no una nueva, sino tan sólo un recurso extintivo de la misma: la prestación que el deudor está en condiciones de realizar y el acreedor ha decidido aceptar. No hay sustitución de la obligación, sino simple sustitución del objeto debido en el momento del pago, «de modo que si bien —como escribe LACRUZ— mientras la nueva prestación sea susceptible de cumplimiento, el deudor deberá prestar y el acreedor sólo podrá pedir la prestación nueva susti-

tutiva, el derecho a la antigua renace si se produce la resolución por inejecución prevista en el artículo 1.124» (35).

Ver en la *datio in solutum* un acto complejo, mezcla de pago, novación y venta, lejos de facilitar la cuestión la complica extraordinariamente, y no tanto porque aquí no puede hablarse de pago o variante de él en cuanto no se ejecuta exactamente la prestación debida (requisito objetivo del cumplimiento), ni porque no se dé tampoco, según se acaba de ver, genuina novación ni estricta venta, sino en razón de que se trata de tres figuras jurídicas que no pueden coexistir entre sí y menos fundirse en una unidad superior en cuanto se excluyen recíprocamente. Pago y novación son ambos modos de extinción de las obligaciones que ni pueden ni deben conjuntarse respecto a una concreta relación obligacional, ya que si uno solo la extingue, ¿para qué haría falta el otro? Pago y venta no existe forma de interrelacionarlos, porque si se habla del primero carece de sentido referirse a la segunda o viceversa, en cuanto aquél extingue el vínculo y ésta genera otros nuevos. Y novación y venta se excluyen recíprocamente, pues, en opinión de PLANIOL y RIPERT, la venta implica una liquidación por compensación subsiguiente y el acreedor no puede invocar la compensación a fin de no pagar el precio, sino cuando haya quedado como acreedor por la deuda primitiva, que subsiste hasta ese momento (36).

Tiene razón, pues, GIORGI cuando considera que si se aceptase que la *datio in solutum* es una permuta cuando se sustituye la especie a la especie, una venta si una cosa es dinero (porque se estime que *dari in solutum est quasi vendere*), una novación, porque el deudor se libera prestando una cosa que constituye el objeto de una obligación diversa a la antigua, y una compensación, finalmente en el caso de la venta, porque el deudor compensa el crédito del precio con la antigua deuda, estaríamos en presencia de un verdadero *monstrum iuris*, ya que «tendría al mismo tiempo tres aspectos y tres caras totalmente distintas» (37).

Frente a la construcción de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ cabe alegar que difícilmente puede eludir la trampa de la novación (su subsciente le traciona cuando incidentalmente advierte que «la tesis que asimila la *datio in solutum* a una novación por cambio de objeto es más admisible que la teoría que la equipara a la compraventa», como si fueran posibles

(35) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, página 14. Todo ello referido a la propia y verdadera novación, porque si se pone a jugar la que con inexactitud y *contradictio in adiecto* se denomina novación modificativa, la situación resulta mucho más meridiana: CRISTÓBAL MONTES: «La llamada novación modificativa en el Derecho civil español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1973, págs. 1168 y sigs.

(36) PLANIOL y RIPERT: *Tratado...*, VII, op. cit., pág. 589.

(37) GIORGI: *Teoría de las obligaciones...*, VII, op. cit., pág. 346.

planteamientos teóricos más o menos verdaderos) (38), si se admite que el contrato atípico en que la dación consiste genera una nueva obligación que depende y se agrega a la antigua, en cuanto se dirige a su extinción. Como acertadamente dice BERCOVITZ, la dación en pago no produce ni transmite ninguna obligación, sino que simplemente extingue una obligación previamente existente, al igual que el pago (39). De ahí que, aunque no pueda hablarse de que constituye una variante o modalidad de pago, sí quepa entender que es un subrogado, sustitutivo, equivalente o sucedáneo del pago (*inaequale solutio*: GIERKE, PACCHIONI, BARASSI, Díez-PICAZO, etc.).

Cierto que la dación en pago no constituye un contrato real auténtico, pero de ello no cabe derivar, como pretende FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que la misma se perfecciona en el instante en que acreedor y deudor convienen que la realización de una prestación distinta de la debida extinguirá la obligación, porque dicha afirmación le lleva de manera necesaria a sostener que «semejante realización no forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación», y que la misma «supone, por un lado, la ejecución del convenio de dar en pago y, por el otro, la extinción de la relación obligatoria principal», cuando es del todo evidente que la aludida realización del *aliud* constituye elemento integrante e integrador de la *datio in solutum*.

El deudor al cumplir la nueva prestación no está ejecutando el convenio de dar en pago y al mismo tiempo extinguiendo la relación obligatoria previa, porque ello equivaldría a negar a la figura su innegable virtualidad extintiva y asignarle la mera función de producir una nueva obligación en la que se ha cambiado el objeto, cuando lo cierto es que mediante la dación en pago se produce de manera directa e inmediata la desaparición del vínculo, «de tal manera que —señala Díez-PICAZO— la extinción tendrá sólo lugar en el momento en que efectivamente se realice la nueva prestación, pero no en el instante en que ésta quede acordada» (40).

Aunque, como sabemos, nuestro Código Civil no regula específicamente la figura, resulta claro que la permite al asignar naturaleza dispositiva al artículo 1.166 e, incluso, de manera indirecta la recoge, por dicha circunstancia, a través de tal precepto, pues bastaría añadir al mismo, tal como hace el artículo 1.197 del *Codice*, la frase «salvo que el acreedor consienta», para tener formulada la figura. Y ésta consistirá en que, previo o coetáneo acuerdo entre acreedor y deudor, éste proceda

(38) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Naturaleza jurídica...*, loc. cit., pág. 19.

(39) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 111.

(40) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, página 664.

a «dar una cosa por otra» o a «sustituir un hecho por otro», lo que revela que, contra el parecer de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la realización de la nueva prestación sí forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación (*rectius*, constituye elemento esencial del mismo), porque éste sólo estará recta y enteramente formado cuando se cumpla la prestación ofrecida. Por ello, la circunstancia, frecuente en la práctica, de que primero se pacta el cambio y luego se ejecuta el mismo, sólo prueba, según reseña BERCOVITZ, o que las partes han pactado algo distinto, una novación y no una dación en pago, o que, aunque ciertamente el pacto de cambio precede a la ejecución de la prestación, ello no es obstáculo para que jurídicamente la dación no quede perfeccionada hasta ese segundo momento (41).

En la *datio in solutum* existirá, por tanto, el acuerdo entre acreedor y deudor respecto al cambio de la prestación y la coetánea o subsiguiente ejecución de la nueva prestación convenida, actuación esta que se configura como elemento integrador del mecanismo solutorio en estudio. ¿Significa ello conformar la dación en pago como un contrato real? (42). No, al menos en la consideración tradicional de esta categoría contractual que exige la *datio rei*, aunque verdaderamente no cabe aludir la semejanza o proximidad estructural entre una y otra figura (43).

Ahora bien, semejante circunstancia no significa que quepa ver en la *datio in solutum* un simple «negocio causal obligatorio para la extinción», al modo de ENNECERUS y LEHMANN (44), o considerar, como hace MESSINEO, que el cumplimiento efectivo es condición para que se extinga la obligación y, por consiguiente, el mismo se refiere al momento ejecutivo del pacto (45), ni menos, según estima JORDANO BAREA, que la dación en pago constituya tan sólo un «precontrato de dación» que tiene carácter consensual (46). Estas construcciones conducen al callejón sin salida de que si contractualmente la dación en pago se considera perfecta en el momento en que existe acuerdo entre las partes respecto al cambio de la prestación, y la realización del *aliud* se estima

(41) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., págs. 111-112.

(42) GONZÁLEZ PALOMINO considera que mientras la adjudicación para pago (*cessio pro solvendo*) es un contrato consensual que no extingue de por sí la obligación, la adjudicación en pago (*cessio pro soluto*) es un contrato real que extingue la deuda: «La adjudicación para pago de deudas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*.

(43) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1983, pág. 143.

(44) ENNECERUS y LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1933, página 315, núm. 3.

(45) MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, página 205.

(46) JORDANO BAREA: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, páginas 84 y sigs.

simplemente como ejecución de dicho convenio (47), no hay manera de distinguir esta figura del acuerdo novatorio y de justificar, por tanto, por qué aquí hay que esperar a la ejecución de la nueva prestación para que se extinga la relación obligatoria. Esto es, ¿qué necesidad existiría de una *datio in solutum* así conformada si sus efectos podrían conseguirse en forma directa e inmediata a través de la novación? La sola presencia del mecanismo en estudio nos revela que es imposible que en el momento de su perfección se genere una obligación cuyo cumplimiento determinará la extinción de la *prior obligatio* (construcción ya de por sí *sui generis*), ya que esta obligación no sería otra cosa que la originaria obligación a la que se le ha cambiado el objeto y ello determinaría la extinción de aquélla mediante novación, habida cuenta que las partes sí tienen «terminantemente» la voluntad de extinguirla (artículo 1.204 CC), colocándonos, por tanto, fuera del específico campo del pago y sus subrogados.

Pensamos, en consecuencia, que la dación en pago es un contrato a título oneroso que se integra por el acuerdo de los interesados respecto al cambio *pro soluto* de la prestación debida y por la ejecución de la nueva (constituye un contrasentido decir que el convenio se cumple mediante la realización de la nueva prestación, pues es obvio que la obligación que se extingue no nace de él). Uno solo de estos dos elementos no es suficiente para la conformación de la figura, el primero porque sólo atañe al necesario acuerdo que ha de existir para que pueda disolverse un vínculo obligatorio cumpliendo una prestación diferente a la que se debe (art. 1.166 CC), y el segundo porque aislado carece de toda justificación y sentido. Dar en pago no puede ser diferente a lo que el pago en sí supone (realizar una prestación), pero en cuanto no es estrictamente éste, porque no se ejecuta de manera exacta la prestación que se debe sino otra, precisa también del acuerdo al respecto de los sujetos involucrados en la relación jurídica obligatoria. Quizá la explicación del error se halle en que quienes piensan de la manera que se critica no advierten que la dación en pago así considerada carecería de contenido y que, como dice con exactitud ALBALADEJO, resulta en extremo artificioso sostener que «el deudor sigue obligado

(47) *Ibid.*, pág. 86: «La dación en pago, por tanto, se perfecciona con anterioridad a la extinción de la obligación. Y es la ejecución de la *datio in solutum* la que produce la extinción de la deuda inicial: el momento extintivo se corresponde no con la perfección del convenio de dación en pago, sino con la ejecución del mismo». En línea con estas afirmaciones, no debe extrañar que JORDANO BAREA considere a la *datio in solutum* como un convenio por el que se crea «un sustitutivo del pago», sin advertir que con la dación no se produce un subrogado del pago, sino que es ella misma la que constituye esta entidad.

a la antigua prestación, pero que esa obligación sólo puede cumplirse realizando la prestación nueva» (48).

¿Será un contrato extintivo? BELTRÁN DE HEREDIA, a pesar de estimar que la extinción de la obligación constituye la causa del mismo, se resiste a aceptar esta conclusión, puesto que el ordenamiento jurídico español presenta dificultades para la admisión del contrato extintivo, en virtud de la limitación que impone el artículo 1.254 del Código Civil (49). De modo parecido, BERCOVITZ se niega a admitir semejante catalogación porque el concepto que del contrato maneja nuestro Código Civil queda reducido al de negocio bilateral de carácter patrimonial que sea fuente de obligaciones, mientras que la dación en pago no produce ni transmite ninguna obligación, sino que tan sólo extingue una obligación previamente existente, por lo que, para evitar confusiones, prefiere hablar de negocio jurídico bilateral (50).

Razones no convincentes, pues del hecho de que nuestro Código Civil considere, defectuosamente, en su artículo 1.254, que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio», no cabe derivar sin más que en nuestro ordenamiento no sea contrato el acuerdo por el que se extingue una obligación previa, ya que, en primer término, el referido artículo, como cualquier otro definitorio, no tiene valor normativo, y, en segundo lugar, hoy resulta inexacto, injustificado e indefendible sostener que no sea contrato, tal como dice con nitidez el artículo 1.321 del *Codice*, todo «acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial». Resulta, pues, acertada la aseveración de BARASSI de que, en cuanto la *datio in solutum* supone un acuerdo dirigido a extinguir las obligaciones de modo diverso al cumplimiento, deberá verse en la misma un genuino contrato extintivo (51).

3. REQUISITOS DE LA DACION EN PAGO

Configurada la naturaleza jurídica de la *datio in solutum* de la forma expuesta en las páginas anteriores, resulta relativamente fácil establecer cuáles sean los requisitos de la misma.

LATOUR BROTONS y, siguiendo su parecer, PUIG BRUTAU estiman que

(48) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., pág. 144.

(49) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, página 372.

(50) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., págs. 110-111.

(51) BARASSI: *La teoría general...*, III, op. cit., pág. 417.

el primer requisito consistirá en la existencia de una obligación previa que se quiere extinguir mediante la figura en estudio, pues en otro caso, sin la existencia de la deuda, la *solutio*, como acto desprovisto de causa, daría lugar a la repetición porque se consumiría un pago de lo indebido (52). Fácilmente se colige que la preexistencia de la obligación no supone un elemento constitutivo de la *datio in solutum*, sino tan sólo mero presupuesto para la eficacia de la misma, a lo sumo, una *condicio iuris*.

En cambio, sí constituye requisito del instituto el acuerdo entre acreedor y deudor tendente a permitir que éste reemplace por otra la prestación debida y a atribuir a la realización de ésta última efectos extintivos de la relación obligatoria. Ya sabemos que este acuerdo no genera una nueva obligación ni extingue la originaria, ni, aun siquiera, provoca el cambio del objeto de ésta, sino tan sólo faculta al deudor para liberarse del débito realizando una conducta diferente de la que *ab initio* fue contemplada (*aliud pro alivio solvere*).

¿Se transformará, empero, la originaria obligación en una obligación facultativa en cuanto ahora el deudor podría liberarse mediante la entrega de un objeto distinto? De ninguna manera. En la obligación facultativa se debe una cosa y la otra está tan sólo *in facultate solutionis*, por lo que el acreedor únicamente puede reclamar la primera. Aquí, en cambio, concluido el acuerdo, ni el acreedor puede reclamar la prestación primitiva, ni el deudor puede optar entre ésta y la nueva, sino que uno y otro deben circunscribir su actuación futura al objeto contemplado *in solvendo*. Otra cosa es que, como reseña GIORGI, si la obligación se conformó desde el principio por acuerdo de las partes como obligación facultativa, la entrega de la cosa *in facultate solutionis* quepa reputarla como una *datio in solutum* (53).

También constituye requisito de la figura la ejecución por el deudor de la prestación convenida *animo solvendi*, esto es, con la intención de extinguir la obligación que inicialmente fue constituida. Ya hemos dicho antes que el mecanismo, que es un contrato extintivo, se integra por el acuerdo de los interesados respecto al cambio de prestación y por la ejecución de ésta, sin que dicha faceta constituya mero cumplimiento de la *datio*, sino que tiene la consideración de elemento preciso para la perfección o existencia de la misma, pues, frente a lo que piensa Díez-Picazo, en el sentido de que la realización de la nueva prestación convenida «supone la consumación del convenio de dar en pago» (54), lo

(52) LATOUR BROTONS: *Notas sobre la dación en pago*, loc. cit., pág. 633; PUTG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, Barcelona, 1976, pág. 355.

(53) GIORGI: *Teoría de las obligaciones...*, VII, op. cit., pág. 344.

(54) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 664.

cierto es que mientras no tenga lugar la ejecución estaremos en presencia, según entiende ALBALADEJO, de una novación, porque se cambia una obligación por otra o se muta la prestación debida (55), o, según preferimos por nuestra parte, ya que esa tesis supondría que en el proceso de formación de la *datio* tiene lugar la sustitución de la obligación antigua por una nueva, lo que no es exacto, estaremos en presencia de un negocio incompleto o, a lo sumo, de un contrato preliminar o precontrato de dación.

La *datio in solutum* es un contrato compuesto no sólo por el acuerdo de acreedor y deudor, sino también por el cumplimiento por parte de éste de la prestación convenida, ya que para que exista no basta con prometer, pues hace falta también que se ejecute el nuevo objeto contemplado, en cuanto, como subrogado del pago, difícilmente podría tener esta virtualidad sin incluir también el acto jurídico de realización o cumplimiento que éste siempre entraña. No hace falta que semejante actuación del deudor sea simultánea al acuerdo, porque el contrato es de formación sucesiva, pero no deberá faltar nunca si se quiere completar este mecanismo solutorio, ya que, como bien dice BERCOVITZ, la dación en pago es un negocio jurídico (contrato) que sólo se perfecciona con la ejecución de la prestación prevista, por lo que los acuerdos que previamente hayan podido tener lugar entre acreedor y deudor no alcanzan otra relevancia que la de actuaciones preparatorias o fase inicial, sin valor jurídico a los efectos de la dación hasta la ejecución de la prestación sustitutiva, por más que no sea exacta su aseveración de que cualquier desajuste entre dicho acuerdo inicial y el necesario (*sic*) en el momento de la prestación se soluciona a favor de éste, ya que este último acuerdo entrañaría una redundancia, y la falta de respeto a lo acordado, sencillamente, determinaría, o la frustración de la dación en pago, al faltar uno de sus elementos esenciales, si el acreedor no acepta una prestación diferente a la acordada, o la sustitución tácita del acuerdo inicial, si el acreedor recibe la misma sin objeción (56).

Una vez más, en esta materia, la superior precisión dogmática la instaura el *Codice civile* italiano de 1942. Según su artículo 1.197, «el deudor no puede liberarse realizando una prestación distinta a la debida..., salvo que el acreedor consienta» (exigencia de acuerdo entre las partes respecto al cambio de prestación), pero, ocurrido tal evento, «la obligación se extingue cuando la prestación diversa es realizada». Esto es, la ejecución por parte del deudor de la nueva prestación convenida determina la extinción de la originaria relación obligatoria, que hasta ese momento ha subsistido y sólo en él desaparece, por lo que seme-

(55) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., págs. 143-145.

(56) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 112.

jante actuación viene a configurarse como elemento constitutivo de la *datio in solutum*, la cual sólo resultará completa y jurídicamente formada cuando la misma se realice. Es también lo que, con alguna matización, sostiene LARENZ cuando escribe que «a diferencia del cumplimiento, la prestación por dación en pago exige un contrato especial que acompañe al acto de la prestación en el sentido de que esta prestación se da y se recibe en lugar del pago» (57).

Siguiendo a GIORGI, algunos autores como CASTÁN y LATOUR BROTONS, consideran también requisito de la dación en pago la existencia de una diferencia cualquiera (*aliquid novi*) entre la prestación debida y la que le sustituye. Observadas bien las cosas, se advierte que este supuesto requisito, que como tributo a una negada asimilación a la *novatio* se desliza en nuestra figura, no es más que nota caracterizadora del convenio que sobre el cambio de prestación realizan las partes, pues es obvio que carecería de sentido concluir éste para que el deudor viniese a ejecutar exactamente la misma prestación debida, y, en consecuencia, se subsume en el mismo. En qué consistirá la diversidad, es evidente que la nueva prestación puede tener tan variado contenido como la primitiva (*dare, facere, non facere*), ya que, como sabemos, la expresión *datio in solutum* no se entiende ni puede entenderse en su sentido literal de dar en pago una cosa material, tal como, por ejemplo, consideraba ROMUSSIO: *quaedam remissio, quae a debitores de re propria fit creditori*.

De la misma manera, tampoco deberá considerarse requisito de la dación en pago la capacidad de las partes, en cuanto, al ser la misma simple presupuesto del consentimiento, queda comprendida dentro del requisito del acuerdo de cambio prestacional como uno de los factores integrantes o en juego para su existencia. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el estricto pago, que por no constituir contrato no precisa de la capacidad contractual de los intervinientes, aquí, en cuanto estamos en presencia de un verdadero contrato, hará falta que ambas partes ostenten aquélla. En cambio, no es exacta la aseveración de BELTRÁN DE HEREDIA de que, desde el punto de vista del deudor, en la dación se requiere siempre la plena capacidad de transmitir, que, en cambio, tratándose del pago, solamente es exigida por lo que se refiere a las obligaciones da dar (58), ya que la misma refleja la estrecha concepción de la *datio* como entrega de cosa, por lo que debe concluirse que bastará con que el *solvens* tenga el poder de disposición necesario para llevar a cabo la actuación patrimonial que se haya convenido en reemplazo de la prestación debida (*rem, factum, nomen iuris*).

(57) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., pág. 418.

(58) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., págs. 373-374.

4. EFECTOS DE LA DACION EN PAGO

El primero y elemental efecto de la *datio in solutum* consiste, en cuanto subrogado del pago que es, en la extinción de la relación obligatoria originaria con todos los derechos accesorios y garantías de que gozase la misma. Como dice la Sentencia de 1 de marzo de 1969, «la entrega (de lo que se da en pago) produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación». No en balde estamos ante un mecanismo similar al pago.

¿Qué ocurrirá si tras la realización de la nueva prestación el acreedor sufre evicción o lo entregado en pago presenta vicios? ¿Renacerá o no la originaria obligación? Viejo y difícil problema que se agudiza en aquellos ordenamientos, como el nuestro, en los que la figura no ha sido objeto de normación específica, y ello obliga, por tanto, a recurrir, forzando los términos, a otras figuras contractuales y a sostener difíciles equilibrios.

La discusión se inicia ya en el Derecho romano. Así, mientras ULPIANO considera que al acreedor que ha sufrido evicción se le debe conceder tan sólo la *actio utilis ex emptore*, sin que reviva el originario vínculo, tal cual ocurre en la compraventa (59), MARCIANO opina que «si uno pagase a otro cosa distinta de la que se debía con la voluntad del acreedor, y se evinciese, permanece la obligación anterior» (60). La polémica estaba servida, no faltando tampoco los intentos para conciliar ambas posiciones, ya como hicieron ACCURSIO y CUJACIO, aplicando a la *datio* que consista en dar *rem pro re* el texto de MARCIANO, y a la que suponga *rem pro pecunia* el de ULPIANO, ya como entendían DONELLO, VOET, MANGILI y POTHIER al estimar que debería corresponder al acreedor que hubiese sufrido evicción el derecho de elegir entre la *actio utilis ex empto* y la propia del crédito primitivo.

En realidad, como fácilmente se observará, el adoptar una u otra postura viene condicionado necesariamente por la idea que se tenga respecto a la naturaleza jurídica de la figura. Así, si se ve en la *datio in solutum* un contrato de compraventa o negocio similar, resulta natural que ante la evicción que experimente el acreedor o los vicios que presente la cosa entregada no goce el mismo de otra posibilidad jurídica que la de demandar al deudor el saneamiento; esto es, se mantiene la extinción de la obligación y queda sólo una acción para reclamar contra el deudor (61). Este es el criterio del BGB, a cuyo tenor, «si es entregada

(59) D. 13,7,24pr.

(60) D. 46,3,46pr.

(61) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 375.

una cosa, un crédito contra un tercero u otro derecho en lugar del cumplimiento, el deudor ha de prestar el saneamiento, de la misma forma que un vendedor a causa de un vicio en el derecho o de un vicio de la cosa» (parágrafo 365). De igual manera, considerada la dación en pago como un supuesto de novación, tampoco cabe la reviviscencia del vínculo en caso de evicción o vicios, porque el mismo ha desaparecido definitivamente al aceptar en su lugar otro diferente con nuevo objeto, y es a éste al que hay que referir todas las incidencias derivadas de los vicios, jurídicos o materiales, que presente dicho objeto.

En cambio, colocándose fuera de estas figuras jurídicas, resulta sencillo sostener la posición contraria. El acreedor eviccionado no tiene los recursos de la garantía que corresponden al acreedor ordinario respecto a la restitución del precio (aquí, suma debida) e indemnización de daños, sino que tan sólo tendrá derecho a recibir lo que originariamente le era debido. El acreedor sólo consintió en liberar al deudor bajo la condición de recibir la propiedad de la cosa dada en pago, y, en consecuencia, si esa condición no se realiza, revive el crédito primitivo y con él todas sus seguridades y garantías (62). En parecidos términos, para BELTRÁN DE HEREDIA, si, a consecuencia de la evicción, no se produce el traspaso de propiedad, la dación es nula y la obligación anterior resurge en la misma forma que estaba, con todas sus garantías (63).

¿*Quid iuris?* Quizá en esta materia no sea posible adoptar posturas radicales por las especiales circunstancias que en ella se dan y lo pertinente sea acudir a soluciones de compromiso que contemplen equilibradamente todos los intereses y conveniencias en juego, tal como ha hecho el artículo 1.197 del Código Civil italiano. Estimar que en caso de pérdida o vicios de la cosa el acreedor no tiene otra vía que la de reclamar responsabilidad al deudor por saneamiento, supone encerrarnos en los escuetos efectos de la compraventa sin que exista necesidad de ello, y considerar que en los mismos supuestos al acreedor sólo le queda la reclamación del débito originario, implica prescindir de unas atra-yentes consecuencias de las que cabe disfrutar sin necesidad de transigir con la compraventa, habida cuenta de que es posible la catalogación de la *datio in solutum* como contrato oneroso, en cuanto supone la entrega de un *aliud pro alio*.

En efecto, si la responsabilidad por evicción y vicios ocultos no es exclusiva de la compraventa, sino que opera en toda transmisión onerosa, y en la dación en pago, nos hallamos, como se dijo, ante un contrato de este tipo, parece natural que el acreedor que sufra evicción

(62) DÍAZ PAIRÓ: *Teoría general de las obligaciones*, II, La Habana, 1947, página 132.

(63) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 378.

o experimente perjuicio por los vicios ocultos de la cosa entregada en pago, goce, como cualquier otro adquirente contractual a título oneroso, de la oportuna acción para exigir al deudor la responsabilidad por saneamiento, ya que, como dice LACRUZ, deben aplicarse también, en consideración a la operación de cambio interno del objeto de la obligación, aquellas reglas de la venta o de la permuta válidas en cuanto paradigma de la transferencia con correspectivo, particularmente las relativas al saneamiento en caso de evicción o por vicios ocultos, ya que la obligación, ineludiblemente onerosa al entrañar la realización de un *aliud pro alio*, cumplida mal mediante la entrega del objeto evicto o viciado, plantea un conflicto de intereses muy semejante al que atienden los correspondientes preceptos de la compraventa (64).

En consecuencia, de la misma manera que en relación al ejercicio del retracto legal la ley equipara la *datio in solutum* a la compraventa (artículos 1.521 y 1.636 CC), y no porque entre ambas figuras exista unidad estructural, sino en razón de que la justificación del derecho de retracto resulta similar en uno y otro supuesto, aquí también resulta normal que, ante un vicio jurídico o material que presente la prestación dada en pago, cuente el acreedor con los mismos recursos judiciales de que dispone el comprador de una cosa en igual situación porque el juego de intereses en colisión es sustancialmente el mismo. Esto no quiere decir que en la *datio in solutum* haya venta, sino tan sólo que el acreedor dispone, por los vicios y defectos jurídicos y materiales del objeto entregado *in solutum*, de los derechos de un comprador, como si hubiese comprado el objeto por la suma de la deuda extinguida (65), algo que con meridiana claridad significa el párrafo segundo del artículo 1.197 del *Codice* cuando dispone que «si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro derecho, el deudor está obligado a la garantía por evicción de la cosa y por los vicios de la cosa según las normas de la venta». Se recurre al modelo más acabado y próximo, habida cuenta de que debe existir en este punto igualdad de tratamiento por hallarnos en la esfera de los contratos onerosos.

¿Se acabarán aquí los derechos del acreedor, cual ocurre en el párrafo 365 del BGB, o, por el contrario, podrá optar éste entre la reclamación del saneamiento y la exigencia de la prestación originaria, tal cual permite el artículo 1.197 del Código civil italiano y defendían los doctores del *ius commune*? El problema radica en el Derecho español en hallar la vía jurídicamente operativa que permita justificar la reviviscencia de la primitiva obligación.

(64) LACRUZ: *Elementos...*, II-1. op. cit., pág. 94.

(65) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pág. 12.

BERCOVITZ, sobre la base de negar al acreedor la acción de saneamiento, considera que tanto los vicios de la prestación como la evicción de la cosa dada en pago son casos de dolo o error, en base a los cuales se puede pedir la nulidad de la acción en pago, renaciendo así la obligación originaria (66). LACRUZ, en cambio, concediendo al acreedor aquella acción, estima que la aplicabilidad del artículo 1.478 en caso de evicción no impide la reviviscencia de la deuda con su antiguo contenido, pues el hecho de que por la acción en pago de la cosa quede el *tradens* obligado al saneamiento no impide que, a la vez (o alternativamente), quepa la resolución del contrato de dación en pago incumplido, renaciendo entonces el derecho a la prenda o la hipoteca constituidas por el deudor en garantía de la prestación primitiva (67).

¿Anulación de la *datio in solutum* por vicio del consentimiento o resolución de la misma por incumplimiento de una de las partes? Ni una cosa ni la otra. No, respecto a la primera, porque el punto que se contempla, pérdida del contenido de la prestación por reclamación de tercero o vicios ocultos de la misma, queda fuera del ámbito de la invalidez contractual a que hace referencia la anulabilidad (y aun de la ineficacia sobrevenida). No, respecto a la segunda, porque el deudor que entrega la prestación dañada no está incumpliendo una obligación, sencillamente porque no ha nacido, en base a la dación en pago, obligación alguna a su cargo.

Como se ha dicho, la *datio in solutum* no se perfecciona hasta el momento en que el deudor ejecuta la prestación sustitutoria convenida, por lo que hasta dicho instante no existe otra obligación que la originaria y dicha ejecución pasa a conformarse como elemento intrínseco del contrato oneroso en que la figura consiste. ¿Qué ocurre si la prestación realizada en sustitución de la debida presenta defectos o vicios materiales o jurídicos?

(66) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 113. Ya LAURENT aseveraba que el artículo 2.038, al disponer que la liberación del fiador subsiste, aunque el acreedor sufre evicción de la cosa que recibió en pago, parte de la base de que quien entrega una cosa en pago sólo queda libre de su obligación de manera definitiva si ha transferido la propiedad de dicha cosa, pues si el acreedor sufre evicción, la dación en pago es nula y, por tanto, el deudor no se libera, y si la deuda principal subsiste, la fianza deberá subsistir: *Principes de Droit civil français*, XXVIII, Bruselas-París, 1878, pág. 283. También en nuestros días, BELTRÁN DE HEREDIA considera que si se acepta que la dación en pago es un contrato oneroso de transmisión dirigido a sustituir el pago, es preciso llegar a la conclusión de que dicho negocio, para ser perfecto y obtener plenos efectos, tiene que producir aquella transmisión y subsiguiente sustitución, por lo que si a consecuencia de la evicción no se produce el traspaso de propiedad, la dación es nula y la obligación antigua resurge en la misma forma que estaba con todas sus garantías: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 378.

(67) LACRUZ: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 94.

Pues, de igual manera que caso de manifestarse los mismos antes de la perfección de la *datio* el acreedor es libre de concluir o no el negocio, descubiertos después debe continuar gozando el mismo de idéntica posibilidad: Tener por concluida la dación en pago y, en consecuencia, acogerse a las acciones de saneamiento, o considerar la misma como no realizada en cuanto falta uno de sus elementos intrínsecos, la exacta caracterización de la prestación ofrecida, y, por tanto, poder reclamar el cumplimiento del primitivo vínculo. Es lo que ha hecho el Código civil italiano, al permitir al acreedor elegir entre la garantía por evicción y vicios ocultos y «exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño», situación que puede tener cabida en nuestro ordenamiento al no existir obstáculos institucionales para su admisión si se configura la *datio in solutum* de la forma que lo hemos hecho.

En el supuesto de que el acreedor opte por la segunda solución y se produzca la reviviscencia de la relación obligatoria, ¿renacerán también los derechos de garantía de que la misma gozaba? Si, como dice VON TUHR, «la dación en pago es un medio supletorio del cumplimiento de las obligaciones, y tiene los mismos requisitos y los mismos efectos que el cumplimiento normal» (68), parece natural sostener que, desaparecida la misma, las garantías del vínculo deberán reconstituirse en la misma forma que éste.

Los Códigos civiles suelen contemplar que la pérdida por evicción de la cosa entregada no revive la fianza (art. 2.038 del Código francés, artículo 1.849 del Código español, art. 1.197 del Código italiano de 1942, que habla más genéricamente de que «en cualquier caso no renacen las garantías prestadas por terceros»). Los autores que niegan la reconstitución del vínculo en caso de evicción consideran lógica esta consecuencia y la amplían a todas las restantes garantías de aquél. Los que admiten la reaparición del mismo en dicho supuesto se ven obligados a aceptar que el precepto en cuestión constituye una anomalía o, al menos, una excepción, ya que lo normal será que junto a la obligación principal se reconstruyan todos sus accesorios (69).

En realidad, pienso que habrá que distinguir entre garantías prestadas por el propio deudor y garantías prestadas por tercero. Respecto a las primeras, parece natural que si el primitivo deudor vuelve a ser deudor porque así lo desea el acreedor deban renacer también todas las seguridades que el mismo otorgó a la originaria obligación. Contra-

(68) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, op. cit., pág. 12.

(69) MARTY y RAYNAUD, por ejemplo, estiman que la disposición del artículo 2.038 del Código Civil francés tiene carácter excepcional y, por tanto, resulta difícil de admitir su generalización a las otras garantías, como los privilegios (*sic*) y las hipotecas: *Droit civil*, II-1 (*Les obligations*), París, 1962, pág. 632.

riamente, si tales seguridades fueron constituidas por tercera persona (fiador, hipotecante no deudor) no tiene mayor sentido y justificación que la misma continúe afectada personal o realmente caso de que el acreedor, al sufrir la evicción, se haya decidido por reclamar la obligación primera, porque ello equivaldría a someter su afección jurídica a la libre determinación (y aun al capricho) de aquél. Continúan siendo válidas las palabras de los clásicos respecto a semejante trato favorable y benévolo al fiador, ya que «cuando el acreedor recibe una cosa en pago, el fiador se encontraría gravemente perjudicado si permaneciese expuesto a un regreso tardío en caso de evicción» (70).

Es más, el hecho de que los Códigos civiles, como el nuestro, contemplan que, sufrida la evicción por el acreedor, no renacerán las fianzas constituye una prueba indirecta, pero prueba al fin, de que en semejante evento queda abierta la reviviscencia de la obligación originaria, ya que en otro caso, ¿qué sentido tendría mencionar el no revivir de la fianza si al exigir responsabilidad por saneamiento el acreedor está aceptando la conclusión de la *datio in solutum* y, por tanto, todos los efectos extintivos de la misma respecto al principal y sus accesorios? El artículo 1.849 del Código Civil, no obstante la ausencia de contemplación directa de este subrogado del pago por nuestro primer cuerpo civil, permite deducir o, al menos, intuir que en nuestro sistema cabe que el acreedor se decida por reclamar la prestación primaria (y el resarcimiento del daño), ya que, en otro caso, no haría falta que el legislador recordara la extinción definitiva de la fianza, tan extinguida e inoperante ésta como las restantes garantías en el supuesto de que la dación en pago produzca definitivamente sus peculiares efectos. Cuando, no obstante, la ley remacha aquella extinción, lo que realmente nos está diciéndonos es que las restantes garantías sí pueden sobrevivir, pero para ello hará falta que, en caso de evicción, el acreedor pueda optar entre conformarse con exigir al deudor la responsabilidad por saneamiento o preferir la continuidad de la obligación primigenia, ya que mal podrían existir aquéllas sin la permanencia de ésta. Pienso también que, por analogía, la pauta del artículo 1.849 respecto a la fianza debe extenderse a cualesquiera otras garantías prestadas por terceros, al existir en uno y otros supuestos *eadem ratio*.

5. PAGO POR CESION DE BIENES. ANTECEDENTES

Ante el fenómeno de la insolvencia del deudor, bien por la carencia de efectivo monetario, bien por la falta de los recursos precisos para

(70) TROPLONG: *Du cautionnement*, París, 1846, núm. 583.

atender al cabal cumplimiento de sus obligaciones, y en razón de que no siempre resultan adecuados ni deseables los cauces de la suspensión de pagos, la quiebra y el concurso de acreedores, se explica que, en muchos casos, los acreedores prefieran llegar a acuerdos con sus deudores mediante la entrega de los bienes de éstos en pago de sus débitos. También aquí estamos en presencia de un subrogado del cumplimiento, que sustituye a éste para tratar de obtener de algún modo la satisfacción del derecho del acreedor que el deudor no pudo actuar y realizar el fin perseguido en la obligación por un medio distinto del previsto (71). En tal sentido, dispone el artículo 1.175 de nuestro Código Civil: «El deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos. Los convenios que sobre el efecto de la cesión se celebren entre el deudor y sus acreedores se ajustarán a las disposiciones del título XVII de este libro, y a lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En el Proyecto de 1851, aunque el artículo 1.086 comprendía a la cesión de bienes entre las causas de extinción de las obligaciones, curiosamente GARCÍA GOYENA argumentaba que ni en el Derecho romano ni en el español la misma se estimaba de dicha manera, ya que si el deudor llegaba a mejor fortuna podía ser compelido al pago, salvo el beneficio de competencia. Por tanto, no veía «por qué se ha de colocar entre los medios de extinguir las obligaciones al que realmente no las extingue; al menos el Código francés, con más o menos propiedad, pone la cesión entre las especies de pago: aquí se la pone tras la quita o perdón» (comentario singular que revela que la aludida mención y la ubicación del mecanismo en estudio se hicieron contra el parecer de GARCÍA GOYENA, o, al menos, no salieron de su pluma) (72). En consecuencia, la sección séptima del capítulo V («De la extinción de las obligaciones») se ocupa de la figura de la cesión de bienes de manera pormenorizada a lo largo de once artículos, distinguiendo en el 1.146 entre la cesión convencional y la judicial.

En el Anteproyecto de 1882-1888, contrariamente, la cesión de bienes ya se contempla dentro de la regulación del pago y como una especie del mismo, a la vez que se prescinde de la dualidad apuntada y recoge tan sólo el pago por cesión de bienes judicial, quizá, como advierte BERCOVITZ, siguiendo la supresión de la figura en su modalidad extra-

(71) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 389; MICCIO: *La cessione dei beni nel concordato*, Milán, 1952, págs. 5 y sigs.

(72) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 584.

judicial llevada a cabo por el Código civil italiano de 1865 (73). Orientación que se mantiene en el vigente Código Civil, con la peculiaridad adicional de que en éste se prescinde también de la regulación sustantiva del mecanismo solutorio (salvo la contemplación del peculiar efecto de que la cesión sólo libera al deudor «por el importe líquido de los bienes cedidos»), remitiendo la misma a la Ley de Enjuiciamiento Civil y al título XVII del libro IV del propio Código, relativo a la concurrencia y prelación de créditos.

Sobre la base del principio de la responsabilidad patrimonial universal de los deudores (art. 1.199 CC), resulta lógico que éstos puedan convenir con sus acreedores la cesión de los bienes para que su importe sea aplicado a la satisfacción de los créditos, o bien, como dice VALVERDE, que en caso de insolvencia parcial, y sin convenio alguno, por iniciativa del propio deudor o de alguno de los acreedores, se llegue a la cesión legal de bienes, cual es el concurso de acreedores (74). Convenio de cesión de bienes judicial en este segundo caso (generado en el seno de un procedimiento de quiebra, concurso o suspensión de pagos) y extrajudicial en el primero.

La cesión judicial comprende la totalidad de los bienes del deudor y afecta a todos los acreedores, aunque no se exige la unanimidad de éstos, sino tan sólo su aceptación por una mayoría cualificada. Tal circunstancia determina que su sustancia se aproxime más a los acuerdos adoptados por socios o comuneros que a un estricto contrato privado. Tiene que producirse dentro de unos procedimientos judiciales determinados, precisa de la aprobación y control judiciales y sus efectos son también de naturaleza procesal, por lo que quizá resulte acertada la afirmación de Cossío de que el convenio judicial de cesión de bienes «reviste los caracteres de verdadera transacción judicial» (75).

Ahora bien, aunque no exista una regulación específica en el Código Civil, cabe también que, con independencia de los aludidos procedimientos judiciales, acreedor y deudor se pongan de acuerdo sobre la cesión de los bienes de éste a los primeros al objeto de que procuren la satisfacción de sus créditos. La autonomía privada y las pautas que enmarcan la cesión de bienes judicial suministran basamento suficiente para asentar esta figura, aunque no falten quienes se oponen a la mis-

(73) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 218.

(74) VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, III, Valladolid, 1937, páginas 173-174.

(75) COSSÍO: «Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas», en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 7.

ma, alegando que contra ella conspiran el interés público, la posibilidad de fraude a otros acreedores y la expresa remisión del Código Civil a la cesión judicial.

En consecuencia, en la cesión extrajudicial cabe que el convenio se concluya con todos o parte de los acreedores, o tan sólo alguno o algunos de ellos, así como puede comprender la totalidad o solamente parte de los bienes del deudor. Como no existe la homologación judicial, es claro que aquí no puede funcionar el criterio de la mayoría y hará falta la unanimidad de todos los acreedores afectados (Sentencia de 11 de mayo de 1912). Sin embargo, la variedad de supuestos a que puede dar lugar el juego combinado de todas estas posibilidades quizá exija alguna puntualización complementaria, pues si bien resulta evidente que nada obsta a la admisión de un convenio extrajudicial por el que un deudor cede todos sus bienes a todos sus acreedores, o de aquel por el que parte del activo del obligado se pone a disposición de un sector tan sólo de los acreedores, la situación puede plantearse menos diáfana cuando el deudor proceda a ceder todos sus bienes a algunos de los que ostentan derechos de crédito frente a él.

Cossío considera que en tal caso el deudor incumple la obligación que le impone el artículo 1.175 del Código Civil (la de presentarse en concurso ante los Tribunales), burlando con ello los derechos de los restantes acreedores no cesionarios, por lo que estima que estaremos en presencia no de un simple contrato rescindible por lesión o fraude, sino de un pacto afectado de nulidad radical por imperio del artículo 4.º del Código Civil (hoy, 6.º, 3) (76).

Parece existir una cierta exageración en este planteamiento. De entrada, del artículo 1.175 del Código Civil no se deriva ninguna imposibilidad absoluta del supuesto estudiado porque la expresión «ceder sus bienes a los acreedores» permite, en principio, cobijar la hipótesis de cesión de todo el activo a parte de dichos acreedores. La dificultad no vendrá, pues, por el lado de que un convenio como el que se considera será nulo *in radice* por oponerse a una norma prohibitiva, sino que derivará más bien del hecho de que en virtud del mismo los acreedores no incluidos en el pacto pueden resultar afectados si el deudor no conserva solvencia suficiente para atender a la satisfacción de sus débitos.

Pero ello no guarda relación con la nulidad de la cesión. Se trata tan sólo del peligro real que corren los acreedores excluidos del convenio y, por tanto, de la tutela jurídica adecuada que los mismos deben merecer. ¿Hasta dónde debe llegar ésta? Habida cuenta que en la situa-

(76) *Ibíd.*, pág. 9.

ción considerada se dan los dos elementos configuradores de la acción revocatoria o pauliana (el *eventus damni* y el *consilium fraudis*), el recurso adecuado será el ejercicio de la misma para impugnar el convenio que el deudor ha celebrado en fraude de los derechos de los acreedores excluidos del mismo (arts. 1.111 y 1.291, 3.º, del Código Civil). Dice bien, pues, LACRUZ, cuando señala que aunque la cesión extrajudicial puede convenirse con una parte de los acreedores, si no se tienen en cuenta los derechos de los demás, los excluidos podrán impugnarla por fraude o bien inutilizarla mediante la incoacción del juicio universal de quiebra y la retroacción de ésta (77).

Históricamente, la cesión de bienes arranca en el Derecho romano como un mecanismo de naturaleza procesal que sirve para actuar una modalidad concreta del proceso de ejecución patrimonial, aquella que a través de la *missio in bona* pretoria permite adjudicar al acreedor la posesión de todos los bienes del deudor, a similitud del procedimiento seguido por el Estado contra sus deudores. Ello no impedía, empero, que los acreedores pudiesen optar por la ejecución personal, por lo que la *lex Iulia de bonis cedendi* vino a neutralizar semejante peligro al permitir al deudor excluir aquélla mediante la entrega a su iniciativa de todos los bienes a los acreedores, aparte de excluirlo de la tacha de infamia y de habilitarle para el goce del *beneficium competentiae*.

Decaе este mecanismo durante los primeros tiempos de la dominación germánica, favorables al principio de la ejecución personal del deudor, y renace con la recepción del Derecho romano justiniano, bajo la doble modalidad de cesión honorable y cesión ignominiosa de acuerdo a la malicia observada por el deudor y a su rango y alcurnia. En España, se puede observar al detalle esta evolución, pues mientras en el Fuero Juzgo se acoge la ejecución personal («debe facer paga a cada uno según quel debe, e si non, sea siervo de todos»), las Partidas, fundadas en el principio contrario de la ejecución patrimonial, admiten en toda su amplitud el recurso a la cesión bajo la proclamación principista de que «desamparar puede sus bienes todo ome libre..., no habiendo de qué pagar lo que debe» (78).

El Código civil francés da entrada ampliamente a la figura en sus

(77) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 95. En el Derecho civil italiano no existe obstáculo para que la cesión se celebre con tan sólo algunos de los acreedores y por la totalidad de los bienes del deudor (art. 1.977), sin que ni siquiera haga falta recurrir en este supuesto al mecanismo de la acción pauliana, ya que, según dispone el párrafo segundo del artículo 1.980, los acreedores anteriores a la cesión que no han participado en ella pueden accionar ejecutivamente también sobre tales bienes. Prueba del carácter contingente y relativo de las soluciones que pueden adoptarse al respecto.

(78) P. 5,15,1,2,3 y 4.

dos variantes de judicial y voluntaria o extrajudicial bajo la fórmula de que «la cesión de bienes es el abandono que un deudor hace de todos sus bienes a sus acreedores, cuando se encuentra en la imposibilidad de pagar sus deudas» (art. 1.265). Remite los efectos de la cesión voluntaria a lo que resulte de las estipulaciones de las partes (artículo 1.266) y establece respecto a la judicial que la misma no confiere la propiedad de los bienes a los acreedores, sino que tan sólo les concede el derecho de hacer que se vendan los bienes a su favor y el de percibir los ingresos de los mismos hasta la venta, aparte de que no libera al deudor sino hasta la concurrencia del valor de los bienes abandonados, y, en el caso de que fueren insuficientes, si llegare a adquirir otros, está obligado a abandonarlos hasta el pago completo (art. 1.268, 1.269 y 1.270).

En el Derecho italiano, mientras el Código civil de 1865 prescinde de regular la cesión extrajudicial y remite la judicial a las normas del concurso, el vigente de 1942, aunque tampoco se ocupa de esta última, ha procedido a la normación minuciosa, precisa y certera de la primera a lo largo de, nada menos, diez artículos, sobre la base de entender que «la cesión de los bienes a los acreedores es el contrato por el cual el deudor encarga a sus acreedores o a algunos de ellos que liquiden todos o algunos de sus activos y se repartan entre sí el producto en satisfacción de sus créditos» (art. 1.977), correspondiendo a los acreedores la administración de los bienes cedidos (art. 1.979), viniendo obligados los mismos a repartirse las sumas obtenidas en proporción a los respectivos créditos (art. 1.982), admitiendo que el deudor tiene derecho a controlar la gestión y a obtener la rendición de cuentas (artículo 1.983) y disponiendo que «si no existe pacto en contrario, el deudor queda liberado frente a los acreedores sólo desde el día en que éstos reciban la parte que les corresponde sobre el producto de la liquidación y dentro de los límites de lo que han recibido» (art. 1.984).

6. NATURALEZA JURIDICA DE LA CESION DE BIENES EXTRAJUDICIAL

Aunque al hablar el artículo 1.175 de nuestro Código Civil, con notoria imprecisión técnica, de que el deudor puede ceder sus bienes «en pago» de sus deudas parece propiciar una cierta identificación entre esta figura y la *datio in solutum* ya estudiada, lo cierto es que no cabe

confusión alguna entre uno y otro instituto (79). En efecto, mientras en la dación en pago hay transmisión del derecho de propiedad o de otro derecho al acreedor, en la cesión de bienes sólo se atribuye a los acreedores la facultad de poder liquidar los bienes cedidos para cobrarse con el importe que obtengan. Paralelamente, así como mediante la dación se produce la extinción total de la obligación con independencia de la adecuación o no entre el monto del crédito y el valor de lo entregado o realizado, en la cesión de bienes la extinción sólo se produce hasta donde alcance «el importe líquido de los bienes cedidos». La diferencia es clara ya que en la dación en pago estamos ante un negocio *pro soluto*, en cuanto con la entrega se extingue la deuda, y en la cesión de bienes ante un negocio *pro solvendo*, pues la liberación tan sólo se producirá, y en la medida que proceda, tras la liquidación y atribución a los créditos del monto obtenido en ésta. Tiene razón, por tanto, GAMBÓN ALIX al considerar que en lugar de «en pago» el Código debió hablar de «para pago» (80).

A. LA CESIÓN DE BIENES COMO MANDATO IRREVOCABLE

La postura tradicional de ver en el convenio de cesión de bienes un contrato de mandato ha recibido un impulso considerable al disponer el artículo 1.977 del nuevo Código civil italiano de 1942 que por su través el deudor «encarga» a sus acreedores. En tal sentido, BELTRÁN DE HEREDIA estima que la cesión de bienes es un contrato de mandato (mandato para enajenar o liquidar) entre el deudor y los acreedores, a los que otorga un poder para que lleven a cabo las opera-

(79) Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1969, «la cesión de bienes a los acreedores no debe confundirse con la dación en pago, pues, como ha precisado la doctrina de este Tribunal, aquélla implica abandono de los bienes del deudor en provecho de los acreedores para que éstos apliquen su importe líquido a la satisfacción de su crédito, mientras que en la dación en pago, regulada analógicamente por las reglas de la compraventa al carecer de reglas específicas, el crédito que con ellos se satisface adquiere la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen; en un caso se está en presencia de una *cessio pro solvendo*, pues, como dice el legislador, el pago por cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos, mientras que en el otro se trata de una *cessio pro soluto*, en el sentido de que la entrega produce automáticamente la extinción de la primitiva obligación, debiéndose añadir que la diferencia es terminante en cuanto a la traslación del título real, puesto que así como la cesión atribuye la posesión de los bienes con un poder de carácter personal que permite al acreedor efectuar la venta para cobrarse con su importe, en cambio, en la dación se produce una verdadera transmisión del dominio, sin restricción ni cortapisa alguna». También, Sentencia de 13 de mayo de 1973.

(80) GAMBÓN ALIX: «Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 1071.

ciones liquidatorias y puedan cobrarse con lo obtenido, pues sólo de esta forma se puede explicar el derecho de control que corresponde al deudor, el de rendición de cuentas y el derecho al remanente de lo que se obtenga. Este poder concedido a los acreedores es irrevocable mientras no se cumpla la obligación por parte del deudor, al objeto de proteger los intereses de los acreedores cesionarios. Y, en fin, la cesión produce un vínculo de indisponibilidad por parte del cedente que se corresponde con el poder que ostentan los acreedores para efectuar los actos enajenatorios precisos a efectos de liquidación (81).

También LACRUZ parece enfocar así la figura al considerar que los acreedores, al vender, actúan representando al deudor en ese negocio concreto, y éste no podrá retirarles la representación ni el encargo de liquidar fielmente el activo y destinar el resultado a la extinción de los créditos (82). Para ALBALADEJO, el deudor entrega sus bienes en posesión y administración a los acreedores, dándole poderes, irrevocables en principio, para que los liquiden y apliquen el precio al pago de sus créditos (83). BERCOVITZ piensa que la teoría refleja adecuadamente la coordinación de intereses existentes (los acreedores tienen interés en cumplir el mandato porque así cobran antes y más, el deudor tiene interés también en su cumplimiento porque así queda liberado de sus deudas antes y en la mayor medida posible) y resulta suficientemente explicativa, amén de presentar la ventaja adicional de permitir acudir a la regulación que contiene el Código Civil sobre el contrato de mandato (84). Muy recientemente, también CRESPO ALLUÉ ve en el convenio entre deudor-cedente y los acreedores un verdadero y propio contrato de mandato por el que se otorga a éstos un poder para que lleven a cabo las operaciones liquidatorias y puedan cobrarse con lo obtenido, mandato que tiene carácter irrevocable debido a la obligatoriedad que para ambas partes reviste el convenio de cesión de bienes (mandato representativo irrevocable de liquidación y pago de deudas será, pues, su caracterización) (85).

Es, asimismo, la posición de nuestra jurisprudencia, contraria siempre a ver en la cesión de bienes (desamparamiento o abandono la llama, recogiendo la terminología clásica) una transferencia de la propiedad de los bienes a los acreedores. Así, en la Sentencia de 11 de mayo de 1911, nuestro Tribunal Supremo advierte que el único objeto y los efectos atribuidos a la cesión «consisten en que el deudor confiere a los

(81) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., págs. 432 y sigs.

(82) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 95.

(83) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., pág. 146.

(84) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 223.

(85) CRESPO ALLUÉ: *La revocación del mandato*, Madrid, 1984, págs. 268-269.

acreedores la posesión y administración de los bienes y un mandato para proceder a su venta en beneficio de los cesionarios y al pago de sus respectivos créditos, operaciones que no presuponen un cambio de dueño, puesto que pueden practicarse mediante el ejercicio de tales facultades». Y en el mismo sentido, numerosos fallos posteriores: Sentencias de 6 de junio de 1935, 9 de diciembre de 1943, 13 de marzo de 1953, 1 de marzo de 1969, 3 de enero de 1977, etc. La Sentencia de 13 de marzo de 1953 habla concretamente de «mandatario con autorización representativa para vender los bienes cedidos».

B. LA CESIÓN DE BIENES COMO TRANSMISIÓN DE LA FACULTAD DE DISPONER

Ante la evidencia de que en la cesión de bienes el deudor se priva del derecho de disponer de los bienes cedidos, esto es, queda sujeto, como dice MESSINEO, a un vínculo personal de indisponibilidad de los mismos (86), no han faltado autores que ven en aquélla un contrato que produce, no la transmisión de la propiedad de los bienes, sino tan sólo de la facultad de disponer de ellos. Algo que permitiría sostener la diferenciación entre la indisponibilidad de los bienes cedidos y la irrevocabilidad del poder concedido a los acreedores, en cuanto no haría falta recurrir a ésta para defender aquélla, habida cuenta de que el deudor habría perdido el *ius disponendi* respecto a los bienes objeto de la cesión.

En tal sentido, FOÁ, sobre la base de distinguir entre una facultad genérica de disposición y una facultad concreta, considera que esta última, atributo de cada derecho subjetivo, puede ser transmitida, concediendo a los acreedores el poder de administración, de percibir frutos y de actuar en juicio, esto es, la posibilidad que la ley atribuye a una persona de influir con su voluntad en la tutela del interés (87). En opinión de DI PACE en la cesión de bienes tiene lugar una «sustitución sustancial convencional», en cuya virtud se atribuye al acreedor legitimación para disponer del derecho ajeno en nombre propio y al servicio de un interés distinto del interés del titular del derecho (88). Para CANDIAN, en fin, en la cesión de bienes el interés que se tutela no es el del deudor sino el de los acreedores, y por ello aquél pierde la facul-

(86) MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, página 284.

(87) FOÁ: «Cessione dei beni ai creditori», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1934, I, págs. 40 y sigs.

(88) DI PACE: «Natura giuridica della cessione dei beni», en *Foro Italiano*, 1938, I, págs. 777 y sigs.

tad de disponer los bienes cedidos que pasa a los acreedores, dando lugar a la formación de un patrimonio separado (89).

Un cierto eco de esta concepción parece hallarse en la Sentencia de 23 de mayo de 1935, cuando nuestro Tribunal Supremo habla de que mediante las adjudicaciones para pago de deudas «se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición», ya que los adjudicatarios no pueden atribuirse un dominio absoluto o para toda clase de fines, sino «tan sólo, cumpliendo la voluntad del testador, para pagar las deudas de la testamentaría».

C. LA CESIÓN DE BIENES COMO TRANSMISIÓN FIDUCIARIA DE LA PROPIEDAD

Sobre la base de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 1922, que, en relación a la adjudicación para pago de deudas, consideró que en ella estamos lejos de la representación y de los contratos que la provocan, ya que «el adjudicatario aparece desde el primer momento revestido de facultades y de derechos exclusivos, y que ejerce en propio nombre, aunque por deber de atender a un interés ajeno, y por encontrarse en cierto modo privado del goce de los bienes adjudicados, más bien sea un propietario formal, legalmente autorizado para disponer de los mismos, que un dueño material que los disfrute económicamente», y de la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1935, que habla, en función de la misma figura, de que «por ella se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizado por su finalidad fiduciaria, o sea, por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno», Cossío elaboró la teoría de que en la *cessio bonorum* tiene lugar la transmisión a los acreedores de la propiedad fiduciaria de los bienes cedidos.

Parte este autor de que cuando un deudor cede sus bienes a los acreedores no se limita a establecer un simple vínculo de naturaleza personal que podría reflejarse en la figura del mandato liquidatorio irrevocable, pues ello llevaría a tener que aceptar que, pese a la cesión, el cedente continúa siendo el único propietario de los bienes cedidos y, por tanto, la posibilidad de que éstos serían susceptibles de traba en futuros procedimientos promovidos por acreedores posteriores al convenio. ¿Se habrá producido, pues, una verdadera transmisión de la propiedad a los cesionarios? Estima que no, ya que la cesión se hace ex-

(89) CANDIAN: «La cessione dei beni ai creditori», en *Saggi di Diritto*, III, Milán, 1949, págs. 187 y sigs.

clusivamente para que los bienes sean vendidos y repartido su precio entre los acreedores, y a ello habrán de reducirse las facultades de éstos en relación a dichos bienes. Semejante derecho de disposición no es el amplio derecho de disposición que corresponde al titular del dominio pleno, ya que excluye la posibilidad de gravar la propiedad, de disponer de ella a título gratuito, e incluso, a título oneroso en formas que no sean de venta propiamente dicha (mero derecho de venta, pues).

El cedente, por su parte, pierde mediante la cesión los derechos propios del dominio, en cuanto carece de las facultades de disposición y de disfrute de los bienes, con lo cual parece propiciarse un cierto vacío dominical al no resultar propietarios tampoco los cesionarios. En realidad, piensa Cossío, el derecho de venta, administración y disfrute de los acreedores no es una mera representación del verdadero dueño, sino que es ejercitado en nombre propio y «constituye un derecho dotado de propia sustantividad, que en cuanto recae directa o inmediatamente sobre la cosa, y puede hacerse valer no sólo contra el cedente, sino también frente a terceras personas, tiene todas las características del verdadero derecho real, y confiere a los cesionarios una auténtica titularidad sobre los bienes cedidos».

Esta titularidad se constituye para proteger un interés propio de los cesionarios, y en la medida de este interés se halla determinado su contenido y alcance: las facultades de éstos son las imprescindibles para conseguir, mediante la venta y disfrute provisional de los bienes, la satisfacción total o parcial de sus respectivos créditos. Por ello, si se entiende por propiedad fiduciaria aquella propiedad limitada en la medida necesaria para la consecución de una finalidad superior a la que parece afecta, estima Cossío que aquí nos hallamos ante una manifestación de la misma, pues se trata de una propiedad concentrada en la persona de los cesionarios, sometida a determinados vínculos y adscrita a una finalidad concreta que excede del mero interés personal de sus titulares. Claro que deberá advertirse que las relaciones jurídicas que derivan del contrato de cesión de bienes no se agotan en el plano real, sino que abarcan también las relaciones obligatorias que surgen entre las partes y que no trascienden a las relaciones exteriores con los terceros, por más que exijan «una regulación de los vínculos personales que subsisten entre el cedente y los cesionarios» (90).

(90) Cossío: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., págs. 15 y sigs.

D. LA CESIÓN DE BIENES COMO NEGOCIO JURÍDICO DE AUTORIZACIÓN

Prescindo aquí de la exposición de las numerosas teorías, formuladas preferentemente por los autores italianos, que cabe catalogar de eclécticas en cuanto distinguen en la cesión de bienes un aspecto de carácter estructural o civil y otro procesal o funcional, o bien consideran que debe distinguirse entre relaciones internas y externas. Así, BETTI ve en la *cessio bonorum* un mandato para liquidar y un contrato de «autorización» de autotutela «privada» al mismo tiempo (91). De manera parecida, SOTGIA califica a la cesión de bienes como un «mandato para gestionar y liquidar y al propio tiempo un contrato de autotutela convencional privada», aspectos que revelan el lado estructural y el funcional de la figura (92). Para CARRESI, en cambio, aunque procesalmente considera también al instituto como «forma de autotutela convencional», desde el ángulo civil estima que el mismo no puede ser mandato, por la naturaleza esencialmente revocable de éste, sino que se trata de un contrato que origina un «patrimonio separado» (93).

BETTI, profundizando más en el aspecto civil de la figura, sostiene que en la misma se da un negocio jurídico unilateral que confiere poder para liquidar y que es propiamente una autorización que se incorpora al contrato de cesión, y en cuya virtud se pueden realizar actos de gestión e incluso de disposición destinados a operar en la esfera jurídica de otra persona. De ordinario, no hace falta la representación para tal cometido; mas si se utiliza, entonces se presenta no como un *aliud*, sino como un *plus* añadido a la simple autorización.

El negocio de autorización, aunque presente semejanzas con el contrato de mandato, se diferencia de él en que mientras el mandatario contrae la obligación de desarrollar una determinada actividad, el autorizado está adornado de una facultad para realizar ciertos actos y resulta, por tanto, libre de transferir o no los efectos de dichos actos al autorizante.

En nuestra doctrina ha sido Díez-PICAZO el autor que se ha inclinado en esta dirección al considerar que existe en la cesión de bienes un negocio de autorización «por virtud del cual se concede a los acreedores una especial legitimación para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes del deudor» (94).

(91) BETTI: «Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1935, II, págs. 304 y sigs.

(92) SOTGIA: «La cessione dei beni ai creditori», en *Trattato di Diritto civile italiano de Vassalli*, IX-3, Turín, 1954, págs. 6 y sigs.

(93) CARRESI: «Natura giuridica cessione dei beni ai creditori», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1947, I, págs. 133 y sigs.

(94) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 666.

E. CRÍTICA Y OPINIÓN

La construcción del convenio de cesión de bienes como un mandato para enajenar o para liquidar tropieza con la dificultad inicial de que siendo el mandato libremente revocable por el mandante (en cuanto negocio *intuitu personae*), en la cesión, en cambio, resulta obvio que el deudor cedente no puede retractarse de la misma en cuanto el interés que se coloca en primer plano no es el suyo, sino el de los acreedores a obtener la satisfacción de sus derechos y en cuanto la libre revocación vendría a otorgar al supuesto mandante unas facultades exageradas e insólitas, difícilmente justificables en un negocio en el que la iniciativa jurídica no le corresponde a él, sino a la contraparte. Sin embargo, esta objeción podría desecharse hoy sin problemas no sólo en aquellos ordenamientos, como el italiano, en los que la revocabilidad ha pasado a ser mero elemento natural del mandato (art. 1.723 del *Codice*), sino también en aquellos otros, como el español, en los que, pese a disponer que «el mandante puede revocar el mandato a su voluntad» (art. 1.733 del CC), se admite modernamente que determinados contratos de mandato son irrevocables por naturaleza o por pacto, algo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, frente a su primigenia postura en pro de la libre revocabilidad, viene admitiendo hoy sin esfuerzo (Sentencias de 22 de mayo de 1942, 26 de noviembre de 1954, 31 de enero de 1956, 2 de noviembre de 1962, 21 de diciembre de 1963, 6 de marzo de 1967, 4 de mayo de 1973, 8 de abril de 1980, 20 de abril de 1981, etc.).

Mayor peso tiene el alegato de que mientras el mandato es un contrato que se otorga en favor del mandante («prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra», art. 1.709 CC), en la cesión de bienes los favorecidos son los cesionarios (presuntos mandatarios). Mas todavía en este caso cabe replicar que, aparte de la posibilidad de la *procuratio in rem suam*, podría estimarse que en la cesión de bienes estamos ante la variedad de mandato que GAYO denominaba *mandatum tua et mea gratia* (mandato en interés del mandatario y del mandante), ya que la liquidación de los bienes del deudor se realiza también en interés suyo, pues, además de satisfacer sus deudas, percibirá el remanente caso de que exista; incluso, apurando mucho los términos, podría llegarse a considerar que en el contrato de cesión de bienes estamos en presencia de un mandato normal en beneficio del mandante (deudor que cede los bienes), ya que cuando los acreedores cesionarios proceden a liquidar los bienes y a aplicar el producto al pago de los créditos, el que realmente se beneficia es dicho deudor, «a quien los acreedores prestan el servicio de saldar, mediante liquida-

ción de sus bienes, total o parcialmente sus deudas» (95). Sutileza ciertamente exagerada.

En cambio, no parece que el hecho de que el artículo 1.175 del Código Civil hable de «ceder sus bienes» constituya, según pretende Cossío, alegato fundamental contra la tesis del mandato, en base a que «aún en el caso de que no exista una verdadera y propia transmisión de la propiedad, los acreedores reciben aquí algo más sólido y sustancial que un mero mandato representativo» (96). Realmente, la expresión «ceder los bienes» no tiene en el precepto en cuestión un contenido sustantivo sino meramente circunstancial y no cabe, por tanto, extraer de ella ninguna consideración determinante de cara a la configuración del instituto, ya que, como con acierto dice BELTRÁN DE HEREDIA, «carece de valor por sí sola» (97).

En realidad, la admisibilidad de la cesión como un mandato liquidatorio y de pago, aunque pudiera rastrearse algún interés del deudor en la figura, choca con la evidencia de que estamos ante un contrato en el que prepondera de una manera clara, directa y determinante el interés de los acreedores-cesionarios (98), y en el que desaparece la relación de gestión («prestar algún servicio o hacer alguna cosa») tan característica del genuino mandato. Aun en el Derecho italiano, MESSINEO considera, con razón, que debe rechazarse la tesis del mandato para enajenar a causa del carácter genérico de tal calificación, ya que realizar un acto jurídico por cuenta de otro es demasiado indeterminado en la especie, si se presta atención a que la cesión de los bienes a los acreedores implica un encargo de liquidar los activos y de repartir su producto (99).

Ver en la cesión de bienes un negocio por el que se traspassa a los acreedores el *ius disponendi* sobre los bienes cedidos, aunque tenga la ventaja de que refleja algo que ocurre en la práctica, en razón de que aquéllos, efectivamente, van a proceder a la liquidación de los activos

(95) Cossío: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., pág. 11. Más matizadamente, SOTGIA asevera que «en la cesión concurren no sólo los intereses de los cesionarios, sino incluso el del cedente, pudiendo consistir este último en la obtención del resultado constituido por el cumplimiento de sus propias obligaciones y el pago de sus propias deudas a los cesionarios»: *La cesión de bienes*, Barcelona, 1961, página 95.

(96) Cossío: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., pág. 11.

(97) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 426.

(98) En la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1953 se reconoce, en tal sentido, que «en el instituto de la *cessio pro solvendi causa*, o entrega de bienes para pago o en función de pago de deudas, juegan intereses del acreedor y también del deudor, a quien trasciende el buen o mal uso que aquél haga del patrimonio que se cede para venta, sin transferencia de dominio; pero a pesar de ese interés común, no se puede desconocer que prepondera el interés del acreedor, dada la finalidad buscada de extinguir o satisfacer el crédito.

(99) MESSINEO: *Manual...*, IV, op. cit., pág. 286.

del deudor, tiene el inconveniente dogmático de que en cuanto al poder de disposición forma parte del contenido del derecho y no es otra cosa que la posibilidad que tiene un sujeto de producir, mediante acto jurídico, la modificación del derecho de que es titular, no cabe su atribución a una persona distinta de aquella a la que corresponde el derecho (100), y en nuestro caso, por tanto, no puede admitirse que los acreedores ostenten el *ius disponendi* en relación a derechos cuya titularidad sigue perteneciendo al deudor-cedente.

Respecto a considerar la *cessio bonorum* como una transmisión fiduciaria de la propiedad de los bienes cedidos implica un forzamiento de la situación y una desnaturalización de conceptos que difícilmente admite la figura de la propiedad fiduciaria. En efecto, como no cabe estimar que el cedente haya perdido la propiedad de los bienes por claras y palmarias evidencias jurídicas, Cossío se ve en la necesidad de reconocer que a los cesionarios no les corresponde otros derechos sobre los activos del deudor que el *ius distrahendi*, derecho cercano a la garantía hipotecaria, pero que no debe catalogarse como propiedad fiduciaria, entendiendo por ésta la «propiedad sometida a determinados vínculos y adscrita a una finalidad concreta que excede del mero interés personal de sus titulares».

El pie forzado de que arranca Cossío le lleva a tener que admitir tácitamente que respecto a los bienes cedidos coexisten dos propietarios (¿por qué no se conforma, en consecuencia, la situación como un supuesto de cotitularidad?), con lo que, por un lado, atenta contra el carácter exclusivo del derecho de dominio (*duorum in solidum dominium esse non potest*) (101), y, por el otro, desnaturaliza la noción de propiedad fiduciaria, al ignorar que ésta es una propiedad plena, que las limitaciones que afectan a su extensión y a su duración no recaen sobre el derecho real en sí, sino sobre su titular (simples obligaciones personales de éste) y que, por tanto, según dice NAVARRO MARTORELL, la propiedad fiduciaria debe definirse como «una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria que afecta personalmente a su titular sobre el uso de sus facultades y generalmente sobre el tiempo de duración de su titularidad» (102).

En fin, estimar que la cesión de bienes constituye un negocio de autorización, en el sentido que define a esta variedad negocial la doctrina como «declaración de voluntad por la cual una persona, el autorizante,

(100) LADARIA CALDENTEY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, páginas 10 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES: *El tercero registral en el Derecho venezolano*, Caracas, 1967, pág. 39, y *Estudios de Derecho civil*, Caracas, 1970, pág. 27.

(101) CELSO: D. 13,6,5,15.

(102) NAVARRO MARTORELL: *La propiedad fiduciaria*, Barcelona, 1950, páginas 193 y sigs.

hace posible y lícito que otra persona, el autorizado, altere la esfera jurídica de aquélla mediante negocios jurídicos o actos materiales sin tener derecho ni obligación» (103), nos sitúa fuera del marco exacto en que se mueve la figura, porque en ella no nos encontramos tan sólo ante una situación jurídica configurada por el hecho de que los acreedores-cesionarios ostenten la facultad de inmiscuirse en la esfera patrimonial del deudor-cedente, sino que lo característico de aquélla radica en que, como asevera GAMBÓN ALIX, «los acreedores se obligan a vender los bienes: no existe aquí una facultad, sino un auténtico deber jurídico a cuya ejecución pueden ser compelidos por el deudor cedente» (104).

Al parecer de Díez-Picazo de que en la cesión de bienes estamos ante un negocio jurídico autorizativo por virtud del cual «se concede a los acreedores una especial legitimación para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes cedidos», aparte de que pueden oponerse las puntualizaciones recién señaladas, cabe objetar también el que ponga a jugar a favor de los acreedores la figura de la legitimación, que añade una nueva dificultad y torna más compleja desde el punto de vista dogmático la situación (¿qué clase de legitimación será ella, y cabe una legitimación indirecta fuera del campo de la representación?), amén de difuminar en extremo la línea divisoria entre ese pretendido negocio de autorización y el mandato liquidatorio representativo que tradicionalmente suele verse en el mecanismo de la cesión de bienes.

En realidad, como tantas veces ocurre en el Derecho civil, se ha padecido en este punto una verdadera inflación doctrinal mediante la formulación de excesivas teorías respecto a una figura jurídica que no presenta grandes dificultades para su correcta caracterización. La cesión de bienes para pago de deudas, de entrada, constituye un contrato nominado que no reclama, por tanto, su subsunción en otra variedad contractual (mandato, por ejemplo) por tener fisonomía y justificación propias. Y esto vale lo mismo en el Derecho civil italiano, en el que existe una regulación completa de la cesión de bienes (arts. 1.977-1.986 del *Codice*), algo que elude, como dice MESSINEO, la necesidad de que la misma tenga que valerse de la referencia directa a las normas reguladoras del mandato (105), como en el Derecho español, por más que éste dedique un único precepto (art. 1.175 CC) a la normación de la *cessio bonorum*, ya que tanto por la ubicación legal del precepto como por

(103) NATTINI: «Il negozio autorizzativo», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1912, págs. 487 y sigs.

(104) GAMBÓN ALIX: *Notas sobre la naturaleza jurídica...*, loc. cit., pág. 1071.

(105) MESSINEO: *Manual...*, IV, op. cit., pág. 286.

la precisión conceptual que el mismo formula se puede proceder a la exacta modulación del instituto.

El contrato de cesión de bienes ni produce la extinción de las precedentes obligaciones (en esto se diferencia de la *datio in solutum*) ni supone tampoco un «encargo» que el deudor hace a los acreedores para que éstos liquiden los bienes y apliquen el producto al pago de los créditos (MESSINEO ha señalado que el término «encarga» del artículo 1.977 del Código Civil italiano es totalmente inocuo y carece de virtud cualificadora), ni mucho menos da lugar a una verdadera cesión en cuanto no hay traslación de titularidad, sino tan sólo genera una relación jurídica compleja (cuyo exacto contenido luego tendremos ocasión de indagar) que supone que acreedores y deudor se han puesto de acuerdo para que los primeros puedan transformar en metálico los bienes del segundo y proceder con el mismo a la satisfacción de sus derechos. Situación que tiene su propia peculiaridad jurídica que impide la subsumición de la misma en otra figura típica y que está adornada de justificación singular, ya que por su través se arbitra un procedimiento que permite alcanzar los efectos del pago. En tal sentido, tiene razón BERCOVITZ cuando señala que mientras la dación cumple las funciones del pago, hace de pago, la cesión no lo sustituye, sino que conduce a él.

Porque ahí está la clave para la caracterización del instituto. Cuando el deudor acude a la cesión de bienes lo hace porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones, pero con el propósito de abordar tal cumplimiento mediante el mecanismo que pone en marcha. Existe, pues, un objetivo solutorio que se configura como la causa del contrato de cesión y la habilitación de un procedimiento (la venta de los bienes cedidos) que posibilitará su consecución. Esta finalidad de pago impregna al contrato todo, le presta carácter e impide su confusión con otras figuras más o menos próximas o funcionalmente similares. Determina, en definitiva, su configuración como un subrogado del pago o cumplimiento, ya que permite alcanzar los efectos extintivos y liberatorios de éste a través del camino indirecto que supone habilitar a los acreedores para obtener, con cargo a los bienes del deudor, los recursos precisos para la realización de sus derechos.

7. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE CESION DE BIENES

Aunque por la especial circunstancia que suele rodear la conclusión de este contrato (deudor que no alcanza a cubrir de manera normal todos sus compromisos obligacionales), lo normal sería considerar que

el mismo tenga lugar con todos los acreedores y por lo totalidad de los bienes del obligado, lo cierto es que tal nota no es esencial a la figura, ya que puede concluirse también con tan sólo uno o varios de dichos acreedores y afectar únicamente a parte del activo patrimonial del deudor, según ya tuvimos ocasión de considerar en páginas antecedentes.

¿Podrán adherirse al contrato los acreedores no otorgantes *ab initio* del mismo? BELTRÁN DE HEREDIA, siguiendo el parecer de SOTGIA, considera que sí y ve en el contrato de cesión de bienes un contrato de adhesión, esto es, un contrato abierto en el que se permite la entrada de otros contratantes que tengan los mismos intereses e idéntica postura jurídica que la de los estipulantes originarios, adhesión que se hará mediante la simple declaración unilateral de los acreedores que la deseen (106). Arribar a esta conclusión supone una clara colisión con lo que se acaba de decir respecto a que el contrato de cesión no requiere la intervención de todos los acreedores. De la misma manera que en el mismo no estamos ante un negocio de formación sucesiva o ante un contrato a favor de terceros, tampoco nos hallamos ante un contrato abierto o de adhesión, sino frente a un convenio que caso de cerrarse con uno o varios acreedores queda circunscrito a ellos, sin que quepa la inclusión de otros diferentes a no ser con expresa aceptación del deudor y de los acreedores originarios, únicos a los que concierne los efectos del contrato concluido. Sólo en el caso de ver en la cesión de bienes una figura que deba comprender a todos los acreedores y afectar a todos los activos del deudor habría que concluir que dicho convenio estaría abierto a cualquiera que acreditase su condición de acreedor del cedente. Al no ser así, debe concluirse en sentido contrario, y el hecho de que el artículo 1.981 del Código Civil italiano hable de «acreedores que han concluido el contrato o que se han adherido a él» (frase que ha propiciado la tesis que se critica) debe entenderse dentro de las coordenadas recién expuestas, que no son las de la adhesión sino las de la ampliación del contrato.

¿Contrato real o contrato consensual? En una primera impresión pudiera parecer que si el contrato se nomina como de cesión de bienes, la entrega de éstos deberá constituir requisito para su perfección y, por tanto, configurarse como contrato real *quoad constitutionem*. En tal sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1910 y 1 de marzo de 1969 rechazaron la existencia de genuina cesión de bienes por no haberse realizado la entrega de los mismos al acreedor; y, en idéntico sentido, BERCOVITZ estima que dicha entrega es necesaria para la perfección de la cesión, tanto por razones terminológicas como funcio-

(106) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., págs. 439-440.

nales, ya que sólo cuando el deudor haya entregado la posesión de los bienes y otorgado los poderes irrevocables (él acepta la teoría del mandato liquidatorio con poder irrevocable anejo) se podrá entender que los acreedores quedan vinculados a la cesión y a lo que ella implica: ejecución del mandato de liquidación y cobro, y abstención de actuar mientras tanto contra el deudor para reclamar el pago de los créditos (107).

Las razones terminológicas son fáciles de superar, ya que la expresión legal «cesión de bienes» no tiene valor definitorio ni supone tampoco genuina cesión en cuanto no hay transferencia de titularidad, por lo que, con razón, MESSINEO dice que en la figura estamos ante una cesión *pro solvendo* anómala porque el deudor conserva la propiedad de los bienes cedidos (108). Otra cosa sería si la cesión implicase transmisión de derechos, pues en tal caso, al no tener entre nosotros el contrato eficacia real (*quoad effectum*), haría falta contemplar la *datio rei* como elemento integrante del convenio en estudio, única forma de eludir las exigencias del principio del título y el modo para la transferencia de las titularidades jurídico-reales en el Derecho español.

Por lo que hace a las razones funcionales, tampoco existe mayor problema para marginarlas. Cuando BERCOVITZ aduce que, aun perfeccionada la cesión de bienes, los créditos subsisten hasta que se haya producido el pago, y, en consecuencia, no alcanza a ver el sentido que pueda tener vincular a deudor y acreedores a su cumplimiento antes de la entrega de los bienes y del apoderamiento para liquidarlos, ya que los acreedores no podrían cumplir el mandato de liquidación y cobro, y, frente al «incumplimiento» del deudor, tendrían que acudir a la resolución del negocio, no advierte que está confundiendo las fases de perfección y ejecución del contrato, pues una cosa es que la cesión se concluya por el solo acuerdo de las partes y otra que la consumación de la misma requiera normalmente la entrega a los acreedores de los bienes cedidos para el pago, y digo normalmente porque ni siquiera en esta fase de ejecución será preciso en todo caso la tenencia de dichos bienes en manos de los acreedores para que se pueda proceder o no a su realización. El contrato de cesión de bienes se perfecciona por el mero consentimiento de acreedores y deudor, y la entrega de los activos por parte de éstos supone el cumplimiento de una de las obligaciones a su cargo, en fase de ejecución de contrato.

Desde el punto de vista de las conveniencias prácticas, quizá tiene razón BERCOVITZ cuando afirma que «no parece que sea funcional imponer semejante carga a los acreedores cuando basta considerar que la

(107) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 461.

(108) MESSINEO: *Manual...*, IV, op. cit., pág. 287.

entrega es esencial al perfeccionamiento del negocio para llegar al mismo resultado (actuar los créditos contra el deudor) mientras que aquélla no se produzca» (109). Pero una cosa son las consideraciones pragmáticas y otras las exigencias dogmáticas derivadas de nuestro sistema civil, ya que en el Derecho español, en línea de principio, «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan...» (art. 1.258 CC), por lo que exigir la *datio rei* respecto a determinada variedad contractual sólo es posible, en cuanto constituirá una excepción a nuestro régimen consensualista de perfección del contrato, cuando la ley de manera expresa la contemple (arts. 1.758 y 1.863 CC, *ad exemplum*), y lo cierto es que en la normativa del artículo 1.175 nada se dice ni directa ni implícitamente respecto a semejante cuestión.

Entre nosotros, pues, el contrato de cesión de bienes no será real en cuanto a su constitución, porque aquí rige el principio del consensualismo, ni tampoco en cuanto a los efectos, porque en nuestro sistema, asimismo, impera la pauta de la eficacia meramente obligatoria de los contratos (arts. 609 y 1.095 CC, *a contrario sensu*). Por el contrario, en aquellos ordenamientos en los que rige el principio de la adquisición de los derechos reales *nudo consensu* (casos italiano, francés, portugués, venezolano, etc.), aunque el contrato de cesión de bienes sea también un contrato consensual por lo que hace al momento de su perfección, resulta obvio que los efectos reales que se advierten en él deberán considerarse consecuencia directa y, sobre todo, medio para la actuación del mismo (110), ya que, como dice SALVI, tales efectos reales pertenecen no al momento de la perfección del contrato, sino al de su ejecución (111).

Respecto al objeto del contrato de cesión resulta natural que el mismo venga dado por los bienes que el deudor ceda para el pago. Deberá tratarse de bienes presentes, patrimoniales, transmisibles y que pertenezcan al deudor, con indiferencia de que sean muebles o inmuebles, derechos reales, derechos de crédito, hacienda mercantil en su complejo y en sus elementos integrantes, derechos materiales e inmateriales correspondientes a la misma (marcas, patentes, modelos, etc.), el derecho de autor, así como los frutos tanto naturales como civiles de los bienes cedidos, pese a lo que piensan SOTGIA y SALVI, en cuanto deben seguir la condición de la cosa madre. ¿Y el patrimonio?

SOTGIA estima que aunque del artículo 1.977 del *Codice* resulta claramente que la cesión tanto pueda afectar al patrimonio íntegro del deudor como a los bienes singulares del mismo, debe excluirse, empero,

(109) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 232.

(110) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 142.

(111) SALVI: *La cessione dei beni ai creditori*, Milán, 1947, pág. 176.

que aquél pueda contemplarse en el contrato como *universitas*, o, lo que es igual, como conjunto indeterminado de todas las relaciones jurídicas del deudor de contenido patrimonial, tal como sucede en la quiebra y en el concurso, ya que en todo caso el contrato queda referido a la mera suma de los elementos explícita o implícitamente expresados en el mismo, ya sea todos, ya solamente algunos, porque el legislador considera objeto normal del convenio los bienes señalados por el cedente y no la *universitas* de los presentes, ni tampoco los futuros (112). Igual piensa, en relación al Derecho español, BELTRÁN DE HEREDIA, pues, en su sentir, así se deduce de la expresión utilizada por el artículo 1.175 cuando habla de ceder «sus bienes», no el patrimonio, con lo que parece aludir a la suma de aquéllos y no a su organización unitaria (113).

No parecen razones convincentes. El deudor, ciertamente, puede ceder tan sólo parte de sus bienes, pero puede ceder también, e incluso esta es la hipótesis normal en la contemplación que la ley hace de la figura, la totalidad de los mismos, por lo que en este supuesto difícilmente podrá decirse que el objeto del contrato de cesión no viene dado por el patrimonio entero del deudor, desde el momento en que el mismo comprenda todos los activos patrimoniales. Es más, en el caso también modélico de que además la totalidad patrimonial se ceda a todos los acreedores del cedente, la cesión abarcará al patrimonio en su consideración global o bruto, pues en la misma quedarán imbricadas también las obligaciones que soporte el deudor. Aquí también la expresión «ceder sus bienes» no cabe entenderla en su estricto sentido literal.

Por lo que hace a los créditos a satisfacer a través del mecanismo de la cesión de bienes, pienso que, por analogía con lo que ocurre en la cesión judicial (art. 1.915 CC), la conclusión del contrato determinará el vencimiento de todas las deudas a plazo. En cuanto a su liquididad, según ha declarado la Sentencia de 13 de marzo de 1953, «en la cesión voluntaria *pro solvendo* no es requisito esencial la determinación de la cuantía del débito en el acto mismo del convenio, y es suficiente que conste la existencia de la deuda..., sin perjuicio de que la cuantía del crédito se fije antes o al tiempo de la rendición de cuentas». Respecto al contenido de los mismos, dice bien BERCOVITZ que, construida sobre las pautas de la cesión judicial, es lógico que la cesión de bienes convencional atienda al pago de las deudas previa una liquidación de bienes, por lo que se tratará de pagar obligaciones pecuniarias, prescindiendo de si originariamente lo eran o no, es decir, que sólo se podrá

(112) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., págs. 142-143.

(113) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 443.

aplicar a toda clase de obligaciones previa una cuantificación pecuniaria de su valor (114).

En el Derecho italiano, la cesión se considera como un contrato para el que la escritura constituye requisito *ad substantiam*, ya que, de acuerdo al artículo 1.978 del *Codice*, «la cesión de bienes se debe hacer por escrito, bajo pena de nulidad», siendo indiferente que se trate de escritura pública o de documento privado. Como dice SOTGIA, esta norma tiene fácil explicación si se considera la importancia del vínculo y se tiene presente la amplia esfera de intereses afectados por el mismo, aparte de que la imposición de la forma escrita enlaza directamente con la necesidad de la transcripción (115). En nuestro Derecho, al no disponer nada al respecto el artículo 1.175 del Código Civil, deberá regir el principio de libertad de forma del artículo 1.278, y, en cualquier caso, aunque se reclamase la escritura, dicha forma no sería *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem*, de acuerdo a los dictados de los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil.

8. EFECTOS DEL CONTRATO DE CESION DE BIENES

Decíamos antes que la conclusión del contrato de cesión de bienes genera una relación jurídica compleja cuyo contenido ha llegado el momento de considerar. Los autores que ven en la figura un mandato irrevocable de liquidación y pago resuelven el punto con relativa facilidad remitiéndose a los efectos de la variedad contractual de mandato. Para quienes no lo vemos así, la cuestión se dificulta un tanto, aunque no resulta tarea imposible derivar los derechos y obligaciones de las partes de la caracterización y funcionamiento que con anterioridad se ha hecho de la *cessio pro solvendi causa*. Es obvio que en este campo jugarán papel determinante los acuerdos de los interesados, ya que, como puede leerse en la Sentencia de 13 de marzo de 1953, «la cesión extrajudicial es gobernada, en primer término, por las estipulaciones del convenio autorizadas por el artículo 1.175 del Código Civil, sin que sean de aplicación forzosa las reglas procesales del juicio universal de concurso o de quiebra, sólo utilizables en el supuesto de cesión judicial o abandono de sus bienes por el deudor ante el Juez en favor de una pluralidad de acreedores».

Entregados los bienes a los acreedores, éstos asumen respecto a los mismos un poder de gestión, compatible con el derecho de propiedad

(114) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., págs. 232-233.

(115) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 146.

que sigue correspondiendo al cedente. Semejante poder de gestión se descompone en las facultades de administración y liquidación de los bienes cedidos y durará el tiempo establecido por las partes, y, en su defecto, el que razonablemente sea necesario para que pueda cumplirse el objetivo del contrato, algo que, como es natural, corresponderá fijar al Juez, caso de que sus otorgantes no se pongan de acuerdo al respecto (artículo 1.128 CC).

La administración de los bienes cedidos será la administración ordinaria, esto es, la que sea precisa para el cumplimiento del cometido que incumbe a los acreedores. Comprenderá la percepción y disposición de los frutos, cobro de rentas, conservación de los bienes, cultivo de las fincas, explotación de los establecimientos mercantiles, etc.; quedarán excluidos, por tanto, los actos de administración extraordinaria, tales como realización de mejoras, cambios de destino o de cultivo de las fincas y similares (116). ¿Podrán los acreedores ejercitar las acciones patrimoniales relativas a los bienes cedidos?

El Código Civil italiano lo permite expresamente en su artículo 1.979. Para justificar esta posibilidad los autores italianos acuden a la figura del sustituto procesal (DE MARTINI) o a considerarla como mera emanación natural del mandato representativo conferido al cesionario (SOTGIA). En el Derecho español, ante el silencio legal, BELTRÁN DE HEREDIA, condicionado por su caracterización de la *cessio bonorum* como un contrato de mandato con poder irrevocable, estima que debe negarse a los acreedores la posibilidad de ejercitar las acciones de carácter patrimonial concernientes a los bienes cedidos, y que, siempre que debido a la gestión y administración se vean en la necesidad del ejercicio de las mismas, habrán de recurrir al deudor cedente (117). Pienso que la solución debe ser exactamente la contraria si se considera que a los cesionarios corresponde la administración de los bienes entregados, y que ésta difícilmente podría tener cumplida y cabal ejecución si los mismos no ostentasen la facultad de poder entablar en juicio las estrictas acciones patrimoniales atinentes a aquellos bienes; aparte de que el planteamiento contrario conduce al absurdo de tener que admitir que unos acreedores que pueden realizar los bienes cedidos, no pueden, empero, ejercitar los recursos procesales precisos para su adecuada defensa.

La liquidación abarcará el conjunto de operaciones jurídicas tendientes a convertir en numerario los bienes cedidos, y, por tanto, se sustanciará fundamentalmente a través de la venta de los mismos, aunque, desde luego, no hace falta que aquélla tenga lugar mediante subasta

(116) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 446.

(117) *Ibid.*, pág. 450. Igual, BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., página 229.

pública (Sentencia de 13 de marzo de 1953). Consecuentemente, deberán excluirse las disposiciones gratuitas de los bienes cedidos o que atiendan tan sólo a modificar su *status* mediante la imposición de gravámenes y cargas, como concesiones de prenda o de hipoteca, constitución de usufructos, superficies, censos, servidumbres, etc. (118), si bien la exclusión de las últimas categorías de actos dispositivos no cabe hacerla en términos absolutos cuando los mismos se realicen a título oneroso ante la imposibilidad fáctica de vender los bienes del deudor.

El contrato de cesión de bienes supone un compromiso por el que los acreedores aceptan circunscribir su actuación reclamatoria a los activos cedidos al objeto de proceder a su realización y satisfacer sus créditos sobre el producto. Resulta por ello natural que mientras las operaciones liquidatorias no hayan concluido y se constaten que con lo obtenido por su través no se alcanza a cubrir la totalidad de las acreencias, los acreedores no pueden actuar reclamativamente sobre aquellos otros bienes del deudor que no hayan estado comprendidos en la cesión, ya que en otro caso se estaría dando entrada a la posibilidad de que una de las partes se apartase unilateralmente de las obligaciones contractuales. Si los acreedores han aceptado circunscribir su acción a un sector del patrimonio del deudor, no pueden pasar a otro en tanto aquél no demuestre cumplidamente su insuficiencia. Es lo que establece el párrafo tercero del artículo 1.981 del Código Civil italiano cuando prohíbe a los cesionarios «accionar ejecutivamente sobre los otros activos antes de haber liquidado los cedidos».

Contrariamente, si el convenio de cesión no se ha celebrado con todos los acreedores, como bien puede suceder, los acreedores no participantes conservan, en principio, la facultad de dirigirse ejecutivamente contra cualesquiera bienes de su deudor, incluidos los que han sido objeto de cesión, habida cuenta de que ésta no ha supuesto la salida de los mismos del patrimonio del cedente. MESSINEO señala que los acreedores que han permanecido extraños a la cesión, si son anteriores a ella, pueden accionar ejecutivamente sobre los bienes objeto de la cesión porque a ellos no les es oponible el vínculo de indisponibilidad que surge de aquélla, circunstancia que se justifica por la dificultad en que dichos acreedores se encontrarían si debieran valerse de la acción revocatoria contra la cesión, puesto que vendrían obligados a probar el conocimiento del perjuicio que ésta les originó (119).

Se observará que MESSINEO habla de acreedores extraños anteriores a la cesión, ya que a ellos específicamente se refiere el artículo 1.980 del *Codice*, porque si se trata de acreedores extraños posteriores a la

(118) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 157.

(119) MESSINEO: *Manual...*, IV, op. cit., págs. 284-285.

misma, deberán respetar el vínculo de indisponibilidad sobre los bienes cedidos, en razón de que tal vínculo es anterior en fecha al momento en que ellos se convierten en acreedores, y, además, el mismo era reconocible por todos si, teniendo la cesión por objeto inmuebles o muebles registrados, se ha verificado la transcripción (120).

En realidad, en el Derecho italiano sucede así porque *a contrario* se deriva del párrafo segundo del artículo 1.980 del Código Civil, pero sin que dicha hipótesis admita cómoda y convincente explicación dogmática. El contrato de cesión de bienes es para los acreedores posteriores a la misma *res inter alios acta* y, por tanto, no les afecta, aparte de que ante la ausencia de efectos traslativos de aquél parece obvio que tales acreedores puedan accionar ejecutivamente sobre bienes que dominicalmente permanecen en el patrimonio de su deudor no obstante la cesión de los mismos. No parece, pues, que en nuestro Derecho pueda operar la fórmula italiana, fórmula que, por lo demás, consideramos errónea y dañina (de hecho los nuevos acreedores desconocerán en una mayoría determinante de casos la cesión), ya que, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, resulta imposible que una acción ejecutiva pueda verse obstaculizada por un contrato de carácter personal entre el deudor y unos terceros, y que el contrato de cesión pueda desvirtuar la función de garantía que a tenor del artículo 1.911 del Código Civil tienen los bienes del deudor con respecto a todos los acreedores (121). Si tal fuera el caso, habría que atribuir al poder derivado de la cesión eficacia *erga omnes*, algo que, con toda evidencia, no sucede.

Cómo haya de llevarse a cabo la liquidación de los bienes cedidos es algo que incumbe a los acreedores, quienes, de ordinario, se pondrán de acuerdo al respecto, bien conviniendo operar conjuntamente, bien mediante la actuación de una junta de liquidación, o bien a través de un liquidador único, porque resultaría extraño a la naturaleza de la cesión de bienes ejecutar la liquidación por medio de la actividad inconnexa de los cesionarios singulares (122). Lo que no supone, en modo alguno, tal como ha pretendido MICCIO, que exista una relación contractual entre los acreedores distinta del contrato de cesión con el deudor (123), sencillamente porque semejantes previsiones pueden incluirse sin problema en la propia *cessio bonorum* o corresponden a los meros actos de desarrollo de éste que no tienen ni necesitan naturaleza contractual.

Para el caso de que no existan ni se formulen tales previsiones,

(120) *Ibid.*

(121) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 464.

(122) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 166.

(123) MICCIO: *La cessione dei beni nel concordato*, Milán, 1952, pág. 141.

¿cómo se gobierna la aludida situación? Recogiendo una idea de BELTRÁN DE HEREDIA en el sentido de que entre los acreedores no existe una voluntad colectiva, ni una verdadera organización, sino tan sólo una comunidad de intereses que persigue el exclusivo fin de liquidar para satisfacer los intereses de dichos acreedores, BERCOVITZ estima que «el conjunto de los acreedores forma una comunidad sin atribución de cuotas» (124). Es obvio que aquí no puede operar *stricto sensu* la figura de la comunidad de bienes porque no estamos en presencia de un supuesto de cotitularidad de derechos (art. 392 CC), habida cuenta de que el deudor sigue conservando la propiedad de los bienes cedidos mientras no sean enajenados; sin embargo, también lo es que no existe obstáculo alguno para que, en ausencia de pacto, se apliquen analógicamente las normas legales relativas a la comunidad, y, en consecuencia, se exija la mayoría para los actos de administración y mejor disfrute (artículo 398 CC) y la unanimidad para la disposición de los bienes cedidos (art. 397 CC).

Los derechos que según se ha expuesto corresponden a los acreedores en virtud del contrato de cesión de bienes encuentran su contrapeso, en cuanto es un contrato sinalagmático, en los recíprocos poderes que pertenecen al deudor. Tiene éste derecho a controlar la gestión que de sus bienes realicen los acreedores, sin que pueda revocar el encargo concedido para la liquidación, pero no, según pretende BELTRÁN DE HEREDIA, porque «como propietario renunció contractualmente a la facultad de disponer de los bienes cedidos» (125), sino porque el contrato de cesión de bienes, como cualquier otro contrato, es naturalmente irrevocable. Algo que no obsta, empero, a que pueda acogerse como en todo contrato bilateral a la resolución judicial en caso de incumplimiento de sus obligaciones por la contraparte (art. 1.124 CC).

¿Tendrá derecho a intervenir en las operaciones liquidatorias que realicen los acreedores cesionarios? Frente a la opinión de COSSÍO de que no debe reconocerse al cedente la menor intervención en los actos de gestión y enajenación (126), BELTRÁN DE HEREDIA piensa, en cambio, que puede intervenir en los mismos, ya que tiene un interés decidido en que se obtenga el máximo posible, mientras que a los acreedores les bastará con recaudar lo suficiente para poder satisfacer sus créditos (127). No parece que pueda sostenerse este punto de vista que distorsiona el campo operativo que el contrato de cesión confiere a los acreedores, mediatizaría seriamente sus derechos y daría lugar a incon-

(124) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 234.

(125) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 451.

(126) COSSÍO: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., pág. 18.

(127) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 452.

venientes y problemas sin cuento. Los hipotéticos perjuicios que pueda derivar el deudor de una actuación poco cuidadosa o dispendiosa de los acreedores en el proceso de liquidación de los bienes darán lugar a la exigencia de la pertinente responsabilidad a éstos por cumplimiento irregular de las obligaciones a su cargo, ya que, evidentemente, los mismos deben cumplir tales vínculos obligatorios con la diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1.104 CC).

Porque para ello está precisamente el derecho a la rendición de cuentas que ostenta el deudor al término de la liquidación o cuando se hubiera pactado, momento en el cual los acreedores cesionarios deberán especificar todos los actos liquidatorios efectuados y el destino dado al producto que de los mismos se obtuvo, así como los retornos que procedan. Si de semejante rendición de cuentas se derivase, en opinión del deudor, la gestión defectuosa, perjudicial o ilegítima de los bienes cedidos, podrá el mismo reclamar la indemnización de todos los daños y perjuicios que se hayan derivado de la torcida gestión denunciada.

¿Podrán los acreedores asignarse en pago los bienes cedidos? Como ha resaltado SALVI, el posible acuerdo de los cesionarios para de este modo proceder a la liquidación, prescindiendo de cualquier asenso del cedente, plantea una situación de grave peligrosidad para los derechos del deudor, precisamente en razón a la facilidad con que puede producirse un conflicto de intereses entre éste y los cesionarios (128). Semejante hipótesis debe quedar excluida del proceso de liquidación, ya que transformaría la *cessio bonorum* en *datio in solutum*, algo que los acreedores no pueden realizar por sí solos, ya que en ambos casos nos encontramos en la esfera contractual y no cabe el tránsito de un negocio *pro solvendo* a otro *pro soluto* (cambio de causa) sin la participación del deudor dueño de los bienes (129).

El producto obtenido en la liquidación de los bienes cedidos, incrementado con todo aquello que suponga el rendimiento de los mismos u obtenido del ejercicio de las acciones patrimoniales a ellos concernientes, deberá repartirse entre los acreedores en proporción al monto de sus créditos, salvo las causas de prelación. La doctrina española (BELTRÁN DE HEREDIA, COSSÍO, BERCOVITZ, etc.) considera que todos los créditos quedan equiparados mediante el convenio de cesión, sin que quepa establecer entre ellos preferencia alguna ni privilegios de ninguna clase (130). Desde luego tal cosa no ocurre en la cesión judicial de bienes, ni aquí tampoco hay razón suficiente para que se produzca, aparte de que su admisión supondría atribuir al convenio de cesión una

(128) SALVI: *La cessione...*, op. cit., pág. 187.

(129) SOTGIA: *La cesión...*, op. cit., pág. 169.

(130) COSSÍO: *Convenios extrajudiciales...*, loc. cit., pág. 19.

finalidad novatoria que no cabe presumir (art. 1.204 CC), ni, evidentemente, hace falta para la consecución de sus objetivos.

La realidad será, por el contrario, que si bien los acreedores deben repartirse entre sí las sumas obtenidas por la venta de los bienes en proporción a sus respectivos créditos, ello no tiene por qué (ni tiene fuerza suficiente al respecto) trastornar la ordenación de las acreencias, pues la *par condicio creditorum* en nuestro supuesto no es otra cosa que la *par condicio* ordinaria y previa. En consecuencia, en el reparto del producto obtenido deberán tenerse en cuenta y respetarse las pautas sobre concurrencia y prelación de créditos, tal como con toda claridad establece el artículo 1.982 del Código Civil italiano al dejar a salvo las causas de prelación.

Como en virtud de la cesión el deudor no ha perdido la propiedad (*rectius*, titularidad) de los bienes cedidos, siempre que éstos resulten excesivos con respecto a los pasivos a satisfacer, los bienes que no hayan sido enajenados deberán ser devueltos a su propietario. De la misma manera, si el producto obtenido en la liquidación sobrepasa el monto del pasivo, el excedente también debe ser entregado al obligado, ya que es el único que ostenta derecho al mismo por virtud de la subrogación real operada (*pretium succedit in locum rei*).

Los derechos de los acreedores se extinguen en el momento en que reciben la parte que les corresponda sobre el producto de la liquidación efectuada y no antes, porque, como sabemos, la cesión no tiene virtualidad *pro soluto*, sino tan sólo *pro solvendo*. Ahora bien, semejante extinción sólo tiene lugar hasta dónde alcance el monto de lo entregado a cada acreedor, ya que, como dice el artículo 1.175 del Código Civil español, «la cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél (el deudor) de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos». En consecuencia, cuando el producto de la enajenación resulte insuficiente para la total satisfacción de los créditos, éstos subsistirán en aquella parte en que no hayan sido realizados.

Tal circunstancia, en cuanto de manera obligada estos remanentes crediticios deben seguir conservando la misma naturaleza y posición que *ab origine* ostentaban, prueba con toda claridad que, pese a lo que piensa Cossío, el convenio de cesión de bienes no puede tener en ningún caso eficacia novatoria, ya que no se alcanzaría a explicar cómo unas obligaciones que resultaron novadas al perfeccionarse la *cessio bonorum* retornan ahora a su condición primitiva caso de que no se satisfagan en su totalidad. Incluso aunque se haya pactado, como expresamente contempla el artículo 1.175 del Código Civil español, la extinción total de los créditos por más que no se cancelen íntegramente, tampoco estaríamos en presencia de una genuina novación (aparte de las

dificultades intrínsecas para la misma), ya que dicho pacto afectaría no a la obligación en sí, sino a su cumplimiento, en cuanto, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, el acreedor se aviene a percibir menos de lo que se le debe (131).

3. OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACION. GENERALIDADES

Aunque, naturalmente, en la relación jurídica obligatoria el interés primario reside en el acreedor y se orienta a la satisfacción de su derecho, no puede negarse, empero, que también el deudor tiene interés en la extinción del vínculo, ya que no le es indiferente el continuar o no obligado. En la regulación legal del pago hay suficientes manifestaciones de esta situación, extraíbles por simple argumentación *a contrario*, como cuando el artículo 1.166 del Código Civil dispone que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente», o cuando el artículo 1.169 *eiusdem* establece que «no podrá compelirse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación».

Pero, quizá, la más cumplida expresión de la aludida situación tiene lugar cuando la ley permite al deudor que ha intentado cumplir en la debida forma su obligación, tropezando con la adversa voluntad del acreedor a recibir el pago, liberarse del débito mediante el depósito de la cosa debida ante la autoridad judicial. Estamos entonces en presencia del mecanismo de ofrecimiento de pago y consignación que produce la extinción de la obligación y la liberación del deudor sin provocar la satisfacción del derecho del acreedor, por lo que no debe extrañar que, al faltar uno de los factores que juegan en la genuina *solutio* (extinción, satisfacción, liberación), no quepa ver en aquél más que un subrogado del cumplimiento.

Ese legítimo interés del deudor a su liberación, por cuanto cada deuda, según escribe LACRUZ, produce para el obligado no sólo la necesidad de pagarla, sino, acaso, incumbencias y responsabilidades adicionales (132), no resulta de fácil configuración dogmática. No debe extrañar que en razón de que nos hallamos ante un «interés jurídicamente protegido» no falten quienes estimen que el mismo configura un verdadero derecho subjetivo del deudor, ya que, se alega, aunque éste es el sujeto pasivo de la obligación y soporta, por ende, el débito, ello no

(131) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 461.

(132) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 113.

obsta para que pueda corresponderle a la vez un derecho, pues la idea del deber no es incompatible con la del poder (133).

Para otros, en cambio, semejante interés no puede constituir un verdadero derecho subjetivo, ya que ello determinaría la existencia de un vínculo jurídico que obligaría a la otra parte, por lo que no pasa de ser una simple facultad que no vincula al acreedor (134). Mientras que, en fin, hay quienes consideran que la actividad de cooperación a desarrollar por el acreedor al objeto de que el deudor pueda liberarse de la obligación constituye tan sólo una carga o gravamen que afecta al primero (135).

En realidad no parece que tenga mucha trascendencia el pronunciarse en uno u otro sentido a la hora de catalogar conceptualmente el interés del deudor al cumplimiento, ni tampoco dilucidar si el mismo es un interés directo o surge de manera refleja de una hipotética carga de cooperación que soportaría el acreedor, porque la ley delimita con toda nitidez el campo operativo del deudor en el caso de que el acreedor se niegue sin razón o justa causa a recibir la cosa debida, permitiéndole conformar la situación de *mora accipiendi* o liberarse de su obligación mediante el procedimiento del ofrecimiento de pago y consignación.

En este último procedimiento estamos, pues, ante un mecanismo de liberación coactiva del deudor que atiende a la exoneración de éste prescindiendo de la satisfacción *prima facie* del interés del acreedor, aunque, en definitiva, sienta las garantías y condiciones oportunas para que el mismo pueda tener realización cuando así lo decida su titular. Aunque no faltan autores que rebajan sensiblemente la importancia del primero de los dos términos de que consta la figura (el ofrecimiento), no viendo en él más que un elemento preparatorio del segundo (la consignación) (136), lo cierto es que el papel del mismo es determinante para la adecuada conformación del instituto, constituyendo una de las partes o etapas de que consta éste y no simple antecedente que no condicionaría su existencia. Como advierte con razón DÍEZ-PICAZO, el ofrecimiento de pago opera como el acto de apertura del complejo procedimiento de liberación por consignación (137).

(133) FALZEA: *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 1952, páginas 38 y sigs.

(134) CROME: *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel Diritto francese*, Milán, 1908, págs. 187 y sigs.

(135) SCHENKER: «Erfüllungsbeitschaft und Erfüllungsangebot», en *Iherings Jahrbücher*, 1928-1929, págs. 146 y sigs.

(136) MANRESA: *Comentarios...*, VIII-1, op. cit., pág. 620; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, III, op. cit., pág. 374.

(137) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 649.

10. EL OFRECIMIENTO DE PAGO. NATURALEZA, FORMA Y REQUISITOS

Según el párrafo primero del artículo 1.176 del Código Civil, «si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». Se resalta así que en la figura en estudio el ofrecimiento constituye supuesto necesario para que, en principio, quede expedito el camino para el depósito de la cosa debida y se produzca la liberación del deudor. Esta ha sido la doctrina constante de nuestro Tribunal Supremo al reiterar que «para que la consignación produzca los efectos jurídicos del pago, es indispensable que vaya precedida del ofrecimiento» (Sentencia de 20 de noviembre de 1918); que «para declararse bien hecha una consignación y que produzca los debidos efectos, ha de justificarse ante la autoridad judicial y haberse realizado previamente el ofrecimiento de pago» (Sentencia de 14 de octubre de 1914); o que la consignación debe ajustarse a las normas que determinan la eficacia del pago y a las que regulan el ejercicio de la facultad de consignar en los artículos 1.176 y siguientes, precepto éste en el que se está exigiendo previo ofrecimiento, fuera de los casos que señala el párrafo segundo (Sentencias de 20 de diciembre de 1943, 15 de junio de 1946, 24 de enero de 1948, 7 de diciembre de 1976, etc.).

Frente a los autores que en una visión procesalista del ofrecimiento de pago ven en él un intento de conciliación que puede acabar con avenencia o sin ella según cuál sea la respuesta del acreedor (137 bis), o un acto de conciliación extrajudicial y tan inútil como ésta (138), la mayoría doctrinal se inclina por considerar a aquél como una declaración de voluntad dirigida por el deudor al acreedor o a su representante por la que manifiesta su propósito de cumplir de inmediato y fielmente la prestación que le incumbe (139). Se trataría, pues, de una declaración de voluntad unilateral y recepticia (140), que implica la intimación expresa o tácita al acreedor para que se haga cargo de la prestación que se le ofrece (141).

BELTRÁN DE HEREDIA estima que el ofrecimiento de pago es un «acto

(137 bis) NART: «Pago por consignación», en *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 208.

(138) CANO MATA: «La consignación», en *Anuario de Derecho Civil*, 1969, página 763.

(139) EYRÉ VARELA: «Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial», en *Revista Jurídica de Cataluña*, XLIX, 1946, pág. 25; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, III, op. cit., pág. 374, etc.

(140) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 649.

(141) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 236.

formal» con el que el deudor ofrece al acreedor la realización de la prestación solicitando que sea recibida, pero que ello no significa que sea una declaración de voluntad en sentido técnico ni mucho menos que constituya un negocio jurídico, sino que debe considerarse como un simple acto jurídico de carácter unilateral que se dirige a tratar de obtener de la otra parte la actividad necesaria para poder cumplir. Se trataría, en su opinión, de una verdadera intimación a incluir en aquel tipo de actos que la doctrina alemana llama «manifestación» o «participación» de voluntad (142). También DÍEZ-PICAZO, aunque cataloga de manera previa al ofrecimiento de pago como declaración de voluntad, reseña a continuación que «es un acto de ejercicio de una facultad o de un derecho, por lo cual puede ser considerado como una pretensión o como una intimación» (143).

En realidad, ver en el ofrecimiento un acto jurídico en sentido estricto, esto es, una manifestación de voluntad que sirve de base para la producción de un efecto que no se corresponde, sin embargo, al contenido de dicha voluntad en cuanto nace de la ley, desdibuja el papel que el mismo juega dentro del complejo mecanismo sustitutorio del pago que estamos considerando y le atribuye una autonomía de la que carece, ya que su contenido no es otro que el de abrir la vía para que sea posible practicar la consignación de la cosa debida. Hablar de efectos propios del ofrecimiento de pago desde el ángulo estricto de la extinción de las obligaciones (otra cosa es en relación a la construcción de la *mora creditoris*), no tiene mucho sentido porque no es propio de lo que simplemente constituye elemento integrante de un mecanismo complejo la producción de consecuencias jurídicas autónomas y delimitadas, ya que los efectos verdaderos y definitivos (la extinción de la obligación y la liberación coactiva del deudor) sólo se producen cuando dicho procedimiento resulte cubierto en su totalidad, es decir, cuando amén del ofrecimiento se haya producido la consignación. Por tanto, aunque en el ofrecimiento de pago existe, sin duda, un ingrediente de voluntad, quizá lo más conveniente es excluir su caracterización de alguna de las categorías al uso (acto jurídico estricto, declaración de voluntad, negocio jurídico, etc.), en cuanto no es correcto abordar la naturaleza jurídica autónoma de lo que sólo es elemento constitutivo de un acto complejo.

Por lo que respecta a la forma de realizar el ofrecimiento de pago,

(142) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., págs. 477-478.

(143) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 649. En el Derecho civil italiano, a tenor del artículo 1.209 del *Codice*: «Si la obligación tiene por objeto dinero, títulos de crédito o cosas muebles a entregar en el domicilio del acreedor, la oferta debe ser real. Si se trata, por el contrario, de cosas muebles a entregar en lugar diverso, la oferta consiste en la intimación al acreedor para recibirlas, hecha mediante acto notificado a él, en la forma prescrita para los actos de citación».

el Código Civil no exige ninguna específica, a diferencia del Proyecto de 1851, que prevenía que «el ofrecimiento se haga por ante escribano público y dos testigos» (art. 1.108, 5.º), con la finalidad evidente, según apuntara GARCÍA GOYENA, de «prevenir dudas y pleitos» (144). De todas maneras, en cuanto corresponde al deudor la prueba de que se ha efectuado y dicha prueba deberá hacerse no sólo frente al acreedor que niegue la oferta, sino también frente a la autoridad judicial de quien se solicita la constitución de las cosas debidas en depósito y una resolución que establezca el carácter liberatorio de la consignación (145), resulta natural que los deudores tiendan a preconstituir la prueba y, por tanto, recurran al mecanismo del requerimiento notarial como medio seguro de poder acreditar, caso de que se necesite, fehacientemente que el ofrecimiento de pago tuvo realización. Algo que no obsta, empero, a que la oferta se pueda realizar a través de cualquier medio idóneo, como el giro postal o el telegráfico (Sentencia de 8 de febrero de 1957), y sea posible su probanza mediante cualquier medio de prueba.

En el artículo 1.108 del Proyecto de Código Civil de 1851 se preveía que para que el ofrecimiento de pago produjese efectos era necesario: 1.º que comprenda la totalidad de la deuda líquida y exigible con sus intereses y réditos vencidos si los hubiese; 2.º que esté cumplida la condición, si la obligación fuere condicional o vencido el plazo, si se estipuló a favor del acreedor; 3.º que el ofrecimiento sea de cumplir la obligación en la forma que se prescribe en los párrafos 1.º y 2.º de esta sección, y 5.º que el ofrecimiento se haga por ante escribano público y dos testigos.

Nada establece de manera expresa en relación a este punto de los requisitos del ofrecimiento de pago el Código Civil (145 bis), pero es que, en realidad, tampoco hace falta, pues es obvio que para que aquél genere la eficacia que le es propia deberá ajustarse estrictamente a las exigencias, que ya conocemos, subjetivas, objetiva, de lugar y tiempo del pago, si se quiere que la oferta en cuestión conecte con la idea del pago como exacta y cabal realización de la prestación debida.

(144) GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, op. cit., pág. 594.

(145) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 649.

(145 bis) Según el artículo 1.208 del Código Civil italiano para que la oferta de pago sea válida se necesita: 1) Que se haga al acreedor capaz de recibir o a quien tenga la facultad de recibir por él. 2) Que se haga por persona que pueda cumplir válidamente. 3) Que comprenda la totalidad de la suma o de las cosas debidas, de los frutos o de los intereses y de los gastos líquidos, y una suma por los gastos no líquidos, con reserva de un suplemento si es necesario. 4) Que el término esté vencido, si se ha estipulado en favor del acreedor. 5) Que se haya verificado la condición de la cual depende la obligación. 6) Que la oferta se haga a la persona del acreedor o en su domicilio. 7) Que la oferta se haga por un funcionario público autorizado para ello.

Por lo que hace a la persona que puede efectuar el ofrecimiento, ésta será en primer término el propio obligado, por sí o por representante. ¿Podrá hacerlo un tercero? BELTRÁN DE HEREDIA opina que en este supuesto, a diferencia de la hipótesis normal del cumplimiento, prepondera el interés del deudor y, en consecuencia, hará falta su consentimiento para que el tercero pueda realizar válidamente la oferta de pago (146). Parece que no acaba de entenderse de manera cumplida si se advierte que, en nuestro sistema, el tercero puede realizar el pago con conocimiento, sin noticia y aun contra la expresa voluntad del deudor (artículo 1.158 CC), y si puede ejecutar la prestación debida no se alcanza a ver cómo se le puede prohibir o coartar la realización de un simple acto formal tendente a conformar un subrogado del cumplimiento, aunque sólo fuera por simple apelación al argumento *a maiori ad minus*.

El ofrecimiento debe hacerse al acreedor o persona autorizada para recibir el pago. La oferta hecha a quien ha dejado ya de ser representante del acreedor por haberse revocado el poder no puede estimarse bien hecha a los efectos que se consideran (Sentencia de 15 de junio de 1946). No cabe tampoco en los supuestos de ausencia, incapacidad, incertidumbre o desconocimiento del acreedor sin que exista representante del mismo (Sentencia de 6 de mayo de 1920). Tratándose de obligaciones solidarias, el ofrecimiento realizado por uno de los deudores abrirá la vía a la consignación a todos los demás y, en cambio, no será oponible a los mismos efectos a aquellos acreedores a quienes no se les haya hecho.

La prestación que se ofrezca debe ser exactamente la debida, por lo que aquí juegan también en toda su plenitud los requisitos objetivos de identidad, integridad e indivisibilidad de aquélla. En el aspecto cuantitativo, la oferta no podrá ser por más o por menos de lo debido, aunque luego se subsane el defecto a la hora de la consignación, porque se incumpliría la condición de que sólo puede estimarse ofrecimiento de pago aquella oferta que, caso de ser aceptada por el acreedor, suponga la exacta ejecución de la prestación debida.

El ofrecimiento sólo es posible si la deuda es líquida, ya que si se trata de una obligación ilíquida, de la misma manera que el acreedor no puede reclamarla, tampoco puede ser compelido a recibirla, y si no puede ser compelido a aceptarla podrá, por tanto, rechazarla sin consecuencias jurídicas ulteriores (Sentencia de 27 de noviembre de 1950). Con mayor razón, podrá el acreedor rechazar el pago cuando, a causa de la ausencia de liquidez, se le ofrezcan cantidades simplemente apro-

(146) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 492.

ximadas (147). Si la liquidación corresponde hacerla al acreedor y éste la retrasa precisamente para impedir el pago, podrá el deudor instar la liquidación judicial de la deuda, a partir de cuyo momento será operativa la oferta de cumplimiento (148). Si se han producido intereses, el ofrecimiento de pago sólo será tal cuando amén del principal incluya aquéllos (Sentencias de 15 de febrero de 1905, 29 de abril de 1946, 11 de mayo de 1951, etc.). Asimismo, nuestro Tribunal Supremo considera mal hecha la oferta de pago cuando la misma se refiera a moneda fuertemente devaluada (Sentencia de 3 de octubre de 1955).

En el caso de obligaciones alternativas, si el *ius electionis* corresponde al deudor, como es lo normal (art. 1.132 CC), la oferta de una de las prestaciones alternativamente debidas supondrá la consumación de dicho derecho y todo funcionará, según dice GIORGI, como si el objeto designado fuera el sólo debido (149). En cambio, si el aludido derecho corresponde al acreedor, la situación se complica porque el objeto que ofrezca el deudor puede no ser el que aquél quiere recibir. BELTRÁN DE HEREDIA estima que en dicho caso el ofrecimiento supone el requerimiento para que el acreedor ejercite su derecho de elegir y la negativa injustificada le hará perder el mismo, retornando al deudor la facultad genérica del artículo 1.132 del Código Civil (150). A BERCOVITZ no le parece del todo clara esta solución y apunta que quizá haya que renunciar en tales casos a la consignación, salvo si el deudor se encuentra dispuesto a consignar todas las prestaciones alternativamente posibles (151). Por nuestra parte, nos parece que cualquier ofrecimiento de pago para que sea tal deberá ir precedido de la determinación por parte del acreedor, bien a requerimiento del deudor o bien mediante decisión judicial, de cuál de las prestaciones alternativamente debidas desea recibir.

El ofrecimiento de pago debe ser incondicional (Sentencias de 27 de noviembre de 1906 y 22 de enero de 1958), requisito que no se elude cuando en las obligaciones recíprocas la oferta de una de las partes se condiciona al cumplimiento de la otra (Sentencia de 7 de enero de 1977), ya que, como advierten PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, tal exigencia no será necesaria ni constituirá obstáculo para el deudor cuando sólo tenga que prestar a cambio de la entrega simultánea de la contraprestación, en cuyo caso el consignante podrá solicitar que no se entregue al acreedor lo consignado, sino a cambio de la prestación que le incum-

(147) MONTEL: *Illiquidità. Foro italiano*, 1941, págs. 10 y sigs.

(148) BATTISTA: «Offerta di pagamento e deposito», en *Digesto italiano*, XVII, páginas 67 y sigs.

(149) GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, VII, op. cit., pág. 329.

(150) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 506.

(151) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 238.

be (152). Finalmente, como es natural, el ofrecimiento debe hacerse en el momento y en el lugar en que se puede y debe realizar el pago, rigiendo aquí todas las matizaciones y modalidades que se expusieron al hablar de estas circunstancias en el cumplimiento de las obligaciones.

11. SUPUESTOS EN QUE SE EXCEPTUA EL OFRECIMIENTO DE PAGO

De acuerdo al párrafo segundo del artículo 1.176 del Código Civil, «la consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que debe hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación». Como es obvio, tales supuestos, en los que cabe pasar directamente a la consignación y a obtener los efectos liberatorios propios de la misma sin el paso previo de la oferta de pago, deben ser objeto de interpretación estricta.

La ausencia del acreedor no debe entenderse, según parecer unánime de la doctrina, en su sentido técnico de ausencia legalmente declarada, entre otras razones por la que de ser tal existirá un representante del ausente y a él podría válidamente hacerse la oferta de pago. Se tratará, por tanto, de una simple ausencia fáctica, de la no presencia del acreedor en el momento y en el lugar en que debe practicarse el pago, ya que, como hemos señalado anteriormente, si la oferta de pago sólo cabe realizarla en idénticas circunstancias a las que han de presidir el cumplimiento mismo, bastaría al acreedor con ausentarse, para, al imposibilitar el ofrecimiento, impedir la liberación del deudor. Resulta justo, en consecuencia, que la ley permita efectuar de manera inmediata la consignación de la cosa debida; es más, se hace necesaria semejante posibilidad ya que, en caso contrario, el deudor quedaría encerrado en la trampa de no poder efectuar el pago por no hallarse presente el acreedor y no poder tampoco exonerarse de la deuda ante la imposibilidad de realizar el ofrecimiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque fundamentalmente se inclina por la mera ausencia de hecho del acreedor o «falta de presencia en el lugar en que deba hacerse el pago» (Sentencias de 23 de marzo de 1929, 17 de marzo de 1945, etc.), alguna vez se ha inclinado a entender aquélla en sentido técnico (Sentencia de 20 de diciembre de 1943).

El mismo criterio debe jugar en la segunda hipótesis de excepción

(152) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas...*, I, op. cit., pág. 327.

por estar el acreedor «incapacitado para recibir el pago en el momento en que debe hacerse». Aquí tampoco se trata de una incapacidad judicialmente declarada y ni siquiera de un supuesto técnico de incapacidad, por la sencilla razón de que si es válido el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes (art. 1.163 CC), con mayor razón lo será el ofrecimiento del mismo. No se trata de eso, sino de una simple situación de imposibilidad (que la ley llama incorrectamente incapacidad) material y pasajera para recibir el pago, y con el mismo propósito anterior de frustrar cualquier tentativa del acreedor para entabrar la liberación del deudor. Por ello, LACRUZ dice con propiedad que bastará al respecto la falta de aptitud fáctica para recibir el pago, que impida la extinción de la obligación (153).

«Cuando varias personas pretendan tener derecho o cobrar», es natural que el deudor pueda obviar el requisito del ofrecimiento para proceder a la consignación de la cosa debida, ya que al desconocer quién es exactamente el acreedor mal podría ofrecerle el cumplimiento de la obligación que le vincula. Aunque la dilucidación de a quién corresponde la acreencia es algo que deberá determinarse judicialmente o por acuerdo de los afectados, es lógico que la hipótesis que se contempla de exoneración de la oferta de pago no se circunscribe al caso de que exista litigio entablado sobre la pertenencia del crédito, sino que basta, como señala DÍEZ-PICAZO, que las varias pretensiones sobre el derecho a cobrar hayan sido formuladas extrajudicialmente y notificadas al deudor (154). De la misma manera, resulta razonable el parecer de BERCOVITZ de que tampoco es necesario que dos o más personas pretendan tener pleno derecho a cobrar cada una de ellas, pues será suficiente con que varios pretendan tener algún tipo de derecho respecto a la cosa objeto de la de la prestación, para que el deudor pueda optar por la consignación (155).

En fin, también cabe prescindir del ofrecimiento de pago cuando «se haya extraviado el título de la obligación». Aquí, más que el supuesto de duda o desconocimiento sobre quién sea el titular del crédito, que privaría de autonomía a este caso al subsumirlo en el anterior, nos hallamos en la hipótesis de que el acreedor haya perdido una de esos títulos cuya presentación es necesaria para el pago de la obligación y liberan al deudor mediante la recuperación de los mismos (títulos de crédito), y, posiblemente, sólo cuando se trate de instrumentos al portador o transferibles mediante endoso, ya que si se trata de títulos nominativos no parece existir el peligro que, en el fondo, justifica la existencia de esta excepción: el doble pago por el deudor.

(153) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 114.

(154) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 650.

(155) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 242.

Aunque, según hemos dicho, los supuestos en que no hace falta el ofrecimiento de pago para proceder a la consignación son únicamente los señalados en el párrafo segundo del artículo 1.176 del Código Civil (*inclusio unius, exclusio alterius*, como en toda hipótesis de excepciones), a veces, la doctrina o la jurisprudencia han pretendido contemplar nuevos casos de elusión, tales como el rechazo anticipado del acreedor a recibir la prestación o la negativa a extender recibo del pago. En realidad, rectamente miradas las cosas, se observa que cuando el acreedor rechaza la prestación debida antes del vencimiento del término, no cabe prescindir del ofrecimiento de pago, ya que éste sólo es tal cuando se realiza en el momento en que la obligación resulta exigible; y cuando el acreedor se niega a dar carta de pago, una de dos, o la negativa a extender recibo tiene lugar en el momento mismo en que se va a practicar el pago, lo que nos remite al párrafo primero del artículo 1.176 del Código Civil, al existir un rechazo sin razón del mismo, o se produce tras la verificación del pago, en cuyo caso, como dice BELTRÁN DE HEREDIA, la negativa no es a aceptar el pago, sino a entregar el documento probatorio del mismo, problema que afecta a la prueba y no al cumplimiento propiamente dicho (156).

12. LA CONSIGNACION. NATURALEZA JURIDICA

Si el ofrecimiento de pago ha sido rechazado «sin razón» por el acreedor o el deudor se encuentra relevado de hacerlo puede proceder a «la consignación de la cosa debida», momento en el cual se produce su liberación coactiva, en cuanto, como dice el artículo 1.176 del Código Civil, el mismo «quedará libre de responsabilidad». La fase o etapa de la consignación cierra, por tanto, el complejo mecanismo que estamos considerando y proporciona al deudor camino adecuado cuando no se oriente a quedar libre de la obligación y a la entrega de los bienes que constituyen el objeto de la prestación, ya que, como dice LARENZ, «la posibilidad de la consignación representa una facilidad concedida al deudor en los supuestos en que por motivos dependientes de la persona del acreedor aquél no puede cumplir la obligación» (157).

Aunque el concepto legal de la consignación no parece presentar en nuestro Derecho mayores dificultades, ya que el artículo 1.178 del Código Civil habla de que «la consignación se hará *depositando* las cosas

(156) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 489.

(157) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., pág. 420.

debidas a disposición de la autoridad judicial», circunstancia que lleva a nuestra doctrina, en forma determinante, a ver en dicha figura una manifestación de depósito judicial de la cosa debida al objeto de que la misma quede a disposición del titular del crédito (158), lo cierto es que los autores han discutido con amplitud en torno a la *substantia iuris* de la consignación.

De bastante predicamento goza la tesis de que la consignación es un simple negocio de depósito que se perfecciona con independencia de la aceptación por parte del acreedor y del pronunciamiento judicial al respecto. Tesis que en nuestro sistema tropieza con el serio obstáculo que representa el párrafo segundo del artículo 1.180 del Código Civil, a cuyo tenor, «mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación», algo que parece revelar con suficiente nitidez que el negocio no se perfecciona hasta que el acreedor o el Juez se pronuncien al respecto y que, en consecuencia, hasta ese momento tampoco del deudor se libera de su obligación.

El inconveniente se ha tratado de soslayar aduciendo que la consignación produce sus efectos por el mero depósito, pero los mismos están sujetos a la condición resolutoria de que el deudor no retire la cosa depositada o bien que, aun extinguida la obligación por el depósito, si el deudor detrae la cosa nace una nueva obligación de estructura y contenido idénticos a la anterior; o bien que el depósito libera al deudor *ab actione* pero no *ab obligatione*, en cuanto esto último sólo tiene lugar cuando el acreedor acepta o el Juez convalida el depósito; o, incluso, que, al retirar la cosa, el deudor revoca el depósito efectuado y, en consecuencia, revive la obligación extinguida por dicho depósito. Afirmaciones difíciles de suscribir a la vista de que si estuviésemos ante un depósito perfecto el deudor no podría revocarlo a su arbitrio ni sería posible el renacimiento de una obligación definitivamente extinguida, por lo que parece debe concluirse, tal como hace LONGO, que la obligación no se extingue, sino que subsiste hasta que tenga lugar la convalidación del depósito (159).

FALZEA considera que la consignación no tiene estructura unitaria, sino que en ella estamos en presencia de dos negocios jurídicos, uno, el negocio de depósito estricto, que sólo tiene efectos preparatorios de

(158) Así, CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil...*, III, op. cit., pág. 374; PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, I-2, op. cit., pág. 327; ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., págs. 156-157; ESPÍN CÁNOVAS: *Manual...*, III, op. cit., pág. 168; BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 498; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 651, etc.

(159) LONGO: *Diritto delle obbligazioni*, Turín, 1950, pág. 323.

cara a la satisfacción del acreedor, y el otro, el negocio de asunción de deuda, que sustituye al antiguo deudor por uno nuevo y libera a aquél de su obligación (160). Construcción a todas luces inaceptable, y no sólo, como advierte BELTRÁN DE HEREDIA, porque el nacimiento de aquella doble relación de depósito y asunción de deuda no encaja en nuestro sistema legislativo (161), sino también porque sea cual sea la óptica bajo la que se considere la posición de la autoridad judicial a cuya disposición quedan las cosas debidas, en ningún caso cabe estimar que se ha producido un cambio de deudor y ahora aquélla asume la posición que correspondía al originario obligado.

Según una tercera posición, en la consignación estamos frente a un negocio jurídico a favor de tercero en razón de que el depósito manifiesta su eficacia respecto al acreedor y es por ello que hace falta la aceptación por parte de éste para que el deudor quede liberado (162). Aunque, según advierte BELTRÁN DE HEREDIA, esta formulación parece contar a su favor en nuestro ordenamiento con las pautas que brindan los artículos 1.177 (anuncio de la consignación) y 1.178 (acreditamiento ante el Juez del ofrecimiento de pago y del anuncio de la consignación) del Código Civil, no resulta de fácil admisión porque aquí el derecho del tercero (el acreedor) preexiste a la conclusión del depósito y su negativa no afecta necesariamente a la eficacia de este negocio, a diferencia de lo que ocurre en el genuino depósito a favor de tercero.

No faltan, en fin, quienes como DE DIEGO LORA, ven en la consignación una institución más procesal que civil, por lo que su naturaleza jurídica deberá adscribirse al primer campo, constituyendo un proceso liberatorio sustitutivo del pago, que, al incidir sobre las obligaciones, produce el mismo efecto que éste (163); aunque no se alcance a explicar cómo un mecanismo sustitutorio del pago, y, por ende, con plenos efectos materiales civiles, puede ostentar naturaleza procesal. O quienes, como EYRÉ VARELA, aun rechazando esta conclusión, consideran que la consignación reviste más claramente el carácter y naturaleza de una medida preventiva precautoria o asegurativa de los efectos del pago en beneficio del deudor, algo así como el embargo preventivo y otras medidas de seguridad los son del acreedor (164); lo que tampoco alcanza a justificar por qué un simple medio precautorio provoca la extinción de las obligaciones tal como si se hubiere practicado el pago, ya que no es que éste haya tenido lugar y se tienda a asegurar sus efectos, sino que

(160) FALZEA: *L'offerta...*, op. cit., págs. 296 y sigs.

(161) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 502.

(162) ENNECCERUS y LEHMANN: *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., páginas 240 y sigs.

(163) DE DIEGO LORA: *La consignación judicial*, Barcelona, 1952, págs. 8 y sigs.

(164) EYRÉ VARELA: *Notas referentes...*, loc. cit., pág. 54.

se admite que el mismo puede ser sustituido en cuanto a su eficacia liberatoria del deudor mediante una actuación diferente a la que constituye la *solutio*, algo que revela que estamos en presencia de un subrogado del pago.

Quid iuris? Pienso que difícilmente puede dejar de verse en la consignación un depósito judicial en cuanto la misma, como textualmente dice el artículo 1.178 del Código Civil, «se hará *depositando* las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial», mas como a semejante negocio la ley le tiene asignada la virtualidad de liberar al deudor de su responsabilidad, es decir, lo constituye en un modo de extinción de las obligaciones, resulta natural que a estos últimos efectos se exija la adhesión del acreedor o, en su defecto, la oportuna declaración judicial (art. 1.180 CC), sin que ello suponga ninguna mutación en su configuración de depósito.

Se trataría, pues, de un depósito judicial con finalidad liberatoria (igual que, en otras ocasiones, se constituye con finalidad aseguratoria, de garantía o fianza), que resulta perfecto desde el momento en que las cosas debidas quedan a disposición del Juez, pero que no daría lugar a la liberación del deudor mientras el acreedor no lo admitiese a estos efectos o el Juez no proclame la rectitud de su constitución. La circunstancia de que antes de producirse tales eventos pueda el deudor retirar la cosa depositada revela que estamos en presencia de un depósito, en cuanto al depositario debe devolver la cosa al primer requerimiento del depositante (art. 1.766 CC); y el hecho de que, en tal supuesto, se advierta que queda subsistente la obligación, manifiesta que hasta ese momento la misma no se había extinguido y que la referida desaparición, aun precisando del depósito como *condicio sine qua non*, requiere también la aquiescencia del acreedor o la manifestación judicial de que el depósito de la cosa debida ha sido efectuado rectamente.

Por ello, quizá, es más exacta y, desde luego, resulta significativamente más reveladora de la naturaleza del mecanismo en estudio la fórmula italiana que la española, ya que mientras ésta habla de que «mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa debida o cantidad consignada», aquélla dice que «realizado el depósito, cuando éste es aceptado por el acreedor o es declarado válido por sentencia basada en autoridad de cosa juzgada, el deudor no puede ya retirarlo». La fórmula revela con mayor exactitud que el efecto liberatorio del depósito se produce cuando el acreedor o la sentencia lo admiten a tal fin y que, mientras tanto, cual ocurre en cualquier otro depósito, el depositante puede retirar la cosa a discreción.

13. REQUISITOS DE LA CONSIGNACION

En cuanto subrogado del cumplimiento, resulta natural, tal como establece el párrafo segundo del artículo 1.177 del Código Civil, que «la consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones del pago». En consecuencia, debe considerarse reproducido en esta sede lo que en su lugar se expuso respecto a los elementos subjetivos, objetivos y circunstancias del cumplimiento, y, de manera muy particular, lo que al efecto se ha dicho en relación al ofrecimiento de pago, no en balde tal ofrecimiento constituye la primera etapa y presupuesto obligado del complejo mecanismo de liberación obligacional que estamos considerando.

Dos palabras, empero, sobre el objeto de la consignación, pues reducido este medio extintivo a las obligaciones de dar, pudiera pensarse todavía que, en aplicación estricta del artículo 1.761 que limita el depósito a las cosas muebles, no fueran susceptibles de aquélla los bienes inmuebles. En el Derecho comparado, mientras el Código Civil alemán restringe el objeto de la consignación al dinero, títulos-valores, demás documentos y joyas (parágrafo 372), criterio sumamente restrictivo, ya que ni siquiera todas las cosas muebles pueden consignarse, el Código Civil italiano admite no sólo la consignación del dinero, títulos de crédito y cosas muebles *in genere* (art. 1.209), sino también de bienes inmuebles, si bien en este último caso la oferta de pago consistirá en la intimación al acreedor para que tome posesión del inmueble y, rehusada esta actuación, el deudor puede obtener del Juez el nombramiento de un secuestratario, en cuyo caso queda liberado desde el momento en que entregue a éste la cosa debida (art. 1.216).

En nuestro sistema civil, BELTRÁN DE HEREDIA considera que, dados los términos mismos del acto de consignar, resulta indudable que los inmuebles no pueden ser consignados, ya que según el artículo 1.178 la consignación se resuelve en un depósito y a tenor del artículo 1.176 el depósito solamente tiene por objeto las cosas muebles. A la pregunta de que si con el fin de lograr la liberación del deudor podrá aplicarse el sistema del secuestro, ya que éste abarca tanto a muebles como a inmuebles (art. 1.786 CC), responde negativamente en razón de que la ley sólo permite el secuestro «cuando se decrete el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos» (art. 1.875 CC), algo que, con toda evidencia, no se da en el supuesto en estudio. Su conclusión es, por tanto, que no es posible en el Derecho español la consignación de inmuebles, y lo único que cabría es que, atendiendo al interés relevante de la liberación del deudor, el Juez valore exclusivamente el momento del ofrecimiento, evi-

tando que quede incompleto el proceso liberatorio por dificultad del objeto (165).

Criterio restrictivo que no es posible suscribir. En efecto, por más que en la consignación se vea un depósito, como realmente ocurre, no cabe ignorar que se trata, según antes se ha expuesto, de un depósito orientado a la finalidad de liberar al deudor-depositante, y, en consecuencia, a este objetivo último debe quedar subordinado todo y la naturaleza del depósito debe sufrir las adaptaciones precisas al objeto de que el mismo no constituya obstáculo para la consecución de aquél. Sería absurdo, evidentemente, que constituyendo el ofrecimiento de pago y consignación un mecanismo sustitutorio del pago y de liberación del deudor, el mismo debiera restringirse a las obligaciones de dar cosas muebles porque la sustancia de una parte de dicho mecanismo (el depósito) no permite la recepción de bienes inmuebles. Constituiría una notable e inadmisibles incongruencia legal que, admitido de manera expedita y sin cortapisas un determinado procedimiento de extinción de obligaciones, se mutile de manera significativa su operatividad (haciendo de peor condición al deudor de cosa inmueble que al de mueble), por la simple y anodina circunstancia de que uno de los ingredientes de aquél no encaja con determinada variedad obligacional. En tal caso, lo que procede es obviar el supuesto inconveniente y adoptar el depósito (medio) al objetivo liberatorio (fin) al que se enrumba.

En este sentido, ya PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER aseveraban que, como no sería justo imponer al deudor de cosa inmueble la carga de seguir ocupándose indefinidamente de su conservación (art. 1.094 CC), no deben erigirse obstáculos de carácter dogmático frente a la solución de justicia que representaría permitir la consignación de inmuebles (166). E, igualmente, NART estima que si la consignación se considera un depósito necesario como medio de realizar un secuestro, queda despejado el campo para la solución de la cuestión de si pueden consignarse cosas inmuebles (167). Lo mismo que CANO MATA al advertir con acierto que si el legislador hubiera querido sustraer los bienes inmuebles a la consignación, lo hubiese hecho constar expresamente y habría dispuesto la creación de nuevas figuras jurídicas que permitiesen el abandono de aquéllos por el deudor; aparte de la consideración superior de que si la finalidad de la consignación es evitar que el cumplimiento de una obligación sea más gravoso para el deudor por causas que no le son imputables, no se explica por qué semejante principio debe dejar de aplicarse cuando se trate de obligaciones relativas a bienes inmuebles, ya

(165) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., págs. 510-511.

(166) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas...*, I, op. cit., pág. 372.

(167) NART: *Pago por consignación*, loc. cit., pág. 212.

que es obvio que en éstas se manifiesta sin especialidad alguna la misma necesidad (168). También para ALBALADEJO cabe considerar que en el artículo 1.178 el término «depositar» se usa, no el estricto sentido de contrato típico de depósito, sino en el de dar en guarda o custodia, siendo, sin duda, entonces posible que recaiga sobre inmuebles (169). Es, por lo demás, lo que ocurre en la Ley 496 de la Compilación navarra.

Entrando ya en los requisitos específicos de la consignación y advirtiéndolo, como antes se tuvo ocasión de exponer, que el ofrecimiento de pago no constituye requisito de la misma, sino una de las fases o etapas en que se descompone el procedimiento complejo de la oferta de pago y consignación, amén de que resultaría harto singular la justificación de dicho requisito, habida cuenta de que en importantes y variados supuestos la Ley (párrafo segundo del artículo 1.176) permite prescindir del ofrecimiento para acceder a la consignación (lo que daría lugar a la anomalía de que en los mismos se conformase esta figura faltándose uno de sus elementos constitutivos), el artículo 1.177 del Código Civil exige que «para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación».

Requisito del anuncio de consignación que no existía en el Derecho romano (170), que tampoco tiene precedentes en nuestro Derecho histórico (171), y que no resulta frecuente (salvo la intimación de que hablan, por ejemplo, los artículos 1.259 y 1.212 de los Códigos francés e italiano, respectivamente) en los ordenamientos extranjeros. ¿Por qué proceder al anuncio de la consignación si previo a ésta ha de existir, normalmente, el ofrecimiento de pago rechazado sin razón por el acreedor? MANRESA explicaba que la ley pide además el anuncio, «atendiendo a que es aviso más serio, de consecuencias que tal vez venzan resistencias injustificadas, y atendiendo, por otra parte, a que la consignación exige que se prevengan, para hacer valer los derechos que con la misma se relacionen, aquellos que puedan tenerlos» (172).

La primera parte de la argumentación no resulta aceptable porque no se entiende que en el tema en cuestión pueda haber algo más serio que el ofrecimiento de pago, cuyas consecuencias colegirá el acreedor sin renovadas advertencias en cuanto paso previo y necesario para llegar a la consignación. La segunda parte ya tiene más sentido, pues, como

(168) CANO MATA: *La consignación*, loc. cit., pág. 212.

(169) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., pág. 157.

(170) C. 4,32,19.

(171) P. 5,14,8 y P. 5,13,38.

(172) MANRESA: *Comentarios...*, VIII-1, op. cit., pág. 627.

vamos a ver a continuación, el anuncio tiene un campo de destinatarios más amplio que el de la oferta de pago. A ello, quizá, deba añadirse que mediante el mismo se cubre el relativo vacío informativo que se produce cuando, por mandato de la norma recogida en el párrafo segundo del artículo 1.176 del Código Civil, no hace falta el ofrecimiento para proceder de manera directa a la consignación de la cosa debida.

En efecto, aunque en razón de la defectuosa redacción del artículo 1.178 del Código Civil («de un intento desafortunado de abreviar el texto legal», habla BERCOVITZ), pudiera pensarse que cuando hay ofrecimiento no hace falta anuncio, lo cierto es que éste debe tener lugar en todos los casos, incluidos los contemplados en el párrafo segundo del artículo 1.176, pues si bien LACRUZ considera que es innecesario el anuncio cuando el interesado se halle incapacitado o ausente de hecho (173), y la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1943 estima que no hace falta el anuncio en el caso de que el acreedor esté ausente (en sentido contrario la Sentencia de 17 de marzo de 1945), no parecen razonables tales excepciones en razón de la antes apuntada mayor extensión del campo de los destinatarios y de que, como dice atinadamente BERCOVITZ, en algunos de aquellos supuestos la utilidad del anuncio puede ser todavía mayor, dada la ausencia de ofrecimiento (174).

El anuncio debe hacerse «a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación», lo que significa que el mismo deberá llegar, aparte de al acreedor o su representante, a todos aquellos sujetos que puedan derivar algún interés positivo o negativo del hecho de que el deudor quede liberado de su obligación, tales como acreedores solidarios, deudores solidarios, fiadores, acreedores pignoratícios del crédito, posibles herederos del ausente o incapaz e, incluso, a los acreedores del acreedor legitimados para el ejercicio de la acción subrogatoria. Claro que este requisito de la consignación no puede obligar al deudor a realizar profundas y exhaustivas indagaciones para conocer todos los posibles interesados en el pago. La buena fe, la diligencia del *bonus paterfamilias* y la naturaleza misma de la relación obligatoria nos darán la pauta en cada caso para determinar hasta dónde debe llegar el aviso del deudor, bastando, según resalta BERCOVITZ, con que anuncie su propósito a las personas que, dado su conocimiento, pueden tener razonablemente interés en el tema (175). Por tanto, cubiertas estas circunstancias, la aparición con posterioridad al anuncio de consignación de personas

(173) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 114.

(174) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 244.

(175) *Ibid.*, pág. 245.

interesadas en el cumplimiento de la obligación no determinará la invalidez o ineficacia de aquélla.

El anuncio se puede hacer judicial o extrajudicialmente, incluidos los avisos a través de un periódico de circulación en el lugar de residencia de los destinatarios (176). Si se realiza personalmente deberá practicarse en el domicilio de cada uno de los interesados y no sólo en el del acreedor, tal como pudiera deducirse de las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1948 y 7 de noviembre de 1950. Si en el documento constitutivo de la obligación se ha fijado un domicilio para el pago, el anuncio de consignación puede practicarse en él, según tiene declarado la Sentencia de 17 de marzo de 1945.

De acuerdo al artículo 1.178 del Código Civil, «la consignación se hará depositando las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás». Según las Partidas, la consignación se hace poniendo «los maravedís señalados en ffieldad de algún ome bueno, o en la sacristía de alguna iglesia» (177), y en la práctica anterior al Código Civil se recurría tanto al depósito en los Juzgados como en establecimientos e, incluso, particulares, circunstancia esta última que en numerosas ocasiones produjo serios contratiempos.

El Código Civil ha tratado de superar estos inconvenientes al imponer que la consignación se haga «depositando las cosas debidas a disposición de la autoridad judicial», lo cual significa no que el depósito se tenga que realizar ante el Juez y en el propio Juzgado (aunque esto sea lo más corriente en la práctica), sino tan sólo que las cosas depositadas queden bajo la disponibilidad de la autoridad judicial competente, para lo cual hará falta la designación del depositario por ésta, aunque ni siquiera el propio Juez goce de irrestricta libertad al respecto, ya que según el Real Decreto-ley de 24 de diciembre de 1906 si se trata de una obligación legal el depósito deberá hacerse en la Caja General de Depósitos, en el Banco de España y sus sucursales y en las de Tabacalera. Puede suceder que el deudor realice el depósito primero y luego se presente ante el Juez indicándole este hecho; el Juez, de la misma manera que puede ordenar el levantamiento de tal depósito, puede también aceptarlo (Sentencia de 1 de febrero de 1926), ya que, como señala BELTRÁN DE HEREDIA, con tal proceder no se altera la fórmula legal, pues lo que importa a la ley es la garantía y seguridad mediante el control judicial del depósito y esto puede lograrse de ambos modos (178).

Aunque NART considera que el expediente de consignación no enca-

(176) DE DIEGO LORA: *La consignación...*, op. cit., pág. 50.

(177) P. 5,14,8.

(178) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 512.

ja en la llamada jurisdicción voluntaria «por su marcadísimo carácter provocatorio, no sólo por los propios ofrecimientos y notificaciones que ha de hacer el deudor que intenta promoverlo para que se le admita a trámite, sino por aquella segunda notificación, verdadero emplazamiento que el acreedor debe hacer al Juzgado una vez promovido» (179), la mayoría determinante de la doctrina estima que en la consignación estamos ante un acto de jurisdicción voluntaria, por más que, al carecer de normación singularizada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá regularse por las disposiciones genéricas que en dicha Ley contemplan las actuaciones de tal naturaleza.

Juez competente será el del lugar donde deba practicarse el pago, ya que, como dice el párrafo segundo del artículo 1.177 del Código Civil, «la consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago», entre las cuales se hallan, claro está, las contempladas en el artículo 1.171. Lo cual no quiere decir que el lugar en que se practique el depósito deba ser necesariamente el que por acuerdo o por ley corresponda como *locus solutionis*, pues, como dice la Sentencia de 1 de febrero de 1926, el hecho de que el lugar de la consignación sea distinto del de pago no afecta a la esencia del cumplimiento de la obligación, máxime hallándose depositada la cantidad, por indicación del demandado, en la Caja General de Depósitos a disposición del Juzgado y a las resultas del pleito.

En el procedimiento de consignación deberá acreditarse ante el Juez que ha tenido lugar previamente el ofrecimiento de pago, sin éxito, al acreedor y, asimismo, que dicha consignación ha sido anunciada, en todo caso, a las personas interesadas, tal como anteriormente se ha explicitado. Dicho procedimiento concluye con una resolución judicial en forma de auto que tiene distinto carácter y alcance según que el acreedor se haya opuesto o no a la consignación, pues mientras en este segundo supuesto el Juez resolverá sobre si el depósito está bien hecho de acuerdo a las pautas legales relativas a la consignación (arts. 1.176 y ss. CC) y las circunstancias de la obligación que se quiere extinguir, en el primero declarará contencioso el expediente y el consignante, si así lo decide, tendrá que acudir al juicio ordinario que corresponda según la cuantía, juicio en el que, normalmente, no sólo se debatirá la legalidad de la consignación, sino también las circunstancias que llevaron al acreedor a rechazar la oferta de pago formulada por el deudor (Sentencia de 18 de mayo de 1943).

El depósito realizado «a disposición de la autoridad judicial» se rige por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a los

(179) NART: *Pago por consignación*, loc. cit., pág. 210.

depósitos judiciales. Procederá la devolución de los depositarios cuando, ante la oposición del acreedor, acuda el deudor a la vía contenciosa (Sentencia de 3 de febrero de 1968). No basta el anuncio previo de la consignación, sino que, practicada la misma, «deberá notificarse también a los interesados» (art. 1.178); tal comunicación hay que hacerla de acuerdo a lo dispuesto sobre notificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que valga al respecto cualquier tipo de señalamiento o noticia, ya que, como escribe BERCOVITZ, la notificación cumple la función de permitir al acreedor la consignación, o bien permanecer pasivo, pasándose entonces a la fase siguiente de decisión judicial, o, finalmente, oponerse a ella, dando paso al correspondiente procedimiento contencioso (180).

Aunque de acuerdo con el artículo 1.168 del Código Civil, «los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor», aquí, teniendo en cuenta que el acreedor ha rechazado sin razón la oferta de cumplimiento que se le hizo, «los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor» (art. 1.179 CC), previsión de toda justicia, ya que no deben correr a cargo del deudor si éste ha estado dispuesto a realizar la prestación debida con estricto sometimiento a las características de la misma.

La consignación será procedente cuando el acreedor la acepte, cuando, de acuerdo a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 1.180 del Código Civil, haya «recaído la declaración judicial de que está bien hecha» en el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria, y cuando, ante la oposición del acreedor a la consignación, el Juez declare mediante sentencia dicha procedencia una vez instado el juicio ordinario correspondiente.

Cuando en uno u otro procedimiento el Juez considere que la consignación no era procedente, la determinación de quién deberá soportar las costas habrá de hacerse de acuerdo a las normas genéricas procesales, ya que por más que el artículo 1.179 del Código Civil impone al acreedor los gastos de la consignación si ésta es procedente, de ello no cabe derivar que correspondan al deudor en el supuesto de que aquélla se declare mal hecha. Por gastos de consignación hay que considerar todos los egresos efectuados en relación a la misma, tales como gastos notariales, testificales o de cualquier otro tipo derivados del ofrecimiento de pago y anuncio de consignación, costas judiciales y honorarios de letrado (181).

(180) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1. op. cit., pág. 249

(181) CANO MATA: *La consignación*, loc. cit., pág. 771.

14. EFECTOS DE LA CONSIGNACION

La consignación, aunque nucleada en torno al depósito, es algo más que un depósito en cuanto, por constituir un subrogado del pago que libera coactivamente al deudor, hace falta que el mismo sea aceptado por el acreedor o que el Juez declare que ha sido adecuadamente efectuado. Exigencia natural, ya que la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor se producen sin tomar en cuenta la voluntad del acreedor al respecto, porque en otro caso, aunque justificada la conducta del deudor, podrían generarse serios peligros para los legítimos intereses del acreedor, que deben ser protegidos en cuanto titular de un derecho subjetivo patrimonial, por más que injustificadamente se haya negado a recibir el pago que en tiempo, lugar y forma se le ofrecía.

Resulta natural, por tanto, que mientras tales actuaciones no tengan lugar estemos en presencia de un nudo depósito al que se aplicarán las reglas generales de esta figura jurídica y, entre ellas, el artículo 1.766 del Código Civil, a cuyo tenor el depositario está obligado a restituir la cosa depositada «cuando la sea pedida». No es, según pretende BELTRÁN DE HEREDIA, que hasta tanto se produzca la aprobación del acreedor o la convalidación judicial, la consignación no se perfecciona porque el depósito, en sí, no tiene valor alguno y la relación del acreedor con el depositario no podrá surgir (182), sino que aunque no exista todavía la consignación *stricto sensu*, sí existe, en cambio, genuino depósito por más que el mismo carezca de los efectos extintivos y liberatorios propios de aquélla. El hecho de que no surja la relación del acreedor con el depositario es algo verdaderamente marginal, propio de no haberse producido la extinción del vínculo y de hallarnos en presencia de un depósito a favor de tercero (art. 1.257 CC), pero en nada obsta al nacimiento de la relación que es peculiar y obligada en todo contrato de depósito: la que se establece entre depositante y depositario.

Por ello, antes de producirse los eludidos eventos, «podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación». Ejecutando la facultad de retiro normal a todo depositante, el deudor dejará sin efectos el depósito realizado, resultando por completo superflua la advertencia legal de que en tal caso subsiste la obligación, ya que ésta de ningún modo se había extinguido por la mera práctica del depósito. En cambio, subsistirán todos los efectos que sean consecuencia del ofrecimiento de pago que debió preceder, salvo supuestos de excepción, a dicho depósito, tales como la *mora accipiendi*, el reconocimiento de deuda por el oferente, la interrupción de la pres-

(182) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 518.

cripción (art. 1.973 CC) y la elección o especificación consumadas cuando se trate de obligaciones alternativas o genéricas.

La perfección de la consignación exige, pues, la aceptación por el acreedor en forma expresa o tácita, o la declaración judicial de que el depósito es correcto. La declaración judicial será por auto, si, ante la no oposición del acreedor, se ha seguido el expediente de jurisdicción voluntaria, o por sentencia cuando, en razón de tal oposición, el deudor ha incoado el oportuno juicio. Si el Juez estima que no ha sido bien hecho el depósito, el auto o sentencia que dicte denegará la consignación; tratándose de auto no existe inconveniente para que, variando algunas de las circunstancias que llevaron al Juez a rechazar el depósito, pueda incoarse nuevo expediente de consignación, pues, según puede leerse en la Sentencia de 29 de abril de 1946, «habiendo versado la oposición sobre la falta de consignación de los intereses hasta la fecha de vencimiento del préstamo, pudo perfectamente plantearse de nuevo la cuestión en el segundo expediente, consignando a la vez el total importe del mismo y recaer nueva resolución, no obstante la resistencia del acreedor a recibirlo».

Como gráficamente expresa ALBALADEJO, aceptado por el acreedor el depósito o declarado bien hecho por el Juez, «en cualquiera de ambos casos se cierra el ciclo consignativo, y, como quiera que sustituye al pago, la obligación se extingue y el deudor queda liberado» (183). Este es el efecto típico y característico del ofrecimiento de pago y consignación en cuanto medio sustitutorio del pago, efecto que la ley recoge mediante las fórmulas de que «el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida» (art. 1.176 CC), o la más técnica de «para que la consignación de la cosa debida libere al obligado...» (art. 1.177 CC).

Según el párrafo primero del artículo 1.180 del Código Civil, «hecha debidamente la consignación, podrá el deudor pedir al Juez que mande cancelar la obligación». La expresión no es clara porque si por cancelación se entendiese la extinción de la relación obligatoria, es obvio que este efecto se produce *ministerio legis* en el mismo instante en que, por una u otra vía, se complete la consignación, sin que haga falta para nada instar posteriores actuaciones judiciales al respecto. Deberá entenderse, por tanto, según indica LACRUZ, como cancelar el título, «pues el crédito en sí no necesita orden judicial de cancelación, bastando el auto que declare la consignación bien hecha para acreditar la extinción de la deuda» (184), cual ocurrirá cuando se trate de inscripciones en el

(183) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, op. cit., pág. 160.

(184) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 114.

Registro de la Propiedad (art. 180 RH) y, en especial, de cancelación de hipotecas.

Ello es así porque la extinción obligacional que la consignación produce afecta no sólo a la relación obligatoria principal, sino también a todos los accesorios y garantías generados en torno a ella, y, en consecuencia, resulta natural que el deudor esté legitimado para proceder a la cancelación de cuantas constataciones documentarias o tabulares existan en relación al crédito y a sus complementos. Ello atañe a la devolución de los documentos representativos de la obligación (títulos de crédito) o a la expedición del oportuno mandamiento judicial por el que se ordene, como dice el artículo 180 del Reglamento Hipotecario, la cancelación de la inscripción. Por lo que, quizá, la más correcta interpretación de la defectuosa expresión legal consista en estimar, en palabras de DÍEZ-PICAZO, que el deudor tiene derecho a que el Juez «expida el oportuno documento que acredite la extinción de la obligación» (185).

Mientras no tenga lugar la aceptación del acreedor o la declaración judicial de pertinencia del depósito, no sólo la obligación subsiste en su plena integridad, sino que el acreedor no adquiere derecho ni preferencia alguna respecto a la cosa depositada. Por ello hasta que no se perfeccione la consignación, los restantes acreedores podrán trabar acción sobre los bienes objeto de depósito, igual que sobre los restantes del deudor (186).

Rectamente conformada la consignación y produciendo, por tanto, sus peculiares efectos extintivos y liberatorios, cabe preguntarse cuál será el momento de arranque de los mismos. ¿Aquél en que tuvo lugar el ofrecimiento, o cuando por el acreedor o por el Juez se reconozca la adecuación del depósito, o, en fin, en el instante en que se depositaron las cosas a disposición de la autoridad judicial? La importancia práctica de una u otra solución salta a la vista en materia de riesgos e intereses.

La doctrina española coincide en que la eficacia retroactiva de la consignación bien hecha alcanza hasta el momento en que tuvo lugar la práctica del depósito. Tal es el parecer de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, para quienes «la consignación tiene efecto retroactivo y, por consiguiente, el riesgo pasa al acreedor desde el momento en que se hizo el depósito si más tarde se le atribuye la eficacia del pago (187). También para NART, en opinión que comparte BERCOVITZ, la retroacción no puede extenderse más allá de la efectiva consignación y nunca puede llegar al momento del requerimiento u ofrecimiento del pago (188).

(185) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 652.

(186) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil...*, XXIII, op. cit., pág. 1016.

(187) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Notas...*, I, op. cit., pág. 334.

(188) NART: *Pago por consignación*, loc. cit., pág. 210.

En el mismo sentido, CANO MATA aduce que el artículo 1.176 del Código Civil habla de que «el deudor quedará libre de responsabilidades mediante la consignación de la cosa debida», por lo que si el legislador hubiera querido decir otra cosa habría utilizado distintos términos, tales como «desde el momento del ofrecimiento de pago, si va seguido de consignación», o «desde el momento en que recaiga declaración judicial de que la consignación está bien hecha». Asimismo, que los posibles riesgos de la cosa deben pasar al acreedor desde el instante en que lo adeudado ha quedado a disposición de la autoridad que debe declarar la corrección de la consignación. Y, en fin, que una obligación se extingue cuando se entrega la cosa debida, y en la consignación tal ocurre desde que se deposita lo adeudado ante la autoridad judicial (*rectius*, a disposición de la autoridad judicial) (189).

Si nos atenemos a la letra de la ley (arts. 1.176 y 1.177 CC), no parece que pueda defenderse una postura distinta a la apuntada, ya que la norma siempre refiere la extinción de la obligación a la consignación de la cosa debida. Ahora bien, esta consignación sólo es tal, a los efectos que estamos considerando, cuando el acreedor la acepta o el Juez la declare correcta, y, sin embargo, los autores reseñados no tienen reparo en retrotraer su eficacia liberatoria al momento del depósito de la cosa; con lo que se produce una cierta diferenciación entre esta situación y la posterior que sobreviene cuando se regulariza el depósito efectuado, algo que no empece para que la extinción del vínculo se haga arrancar de la primera. ¿Por qué no hacerla avanzar un paso más hacia el instante en que se realizó el ofrecimiento de pago?

Ya se ha visto que el mecanismo sustitutorio del pago que estamos considerando es un procedimiento complejo que se integra tanto por la consignación como por la oferta de cumplimiento (salvo los casos de exoneración legal). Ambos conforman el subrogado del pago en estudio, y, en consecuencia, ¿es inadmisibles que los efectos liberatorios del mismo, caso de que llegue a formarse rectamente, se hagan arrancar del momento en que tuvo lugar su inicio? Obsérvese que tan absurdo como sería atribuir eficacia solutoria al ofrecimiento por sí solo, lo es también asignar la misma a la nuda consignación, habida cuenta de que ésta para ser tal tiene, como regla general, que descansar en la previa realización de aquél.

Según la construcción que se comenta se trataría de un acto complejo que no produce sus consecuencias jurídicas, cual es lo normal, en el instante en que resulta completado (la aceptación del acreedor o la declaración judicial), sino antes, a partir del momento en que se efectuó

(189) CANO MATA: *La consignación*, loc. cit., págs. 773-774.

el depósito. ¿Por qué detener aquí la retroacción y no hacerla llegar a la fecha en que se practicó el ofrecimiento de pago? Desde un punto de vista dogmático, parece más razonable esta conclusión que la primera. Cabe o no atribuir fuerza retroactiva a la oferta de pago y consignación, pero si se le asigna, lo que no tiene sentido es detener la misma en la consumación de una de las etapas en que se descompone el instituto, sino que lo conceptualmente correcto es hacerla llegar al punto de arranque del mismo, so pena de desnaturalizar la figura y de relegar el ofrecimiento de pago, algo que anteriormente se rebatió, a la simple consideración de mero antecedente o escueto acto preparatorio de la consignación.

Pensamos, por tanto, que la liberación del deudor se produce desde la fecha en que se practicó el ofrecimiento de pago, caso de que el mismo haya sido seguido del depósito y éste resulte aceptado por el acreedor o sea declarado bien hecho por el Juez. A quien alegare que cómo atribuir eficacia solutoria a una mera declaración de oferta de pago, se le debe contestar que tal cosa sólo ocurre cuando se ha practicado el depósito, por lo que se excluye en todo caso la posibilidad de que la extinción de la relación obligatoria pueda producirse sin que la cosa debida se encuentre en la situación de ser tomada por el acreedor en virtud de su entrega judicial. Sin ofrecimiento de pago puede haber consignación y, por tanto, extinción (los casos excepcionales contemplados en el párrafo segundo del artículo 1.176 del Código Civil), mas sin la segunda en supuesto alguno se producirá la desaparición del vínculo.

Además no se olvide que, en nuestro sistema, para que la primera fase o etapa de compuesto acto solutorio en estudio se estime bien hecha, y en consecuencia pueda dejar vía libre a la segunda, hace falta que el acreedor «se negare sin razón» a recibir el pago ofrecido. Si después rectifica y acepta la subsiguiente consignación que de la cosa debida ha realizado el deudor o el Juez procede a declarar la misma ajustada a Derecho, ¿no quiere decir ello que a los efectos jurídicos es como si en su momento dicho acreedor hubiese aceptado la oferta de pago que el deudor le hacía? ¿Por qué diferenciar en cuanto al momento de la producción de las consecuencias jurídicas dos situaciones que en el fondo son exactamente lo mismo? ¿No supone la dirección que se critica un indebido premio al acreedor que actuando irrazonablemente cambia luego de parecer o tiene que pasar por lo que el Juez declare al efecto? Desde el momento en que el acreedor rehúsa injustificadamente la recepción de la cosa debida, cualquier situación ulterior de desposesión del deudor enlazada con este acontecer debe conducir a considerar extinguida la obligación en aquel primer suceso.

Finalmente, en un precepto que guarda escasa relación con la sus-

tancia y efectos del procedimiento liberatorio que se está exponiendo, el artículo 1.181 dispone que: «Si, hecha la consignación, el acreedor autorizase al deudor para retirarla, perderá toda preferencia que tuviere sobre la cosa. Los codeudores y fiadores quedarán libres». MANRESA considera que el supuesto del artículo 1.181 no exige que la consignación esté exenta de defectos, sino que basta con que esté hecha en la forma que el artículo 1.178 determina (190). También para MUCIUS SCAEVOLA la expresión «hecha la consignación» del referido artículo hace referencia al momento anterior a su aceptación por el acreedor o por el Juez, ya que equivale a «hecho el depósito» a disposición de la autoridad judicial (191). Y de la misma manera, en el sentir de BELTRÁN DE HEREDIA, la facultad del acreedor es independiente de que esté bien o mal hecha la consignación, porque la misma va dirigida a obtener un acuerdo con el deudor acerca de la cosa debida (192).

No creemos que sean correctos tales planteamientos. Si por «hecha la consignación» se entiende «hecho el depósito», esto es, que no hace falta la aceptación del acreedor o la declaración judicial, ¿por qué exigir aquí la autorización del titular del crédito cuando, antes de producirse tales eventos, puede el deudor retirar libremente la cosa a su deseo, de acuerdo al párrafo segundo del artículo 1.180 del Código Civil? Y, sobre todo, ¿cómo hacer perder al acreedor toda preferencia o liberar a codeudores y fiadores, si, como sabemos, antes de la aceptación del acreedor o la resolución judicial la extinción de la obligación no se produce?

No parece, pues, que quepa otra salida que la de considerar que la hipótesis contemplada en el artículo 1.181 del Código Civil sólo tiene lugar cuando nos hallemos en presencia de una genuina y completa consignación a efectos del pago, es decir, cuando el depósito haya sido aceptado por el acreedor o el Juez lo haya declarado bien hecho. Plantear el momento anterior no tiene sentido, pues al mismo ya se refiere, en un plano jurídico obviamente diferente, el artículo 1.180. Esta es la posición del *Codice civile* italiano cuando en el párrafo segundo de su artículo 1.213 dispone: «Si después de la aceptación del depósito o de haber basado en cosa juzgada la sentencia que lo declara válido, el acreedor consiente que el deudor retire el depósito, dicho acreedor no puede ya dirigirse contra los codeudores y los fiadores, ni valerse de los privilegios de la prenda y de las hipotecas que garantizaban el crédito».

Y ello es natural. Consumada la consignación, la obligación a que la misma hace referencia se ha extinguido. Si el acreedor permite al deu-

(190) MANRESA: *Comentarios...*, VIII-1, op. cit., pág. 647.

(191) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil...*, XXIII, op. cit., pág. 1016.

(192) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 519.

dor retirar la cosa, la relación obligatoria anterior, en cuanto fenecida, ya no puede volver a renacer y, por tanto, resulta lógico que el acreedor pierda toda preferencia que *ab origine* tuviese sobre la cosa (no la preferencia, como dice BERCOVITZ, que tuviese como consecuencia de la consignación, ya que ésta no genera preferencia alguna), así como que no pueda dirigirse ya frente a coudedores y fiadores, pues el crédito se ha extinguido con todos sus accesorios y garantías.

Autorizado el retiro, tampoco estamos en presencia de una extinción por novación, según pretende BELTRÁN DE HEREDIA, que encajaría en el número primero del artículo 1.203 (193), sino que, como gráficamente decía GARCÍA GOYENA al comentar el artículo 1.115 del Proyecto de 1851, «es un nuevo crédito o préstamo el que se contrae» (194). Regularizada la consignación, la cosa ha pasado a pertenecer ya al acreedor (ahí reside la fuerza extintiva de la misma); por tanto, cuando el acreedor consiente que el deudor se lleve de nuevo la cosa está celebrando con él el negocio jurídico que convengan, y, según advierte con exactitud BERCOVITZ, nace una nueva relación jurídica, para la que habrá que atender a la causa de esa transmisión (195).

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza

(193) *Ibíd.*

(194) GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, op. cit., pág. 595.

(195) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 254.