

Los elementos personales y reales del pago

SUMARIO: 1. La persona del «*solvens*». Capacidad.—2. La libre disposición de la cosa debida. El artículo 1.160 del Código Civil.—3. El pago del tercero. Consideraciones básicas.—4. El pago del tercero y la voluntad del deudor: A) Pago del tercero con conocimiento y aprobación del deudor. B) Pago del tercero ignorándolo el deudor. C) Pago del tercero contra la expresa voluntad del deudor.—5. La persona del «*accipiens*».—6. Pago al tercero.—7. Pago al acreedor aparente.—8. El pago a través del ingreso en cuenta corriente.—9. El objeto del pago. La exactitud de la prestación cumplida: A) Identidad de la prestación. B) Integridad de la prestación. C) Indivisibilidad de la prestación.

1. LA PERSONA DEL «SOLVENS». CAPACIDAD

De ordinario, en el cumplimiento de la obligación intervienen dos personas: la que paga o cumple (*solvens*) y aquella a la que se paga o recibe el cumplimiento (*accipiens*). A tal efecto, es indiferente el hecho de que en la titularidad activa o pasiva de la relación obligatoria existan varios sujetos y cuál sea el carácter (mancomunado o solidario) de su vinculación, así como que el deudor principal sea sustituido en el acto solutorio por su fiador, ya que lo que debe resaltarse es la circunstancia de que en el pago, en cuanto satisface el interés del acreedor y libera al deudor de su débito, siempre tendrá lugar un comportamiento tendente a realizar la prestación y otro orientado a su recepción, el primero imputable al deudor y el segundo asignable al acreedor.

Ahora bien, aunque el cuadro de las personas que pueden cumplir eficazmente una obligación no se circunscribe al supuesto del deudor (igual que ocurre en relación a los sujetos que pueden recibir el pago), lo cierto es que la noción estricta del cumplimiento gira en torno a la persona del *debitor*. El deudor es quien primaria y determinadamente está afectado por el vínculo obligatorio, del que constituye el sujeto

pasivo, y, en consecuencia, es a él al que corresponde realizar la conducta o comportamiento en que el pago se materializa. El programa de prestación contemplado a la hora de generar la relación obligatoria coloca en primer plano al deudor como agente que debe actuar el contenido de aquél. Que la ley luego, dadas precisas circunstancias y en función de conveniencias objetivas, permita ciertas desviaciones del originario proyecto es algo que no cambia las consideraciones anteriores.

El deudor es el que está sujeto a cumplir la obligación y su actuación al respecto no cabe estimarla como simple facultad o posibilidad, sino que es el resultado normal y mecánico del deber que le afecta. Ni siquiera es exacto el señalar, tal como hace DÍEZ-PICAZO, que «la legitimación del deudor para pagar no puede ser discutida» (1), sino que resulta dogmáticamente más correcto aseverar, en palabras de HERNÁNDEZ-GIL, que «el deudor no está meramente legitimado a tal fin, sino que, en virtud de la obligación, tiene el deber jurídicamente exigible por el acreedor de llevar a cabo el cumplimiento» (2). Lo que resulta indiferente es que el deudor realice personalmente la prestación adeudada o que el evento tenga lugar a través de representante, ya que, a menos que la actuación personal del deudor haya sido objeto de singular contemplación (artículo 1.161 CC), es principio del Derecho moderno la libre y plena sustitución de los sujetos a la hora de la realización de los actos jurídicos.

Con todo, y en cuanto la regulación moderna del cumplimiento aparece presidida por consideraciones objetivas que miran de manera primaria a la satisfacción del interés del acreedor, nuestro Código Civil se abre ampliamente a la posibilidad de que cualquier persona no deudora pueda realizar el pago, con lo que el cuadro de los sujetos simplemente legitimados al respecto se amplía de manera sensible, incluso hasta prescindir de la idea del interés, ya que según el artículo 1.158 del mismo «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor». Queda de esta manera ampliamente facilitada la actuación de terceras personas no deudoras en cuanto al cumplimiento de las obligaciones se refiere, permisión práctica, justificada y operativa, habida cuenta de que, según atinadamente advierte HERNÁNDEZ-GIL, cuando un tercero paga en lugar del deudor, éste no experimente perjuicio alguno, sino más bien beneficio, aparte de alcanzarse el objetivo determinante de que el acreedor consiga lo que se le debe.

El Código Civil español no contiene precisión general alguna en

(1) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, página 624.

(2) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 288.

orden a la capacidad que debe ostentar el *solvens* para que el pago que realiza sea plenamente eficaz. Tan sólo el inciso primero del artículo 1.160 se limita a establecer que «en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla», lo que significa que en las mismas hará falta que el deudor, si quiere cumplirlas válidamente, tenga plena capacidad de obrar y libertad para disponer de la cosa. El precepto en cuestión, antes que aclarar la materia, ha constituido y constituye un factor de discusión en la doctrina española cuando la misma se aboca a considerar el punto de la capacidad del que paga.

Así, se comienza cuestionando de entrada si el artículo 1.160 se aplica tan sólo a aquellas obligaciones que entrañan la transmisión de la propiedad o la transferencia o constitución de un derecho real limitado, o, por el contrario, atañe también a todas las obligaciones de simple entrega de la cosa debida sin matiz traslativo alguno. Aunque se haya afirmado que la expresión «libre disposición» debe entenderse en el sentido de legitimación y que, por tanto, parece lógico que se exija a todo el que está obligado a entregar una cosa algún tipo de aptitud dispositiva respecto a la misma, y aunque se aduzca, asimismo, que tanto en el artículo 1.098 de nuestro Proyecto de Código Civil de 1851 como en los artículos 1.238 y 1.240 de los Códigos Civiles italiano de 1865 y francés, respectivamente, requieren para la validez del pago que sea realizado por el propietario de la cosa pagada, parece obligado concluir que el actual artículo 1.160 se refiere a las obligaciones de dar *stricto sensu*, no sólo por el rigor terminológico de su expresión, sino también porque la legitimación precisa en orden a la simple entrega de la cosa debida es algo genérico que no precisa de señalamiento especial. Por lo que hace a los antecedentes, tiene razón BERCOVITZ cuando señala que el cambio terminológico operado respecto al Proyecto de 1851 «puede justificarse perfectamente, atribuyéndolo a una mayor precisión para abarcar no sólo los casos de transmisión de la propiedad, sino también los de transmisión de cualquier derecho real» (3).

Igualmente, la misma dicción del artículo 1.160, cuando habla de manera específica de «obligaciones de dar», parece propiciar la conclusión, por simple argumento *a contrario*, de que en relación a las demás variedades obligatorias no contempladas no hará falta la capacidad del *solvens*, aunque Díez-PICAZO incurra en el error de estimar que del artículo 1.160 se sigue, *a contrario sensu*, que en las obligaciones de dar es inválida la entrega cuando es realizada por persona que carece de

(3) BERCOVITZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo*, XVI-1, Madrid, 1980, pág. 52.

capacidad de obrar o de poder de disposición (algo que tiene lugar no por aplicación del principio *inclusio unius exclusio alterius*, sino por mandato directo y claro del propio precepto).

La explicación es otra. Como el artículo 1.160 se refiere estrictamente a las *obligaciones dare*, resulta del todo natural que reclame para su exacto cumplimiento la capacidad de enajenar o disponer en quien verifica la prestación debida, precisamente porque ésta consiste en transferir la propiedad de una cosa al acreedor o en transmitirle o constituir a su favor otro derecho real sobre la misma. Ahora bien, capacidad de obrar y capacidad de enajenar no son lo mismo, sino que ésta es tan sólo una simple variedad o especie de aquélla, por lo que del hecho de que cuando nos encontremos frente a una obligación que no sea de dar no quepa exigir la capacidad dispositiva del *solvens*, no cabe derivar sin más que en la misma no haga falta para su válido cumplimiento ningún tipo de capacidad; conclusión que se refuerza en base a la consideración de que si la ley, habida cuenta de la necesidad genérica de la capacidad de ejercicio para la actuación jurídica, reclama para una categoría muy singular de actos una capacidad también muy específica, cual es la de enajenar, ello no supone, sino más bien lo contrario, interferencia alguna respecto al caso general. «Se explica —escribe en tal sentido HERNÁNDEZ-GIL— que si en la prestación, por ser de hacer o por consistir en una omisión, no figura una cosa, no se precise la capacidad de enajenarla; realmente no hace falta; pero es una deducción que desborda los términos de la corrección lógica decir que tampoco la capacidad de obrar es requerida» (4).

Tratándose, pues, de obligaciones de hacer y de no hacer, hará falta también para su válido cumplimiento la capacidad de obrar del *solvens*, porque en ellas, asimismo, el que ejecuta la prestación debida realiza un acto jurídico y éste, en cuanto por definición requiere la presencia del elemento volitivo de su autor, al entrañar el *animus solvendi*, exige también la capacidad de ejercicio por parte del que actúa. Cosa distinta es que, a tenor del artículo 1.302 del Código Civil, la persona capaz que recibió el pago del incapaz no pueda alegar tal circunstancia, pues aquí de lo que se trata es de evitar que sea posible aducir en propio provecho la incapacidad ajena en cuanto podría vulnerarse el principio *nemo auditur suam turpitudinem alegans*.

De todas maneras, parte de la doctrina, sobre la base de la especial naturaleza de las obligaciones de hacer y de no hacer, considera que debe estimarse válido el pago de las mismas realizado por un incapaz en razón de que sus prestaciones son irrestituibles *in natura*. Este es el

(4) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 318.

parecer, por ejemplo, de Díez-PICAZO, y supone una notoria confusión, tanto porque la validez de un acto no cabe derivarla de la imposibilidad de reponer *in natura* las cosas al mismo estado en que se hallaban antes de su realización, como porque de la misma manera que hoy se admite que es posible la ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer y de no hacer (arts. 1.098 y 1.099 CC), debe admitirse también que, cumplidas inválidamente dichas variedades obligatorias, quepa la restitución forzosa *in natura* de lo ejecutado.

Claro que puede suceder, como ocurre con el artículo 1.191 del *Codice civile*, que la ley disponga que «el deudor que ha realizado la prestación debida no puede impugnar el pago a causa de la propia incapacidad» (algo que no está expresamente establecido en el Derecho español), tanto por respeto al principio *nemo auditur* cuanto en base, fundamentalmente, a la idea de que en el juego de intereses contrapuestos la norma se incline por la tutela del *statuto quo* que tiene lugar tras el acto de cumplimiento. Aquí, ciertamente, excluida la posibilidad de impugnar el pago efectuado por el incapaz, debe concluirse que es válido el pago realizado por el mismo.

Pero donde no exista una norma semejante no cabe derivar una solución de ese tipo y la incapacidad del *solvens*, determinando la invalidez del acto de pago, deberá permitir la impugnación de éste. Afirmar, como hace BERCOVITZ, que una vez realizado el pago ha desaparecido la única razón de ser a la que corresponden los efectos de la incapacidad (la protección del incapacitado) y que éste sólo puede ser protegido a través de la inexigibilidad de las obligaciones de hacer y de no hacer, es una forma inexacta de ver las cosas porque parece obvio que de la misma manera que el incapaz puede impugnar el negocio que concluyó, pueda también, salvo expresa prohibición legal, seguir atacando al mismo cuando sus efectos se han producido mediante el cumplimiento de las obligaciones en él constituidas, y esto último se desconoce al aceptar la inimpugnabilidad del pago. Entender, por otra parte, que el cumplimiento por el incapaz pueda significar algún tipo de renuncia de las acciones de nulidad que le correspondan respecto al negocio es algo que difícilmente cabría sostener, y, sin embargo, a esta conclusión es a la que debe arribarse cuando se afirma la validez del pago, a menos que se defienda, lo que tendría escasa coherencia, que el incapaz que no puede anular el pago, puede, de todas maneras, demandar la declaración de invlidez del negocio que generó la obligación por él cumplida.

Lo curioso es que los mismos autores que admiten la irrepetibilidad de lo pagado por el incapaz, acogen con toda naturalidad la tesis de que tratándose de obligaciones de hacer y de no hacer las mismas no son

exigibles a aquél, sin percatarse de la contradicción que entraña semejante planteamiento. En efecto, si se sostiene que el acreedor no puede exigir el cumplimiento frente al incapaz (habrá que reclamarlo a su representante legal o a quien supla el defecto de capacidad), no es coherente considerar que realizado el pago no debe tomarse en cuenta la incapacidad del *solvens*, porque una de dos, o la incapacidad es irrelevante y entonces lo será antes y después de la *solutio*, o no lo es, en cuyo caso sus efectos deberán producirse tanto antes de la ejecución de la prestación debida como después de consumada la misma.

Sucede, por tanto, que los autores que defienden que no es necesaria la capacidad de obrar del deudor para la plena validez del pago separan artificialmente las fases de cumplimiento consumado y cumplimiento pendiente, sin advertir que, desde el estricto ángulo jurídico, ambas tienen la misma naturaleza y su tratamiento debe ser similar. Si fueran lógicos, al pretender la inocuidad del defecto de capacidad una vez cumplida la obligación deberían concluir, tal como advierte HERNÁNDEZ-GIL, que si «la capacidad de obrar no cuenta, podrá exigirse el cumplimiento frente al incapaz» (5), y, sin embargo, a semejante consecuencia no se atreven a llegar.

Excluir el juego de la capacidad de obrar del *solvens* a la hora de contemplar el cumplimiento de las obligaciones de hacer transformaría a éste en un mero acto material, en una simple modificación exterior que podría ser realizada por todo aquel, como bien dice LACRUZ, que «tenga capacidad física para ello». Ahora bien, una actuación física no es pago sin la voluntad, al menos implícita, de que el hacer se realiza en calidad de cumplimiento (*animus solvendi*): no la voluntad de una persona incapaz de querer. Con toda razón concluye, pues, el referido profesor que si «al incapaz no puede exigírsele directamente el cumplimiento de la obligación de hacer, luego la ley civil no puede tener en cuenta su voluntad (o no) de cumplir» (6).

Parece, pues, que debe aceptarse la posibilidad de restitución de lo pagado en caso de *solutio* realizada por un incapaz (art. 1.303 CC), aun tratándose de obligaciones de hacer y de no hacer. Otra cosa es que ante un pago en esas condiciones lo normal, lo corriente será que el representante del incapaz (o este mismo, en su caso) no proceda a impugnar el cumplimiento, porque, en definitiva, la obligación existe y siempre habrá de proceder a su ejecución; esto es, que en la práctica totalidad de los casos se tendrá por bien hecho el pago y nadie actuará

(5) *Ibid.*, pág. 319.

(6) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, página 84.

judicialmente contra él por tratarse de una actuación estéril y onerosa, en cuanto tendría que devolver con una mano lo que recibiera en la otra. Recobrar para volver a pagar no parece que tenga mucho sentido práctico; por ello, según apunta GIORGI, el pago no será verdaderamente impugnado por el incapaz cuando no tenga interés en ello, «y no tendrá interés precisamente si el pago no es lesivo, pues para repetir la cosa pagada debería simultáneamente ofrecer otra de igual valor» (7).

Lo que, de todas maneras, no quiere decir que se excluya de la esfera jurídica del incapaz la acción para pedir la invalidez del pago por él efectuado, pues una cosa es la posibilidad jurídica que no debe negarse, y otra que en la práctica, por razones fácilmente comprensibles, no se recurra a ella. Que no se plantee la repetición no quiere decir que no pueda plantearse, sin que quepa aducir, tal como pretende LACRUZ BERDEJO, que «obedeciendo el cumplimiento a un acto creador de la obligación en el cual se ha manifestado ya la voluntad con eficacia vinculante, sería irrepetible cualquier prestación que en la apreciación de la gente ha sido regularmente hecha, aun sin intención de cumplir» (8). Si así fuera, el acto de pago quedaría irremediabilmente fuera del campo de los actos jurídicos.

2. LA LIBRE DISPOSICIÓN DE LA COSA DEBIDA. EL ARTÍCULO 1.160 DEL CÓDIGO CIVIL

Dispone el artículo 1.160 de nuestro Código Civil que «en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarlas». No vamos a volver aquí de nuevo al punto de la capacidad de obra del *solvens* y de su simple variante o modalidad de la capacidad de disposición o enajenación que se exige en relación al cumplimiento de las obligaciones de dar, así como tampoco hace falta advertir que la *datio* traslativa realizada por un incapaz no es un acto nulo *in radice*, sino tan sólo un acto impugnabile en base a las pautas que declaran anulables las actuaciones de menores e incapacitados, precisamente para la protección de los mismos. En tal sentido señala DÍEZ-PICAZO que «la regla de la invalidez del pago de los incapacitados ha de entenderse como una consecuencia de la invalidez del negocio jurídico de constitución de la obligación (artículo 1.303)» (9). Pero el transcrito artículo 1.160, además de la capacidad para enajenar, exige «la libre disposición de la cosa debida»

(7) GIORGI: *Teoría de las obligaciones*, VII, Madrid, 1912, pág. 133.

(8) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 84.

(9) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 624.

en la persona del *solvens*, y esta segunda exigencia reclama mayor consideración y estudio.

Sobre la base del viejo e inexacto apotegma *solvere est alienare* y de la recepción del pensamiento de POTHIER, el artículo 1.238 del *Code Napoléon* estableció que «para pagar válidamente se debe ser propietario de la cosa dada en pago y capaz para enajenarla», ya que según aducía BIGOT DE PRÉAMENEU, *le paiement est un transport de propriété*. Nuestro Proyecto de Código Civil de 1851, en su artículo 1.098, repite fielmente la fórmula francesa al disponer «no es válido el pago hecho por quien no sea propietario de la cosa dada en pago y tenga capacidad de enajenarla», advirtiendo al respecto GARCÍA GOYENA que «por el pago se transfiere la propiedad, y no puede transferirla el que no la tiene, o teniéndola, no puede enajenarla» (10). El Código Civil italiano de 1865, en su artículo 1.240, conserva idéntico criterio, pero restringe adecuadamente la exigencia de la propiedad para el caso específico de las obligaciones que impliquen la transmisión de la misma cuando estatuye que «el pago que tiene por objeto transferir la propiedad de la cosa pagada al acreedor, no es válido si no ha sido hecho por quien sea propietario de la cosa y capaz de enajenarla».

Nuestro artículo 1.160 supone un perfeccionamiento frente a tales antecedentes no sólo porque no incurre en el error de exigir la condición de propietario para que sea válido el pago en que medie la entrega de una cosa, sino también porque trasciende el ámbito estricto de las obligaciones orientadas a la transmisión del dominio y se adentra en el más amplio y propio de las obligaciones que entrañan la transferencia o constitución a favor del acreedor de la propiedad o de cualquier otro derecho real (*obligationes dare*). Lo que ya no parece aceptable es que esta ampliación, que sin ninguna duda realiza el legislador español, se lleve hasta el extremo de considerar que la «libre disposición» de que nos habla el artículo 1.160 no aparece necesariamente ligada a los derechos reales, sino que se exige, como pretende HERNÁNDEZ-GIL, «respecto de todas las obligaciones en cuya prestación figuren las cosas, bien para transmitir su propiedad, bien para conferir su uso, su conservación, su entrega y restitución en general» (11), pues así entendida aquella expresión nos conduciría fuera del estricto campo de las obligaciones de dar,

(10) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 589.

(11) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 324. En sentido contrario, dice bien DÍEZ-PICAZO que cuando nuestro Código contempla la obligación de restitución de una persona incapaz (por ejemplo, art. 1.765) no niega validez a la restitución del incapaz, sino que únicamente limita la acción del acreedor para exigirla.

al que se circunscribe textual y conceptualmente el artículo 1.160 del Código Civil, e, incluso, desaparecería la razón de ser de este precepto en cuanto su pauta normativa resultaría exigible también en todas aquellas obligaciones de hacer en que la conducta del obligado se relacione con cosas, algo cercano a una *contradictio in adiecto*.

Sin duda, «libre disposición de la cosa debida» constituye una categoría jurídica mucho más amplia y abierta que la de «ser propietario», pero no tanto que quepa homologarla con legitimación para prestar con arreglo al tenor de la deuda concreta, para comunicar el derecho o influencia sobre la cosa que constituye el contenido de la obligación (LACRUZ BERDEJO), ni con un poder sobre la cosa, una atribución o, simplemente, ocupar una posición jurídica que permita realizar la prestación en que la obligación consista (HERNÁNDEZ-GIL), sino con algo mucho más restringido y circunscrito que hace referencia a la titularidad del derecho real transmitido o gravado y a la posibilidad de que el *solvens* pueda proceder a su enajenación. Ni siquiera es correcta la apreciación de BERCOVITZ de que mediante la necesidad de la libre disposición se trata de «exigir que el pagador esté legitimado para transmitir la propiedad o el derecho real en su caso» (12), pues aquí nos hallamos no en el campo de la legitimación, sino en el del *ius disponendi* (algo exclusivo del titular del derecho en cuanto forma parte del contenido de éste), por más que en función de garantizar la seguridad del tráfico jurídico, tal como hemos resaltado en otro lugar, se admita en ciertos casos y mediante el juego de las apariencias legitimadoras la posibilidad de disponer eficazmente del derecho ajeno (13).

Sobre la base de estos presupuestos, creemos que cuando el artículo 1.160 habla de «libre disposición de la cosa debida», semejante expresión debe entenderse en el sentido de que el dueño de la cosa o titular del derecho real enajenado pueda disponer libremente de su posición jurídica, lo cual implica no sólo que ostente la titularidad pertinente, sino también que no existan obstáculos legales o convencionales para que la misma sea objeto de modificación subjetiva bien a través de una adquisición derivativa traslativa o mediante una adquisición derivativa constitutiva. Esto es, circunscribiéndonos al «caso típico del traspaso de propiedad, hará falta que el *solvens* sea propietario de la cosa que entrega y que no tenga excluido o limitado el poder de disposición sobre la misma.

(12) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 52.

(13) CRISTÓBAL MONTES: *El tercero registral en el Derecho venezolano*, Caracas, 1967, págs. 39 y ss., y 102 y ss.; *Estudios de Derecho civil*, Caracas, 1970, páginas 29 y ss.

En efecto, el dueño de una cosa puede soportar la existencia de derechos reales limitados sobre ella que le impidan su libre y plena disposición, o existir reservas hereditarias (arts. 811 y 968 CC) o sustituciones (artículo 781) que priven al reservista o al heredero fiduciario de la libre disposición de los bienes reservados o fideicomitidos, o, en general y en la medida en que sean válidas, prohibiciones de enajenar que sustraigan al propietario la posibilidad de disponer libremente de sus bienes. De la misma manera, cuando se trate de la transmisión de un derecho real restringido habrá que atender a todo lo que por razón de su naturaleza o de los límites que soporte coarte la libre enajenabilidad del mismo (artículos 480, 525, 534, 1.617, 1.633, etc., CC). Lo que no cabe, empero, es estimar que la libre disponibilidad puede ostentarse por personas a quienes competan tan sólo facultades para llevar a cabo actos de administración, ya que si la prestación de dar no se dirige a transmitir la propiedad tampoco la libre disponibilidad ha de consistir en la facultad de transmitir o enajenar (HERNÁNDEZ-GIL), pues con semejante postura se confunden actos de disposición y actos de administración, no se advierte que implica un contrasentido hablar de libertad dispositiva respecto a estos últimos y se margina gratuitamente la circunstancia de que el artículo 1.160 hable de libre disposición y capacidad para enajenar como piezas de un todo y categorías complementarias, algo que carecería de sentido si estuviésemos también en el ámbito de los actos de administración, ya que en tal caso habría bastado con que la ley exigiese la genérica capacidad de obrar o la específica capacidad para actos de mera administración conservativos.

En realidad, las distintas partes del artículo 1.160 encajan perfectamente y no cabe desconocer la armonía dogmática que el mismo entraña: estamos en la órbita estricta de las obligaciones de dar (transmisión o constitución de derechos reales), que tienen su realización mediante la práctica de auténticos negocios de disposición, es decir, de actos jurídicos que producen una disminución del patrimonio (14), y, en consecuencia, ¿qué de extraño tiene que al disponente se le exija la libre disponibilidad y la capacidad para enajenar el derecho dispuesto? Lo insólito e injustificado sería que todos estos requisitos, que sólo juegan en el campo de las titularidades reales, se exigiesen también en aquellos casos, propios del área del Derecho de obligaciones, en los que el *solvens* se limita a entregar o restituir la cosa debida al acreedor o a realizar simples actos de administración o conservativos respecto a ella.

La circunstancia de que el artículo 1.160 del Código Civil declare inválido (*rectius*, ineficaz) «el pago hecho por quien no tenga la libre

(14) BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1949, pág. 213.

disposición de la cosa debida», no obsta, empero, a que sus efectos resulten inatacables cuando nos encontramos dentro del ámbito de una adquisición *a non domino* legalmente establecida por haber confiado el acreedor en la apariencia legitimadora que presentaba el pagador, ya que, como certeramente escribió don JERÓNIMO GONZÁLEZ, «si legitimación no equivale a facultad de disponer, la suple, empero, en el comercio, produciendo la validez del acto dispositivo del *no titular* con cargo al verdadero titular y a favor del adquirente de buena fe» (15).

Es decir, que si trata de bienes muebles deberán tenerse en cuenta en relación a la posibilidad de reclamar o no al *accipiens* la restitución de lo pagado las previsiones que respecto a la *adquisitio a non domino* en materia mobiliaria establece el artículo 464 del Código Civil, siempre que se den todos los presupuestos exigidos por el mismo; y si se trata de bienes inmuebles habrá de considerarse el régimen que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sanciona en relación a las adquisiciones *a non domino* en el ámbito inmobiliario, ya que, como escribe ROCA SASTRE, «hay que sentar de una vez que la facultad de disponer es privativa del *verus dominus*, pero la legitimación registral sitúa al titular según el Registro en la posibilidad de producirse como si fuera dueño o titular verdadero del derecho registrado» (16). Posesión y Registro, en cuanto apariencias legitimadoras, incidirán efectivamente a la hora de mantener los efectos del pago efectuado con deficiencias en la facultad dispositiva.

Con todo, debe tenerse en cuenta que cuando se habla, tal como hace HERNÁNDEZ-GIL, de que en las hipótesis reseñadas nos hallamos en presencia de adquisiciones derivadas del no titular se incurre en una cierta imprecisión dogmática, pues es evidente que en puridad conceptual la adquisición *a non domino* no se produce como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones de dar nacidas de un contrato obligacional de finalidad traslativa (arts. 609 y 1.095 CC), sino en virtud de un mecanismo complejo del que el negocio de disposición es tan sólo uno de los elementos componentes.

Como tampoco es correcta la distinción que DÍEZ-PICAZO hace entre el caso de que «el deudor no sea propietario de la cosa y utilice cosas ajenas» y el de que «siendo propietario de las cosas, tenga sobre ellas un poder de disposición limitado o se encuentre privado del poder dispositivo», estimando que en el primero «el pago es eficaz si el *accipiens* o adquirente queda protegido aunque realice una adquisición *a non*

(15) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, I, Madrid, 1948, pág. 26.

(16) ROCA SASTRE: «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1965, pág. 809, núm. 36.

domino», mientras que en el segundo «para juzgar la eficacia del pago será necesario determinar previamente el alcance de la protección que deba dispensarse al adquirente» (17). Aparte de que no es de fácil admisión dogmática la hipótesis de un propietario privado del poder de disposición, parece evidente que uno y otro caso son simples manifestaciones de un mismo supuesto genérico (ausencia de la libre disposición de la cosa debida), que, por ende, deben tener idéntico tratamiento jurídico, que no es otro que el de las adquisiciones *a non domino* cuando se cumplan las condiciones legalmente establecidas para las mismas, y que, incluso, este régimen es de más fácil aplicación en el segundo de los supuestos señalados por simple argumento *a fortiori*, pues si procede la adquisición del no titular cuando el disponente no es propietario, con mayor razón procederá cuando el mismo tan sólo soporte alguna limitación o restricción en su *ius disponendi*.

Finalmente, en el inciso segundo del artículo 1.160 del Código Civil se dispone que «sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe». Advertido, como ya se sabe, que cuando el precepto habla de cosas fungibles se está refiriendo a las consumibles, resulta lógico y comprensible que a pesar de que el referido artículo exija para la validez del pago en las obligaciones de dar «libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla», tratándose de tal clase de bienes, la restitución o repetición de los mismos quede excluida aunque falten aquellas condiciones, siempre que el acreedor las haya gastado o consumido de buena fe.

La buena fe consistirá aquí en la creencia «de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio» (artículo 1.950 CC), y, en principio, debe existir en el momento del gasto o consumo (Sentencia de 28 de marzo de 1978), sin perjuicio de que deba darse también cuando tenga lugar la recepción de las cosas. Por gasto o consumo deberá entenderse, tal como hace notar HERNÁNDEZ-GIL, no sólo el uso material de las cosas, que a veces supone la desaparición de las mismas, sino también todo acto de utilización o disposición que implique una salida del patrimonio del que las recibió (18).

La repetición procede en cambio, aunque la recepción se haya hecho de buena fe, mientras las cosas no se hayan gastado o consumido (Sentencia de 14 de noviembre de 1950), y, asimismo, frente a lo que piensa el mismo HERNÁNDEZ-GIL, es pertinente la restitución parcial en el supuesto de gasto o consumo limitado con independencia de la buena

(17) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 624.

(18) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 321.

o mala fe del receptor (19), porque la excepción que consagra la norma en estudio, en aras, como dice BERCOVITZ, de atender a las necesidades mínimas de un tráfico fluido y seguro, dada la naturaleza de los bienes afectados por ella y el papel que suelen desempeñar en la economía, especialmente el dinero (20), se circunscribe exclusivamente al supuesto de que cuando el interesado insiste la devolución de lo pagado pueda el receptor oponerse a la misma siempre que, con buena fe, haya procedido a gastar o consumir la totalidad de las cosas entregadas. Ello, claro está, sin perjuicio de que dicho interesado (tercero, representante legal del que pagó o éste mismo en su caso) esté legitimado para ejercer las acciones pertinentes.

3. EL PAGO DEL TERCERO. CONSIDERACIONES BÁSICAS

Aunque según se ha señalado el riguroso y estricto cumplimiento de las obligaciones supone la actuación por el deudor de la prestación adeudada, hasta el punto de que algún autor como BARASSI hable de cumplimiento incompleto para referirse a otras hipótesis, lo cierto es que en cuanto la moderna contemplación del pago se orienta de manera determinante hacia la satisfacción del interés de acreedor, dejando a un lado la excepción que suponen las obligaciones *intuitu personae* (art. 1.161 del Código Civil), normativamente se admite sin problemas que el pago en la plenitud de sus efectos (cumplimiento, satisfacción y liberación) puede realizarlo una tercera persona distinta del deudor o del representante voluntario o legal de éste.

La regla general es, pues, que salvo que «la calidad y circunstancias de la persona del deudor» se hayan contemplado de manera específica en el momento de generar la obligación, en cuyo caso no pueda obviarse el actuar personalísimo del obligado, lo que la ley coloca en primer plano es la conveniencia de que el programa prestacional tenga verificación

(19) Al efecto puede leerse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1950: «De acuerdo con el Derecho positivo, en particular con el artículo 1.160 del Código Civil que, *a contrario sensu* de lo dispuesto en su enumerado final, declara repetible el pago de lo hecho con una cantidad de dinero que no perteneciese a quien pagó si el acreedor no lo hubiese gastado o consumido de buena fe, lo que equivale a proclamar, en razón al fin perseguido por dicho precepto, la preferencia del derecho de quien con el pago ha sido indebidamente despojado de lo suyo, y no es dudoso afirmar que las características de este supuesto legal se dan en el caso debatido (el habilitado para pagar a unos maestros utilizó el dinero de éstos en sufragar deudas propias), con la concurrencia inclusive del requisito de no haber sido gastada o consumida por los acreedores, al serles intervenida, la cantidad de dinero que el mismo día les había sido entregada».

(20) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 59.

con indiferencia de quiénes sean los concretos sujetos implicados en el mismo, ya que, como puede leerse en el *Digesto* romano, *solvere pro invito cuiquet licet, cum sit iure civile constitutum licere etiam invito meliorem conditionem facere* (21).

Desde luego que para que el pago realizado por un tercero resulte plenamente eficaz hará falta que la prestación ofrecida por el mismo sea idéntica a la que debía ejecutar el deudor, y aquí es donde descansa precisamente la justificación de la figura, pues parece natural admitir que si el derecho del acreedor obtiene plena y exacta verificación devenga intrascendente a efectos solutorio la especificidad de la persona que efectuó el pago. La consecuencia lógica de ello es que el sujeto activo de la obligación no puede rechazar el cumplimiento que el tercero le ofrezca en regla sin que tal acto repercuta negativamente en su posición jurídica (dejando ahora a un lado la consignación), ya que la negativa injustificada puede determinar su constitución en *mora creditoris*.

Semejante conclusión se deriva sin esfuerzo por argumento *a contrario* sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.161 del Código Civil, pues si en las obligaciones *intuitu personae debitoris* el acreedor «no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero», quiere ello decir que en las demás sí podrá ser compelido, y si se resiste a tal compulsión incurrirá en la pertinente sanción jurídica. Hay en todo esto un propósito práctico evidente, un deseo de facilitar al máximo la verificación de los intereses que ponen en juego los vínculos obligatorios, sin importar demasiado la concreta identidad de los sujetos intervinientes, siempre que se sometan al cuadro objetivo trazado en la génesis de aquéllos, ya que, según advierte LACRUZ BERDEJO, «el acreedor no puede pedir sino la satisfacción de su interés, y, siendo la prestación fungible, el interés del acreedor puede quedar satisfecho por obra de persona distinta del deudor» (22).

Por lo demás, este ha sido el punto de vista de nuestro Tribunal Supremo al sostener reiteradamente que el acreedor no puede impedir el pago exacto ofrecido por un tercero, porque los artículos 1.158 y 1.161 no exigen su consentimiento para la plena eficacia de aquél, ya que «su derecho que no va más allá del cumplimiento de las obligaciones se acaba o extingue con el pago» (Sentencia de 4 de noviembre de 1897), y en razón de que «siendo el pago de una deuda el medio más directo de extinguir la obligación, acto que mejora la situación del propietario, puede realizarlo cualquiera, aun contradiciéndolo o ignorándolo aquél» (Sentencia de 5 de abril de 1913).

(21) D. 46, 3, 52. Inst. 3, 29 pr.

(22) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 84.

La posibilidad de la intervención solutoria del tercero obliga a considerar si será o no preciso que el mismo esté animado del propósito de extinguir la obligación que cumple o *animus solvendi* o si, por el contrario, bastará con la mera plasmación objetiva de la prestación que adeuda. A simple vista se aprecia que la circunstancia de que una persona ajena a la obligación pueda intervenir en la vida de la misma y provocar su desaparición, algo que HERNÁNDEZ MORENO denomina «legitimación *solvendi causa*» es lo suficientemente trascendente como para que no quepa considerarla de una manera mecánica, al margen de la voluntad que al respecto ostente aquélla, porque una cosa es que a la ley le preocupe la efectiva ejecución del vínculo y otra, singularmente diferente e injustificada, que se desinterese del ánimo que mueve al tercero interviniente. Si no hay intención de cumplir, no puede hablarse de pago por tercero, porque, tal como advierte el autor recién citado, la legitimación *solvendi causa* (toda persona puede pagar y extinguir la deuda de otro) «ha de ser ejercitada en condiciones tales que supongan la inequívoca y manifiesta intención de extinguir la relación obligatoria en la que se interviene» (23). La explicación es muy sencilla: el tercero, a diferencia de lo que ocurre con el deudor, no está vinculado en la relación obligatoria, y, por tanto, si se prescinde de su *animus solvendi*, se pierde también todo punto de referencia y aun de justificación respecto a su incidencia en el débito ajeno.

En nuestro Código Civil hay suficientes indicios en apoyo de lo dicho. Así, cuando el artículo 1.158 establece que «el que pague *por cuenta de otro* podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad», o cuando el artículo 1.159 dispone de «el que pague *en nombre del deudor*, ignorándolo éste, no podrá compeler al deudor a subrogarle en sus derechos», están contemplando algo más, frente a lo que piensa Díez-PICAZO que la simple circunstancia de negar el derecho al reembolso si se contrarió al deudor o la posibilidad de la subrogación en el crédito si el mismo desconocía el pago. Están señalando de manera clara que el acto del tercero no puede reputarse cumplimiento de la obligación si no se ha realizado «por cuenta o en nombre del deudor»; y ello con indiferencia de lo que resulte en relación al reintegro o la subrogación, pues en teoría, aunque los mismos no procedan por no mediar los requisitos de ley, es evidente que en todo caso el pago podría haber tenido lugar y producir su peculiar efecto extintivo de la obligación.

Por el contrario, si el tercero no pagó «por cuenta o en nombre del deudor», no es que ante la voluntad adversa o la ignorancia de éste pierda

(23) HERNÁNDEZ MORENO: *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pág. 107.

el derecho al reembolso o a la subrogación, sino que sucede algo mucho más general y trascendente: no surgirá en ningún caso la posibilidad del reintegro o la sustitución en el crédito, como efectos normales del pago realizado por tercero, sencillamente porque no ha tenido lugar cumplimiento obligacional alguno en cuanto falta uno de los elementos estructurales de dicha modalidad de pago. Al negar los efectos principales y naturales de la realización del débito por persona extraña al deudor, nuestro Código Civil nos está diciendo, de esa manera indirecta e implícita tan típica en él, que no existe pago, ya que difícilmente cabría el mismo si se excluyen sus consecuencias obligadas. En tal sentido, tiene razón Díez-PICAZO al resaltar que tanto el pago en nombre como el pago por cuenta del deudor presuponen en el que lleva a cabo el pago la consciencia de que el acto cumple una función solutoria y, por tanto (mejor sería decir, además), el *animus solvendi* (24).

Si el tercero que paga la deuda ajena no tuviera la voluntad de pagar por el deudor necesariamente (salvo un eventual *animus solvendi*) estaría realizando un acto solutorio en nombre propio, es decir, considerándose deudor, y semejante circunstancia nos traslada de manera forzosa fuera del verdadero campo del pago de tercero y nos ubica en el del pago de lo indebido. En efecto, aunque según el artículo 1.158 del Código Civil «puede hacer el pago cualquier persona», ello sólo es posible sobre la base de que la deuda exista y como, en la hipótesis que estamos contemplando, el que paga no es el deudor, difícilmente cabría sostener la existencia de la relación obligatoria fuera del supuesto en que el pagador actúe por cuenta del verdadero obligado. El *animus solvendi*, presente en todo acto de cumplimiento, aquí tiene necesariamente que manifestarse como intención de pagar la deuda de otro, pues, caso contrario, el acreedor no tendría derecho a cobrar y surgiría la obligación de restituir la prestación percibida (art. 1.895 CC). La peculiar conformación del pago de lo indebido coadyuva también en consecuencia en pro de la necesidad de que el que paga en lugar de otro esté animado del propósito de satisfacer la deuda ajena. Sin tal voluntad, como bien dice BERCOVITZ, no se puede aplicar, ni siquiera por analogía, el artículo 1.158, ya que no cabe hablar de pago de un tercero (25).

Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 26 de noviembre de 1926. El actor, que estaba obligado a transportar la correspondencia postal de Barcelona, no tenía en cambio la obligación de recoger y conducir la correspondencia procedente de los barcos de las compañías demandadas, algo que, sin embargo, él mismo

(24) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 626.

(25) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 21.

había venido realizando por error durante cuatro años. Se pretendió la aplicación del artículo 1.158 del Código Civil alegando que había tenido lugar el pago por tercero de la obligación ajena; el Tribunal Supremo rechaza la operatividad del referido precepto en cuanto el actor no pagó ni en nombre ni por cuenta de otro, requisito esencial para que quepa ejercitar las acciones procedentes del pago de tercero: «Para pagar por otro —aduce en tal sentido nuestro Tribunal de Casación— precisa la voluntad de hacerlo así, según se desprende de la misma naturaleza del acto y de la jurisprudencia consignada, entre otras, en las Sentencias de 3 de julio de 1906, 1 de julio de 1904 y de 7 de enero de 1901, y tal voluntariedad resulta evidente que no existió». El actor, que seguramente habría triunfado de alegar pago de lo indebido, fracasó al pretender pago hecho por tercero, movido, sin duda, por la circunstancia de que le resultaba más atractivo económicamente demandar a las compañías navieras que a los que indebidamente habían percibido su servicio; aunque quizá también habría prosperado caso de alegar frente a tales compañías el enriquecimiento injusto de las mismas y no la pertinencia del artículo 1.158 del Código Civil y de los recursos (el reembolso) previstos en el mismo.

4. EL PAGO DEL TERCERO Y LA VOLUNTAD DEL DEUDOR

En el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, frente a lo que se había previsto en el Proyecto de 1851, se produce el viraje en nuestro sistema en el sentido de reconocer el principio general de que cualquiera puede pagar la deuda ajena. La idea acabaría normativamente plasmada en el artículo 1.158 del Código Civil a través de una fórmula poco rigurosa que pone a jugar la actuación del tercero con la especial situación que frente a ella adopte o se encuentre el deudor, ya que según el párrafo primero del mismo «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor». Hipótesis que todavía se amplía más cuando el párrafo segundo del citado precepto dispone que «el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar al deudor lo que hubiere pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad».

Dos ideas presiden el artículo en cuestión; una, que todo el mundo, los *poenitus extranei*, puede proceder válidamente a cumplir la obligación ajena, y la otra, mera consecuencia de la anterior, que es indiferente que el tercero tenga o no interés en dicho cumplimiento. Pues bien, aunque ambas ideas parecen perfectamente entrelazadas en cuanto las dos inciden en la misma dirección de resaltar la apertura que legal-

mente se establece de cara al pago, hasta el punto de que la primera engloba a la segunda y ésta hace innecesaria a aquélla, lo cierto es que la referencia al interés del *solvens* ha movido a la doctrina a tratar de encontrar secretos designios y a intentar desvelar ocultos significados, sin querer advertir que el único juego que cabe atribuir a aquella expresión es el de permitir la entrada del mecanismo contemplado en el número tercero del artículo 1.210 del Código Civil, esto es, presumir la subrogación del tercero en los derechos del acreedor.

Además, cuando la ley habla de que el tercero «tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación», es obvio que se está refiriendo a un interés jurídicamente cualificado, es decir, a la existencia o no de un interés que desde el estricto ángulo jurídico justificaría la actuación solutoria de dicho tercero, pues de lo que no cabe dudar es de que siempre que una persona distinta del deudor procede a liquidar el débito de éste lo hace movido por algún tipo de interés (que puede no ser jurídico). Es más, como con justeza resalta HERNÁNDEZ-GIL, «el hecho de efectuar el pago por otra persona presupone la real existencia de un interés» (26).

Aparentemente, la cosa se complica todavía más a la vista de que si bien en el número tercero del artículo 1.210 del Código Civil se habla, igual que en el artículo 1.158 *eiusdem*, de «interés en el cumplimiento de la obligación», el número segundo de aquel precepto se refiere, en cambio, al tercero «no interesado en la obligación», circunstancia que parecería propiciar la idea favorable a que el *solvens* unas veces estará interesado en la obligación misma y otras tan sólo en su cumplimiento, circunstancia que daría lugar a la existencia de dos categorías jurídicas diferentes.

Así, por ejemplo, aunque sin mayor insistencia, Díez-PICAZO ha señalado que interés en la obligación, en cuanto literalmente no es lo mismo que interés en el cumplimiento, parece indicar un cierto grado de participación en la obligación misma y, más concretamente, en la deuda, respecto a la cual se tiene alguna responsabilidad (codeudor, fiador, etc.) (27). También HERNÁNDEZ MORENO distingue entre el interés en la relación obligatoria, como primer escalón de una hipotética graduación de interés, que haría referencia a aquellas personas, como el deudor solidario y el fiador, que manifiestamente están interesadas en la obligación, y, por tanto, no sólo pueden pagar, sino que también pueden no extinguir o adquirir el crédito del pagado (decía LOYSEAU, en tal sentido, que se presume que tanto el fiador como el deudor solidario

(26) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 290.

(27) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 627.

pagan la deuda no para liberar al deudor y extinguirla, sino para liberarse ellos mismos y apropiársela), y el interés en el pago o cumplimiento de la deuda ajena, que es tan sólo un interés orientado a obtener la subrogación en el crédito (28).

En realidad, rectamente miradas las cosas, se observa sin esfuerzo la artificiosidad de semejante construcción. Querer distinguir entre «interés en la obligación» e «interés en el cumplimiento», aunque pudiera encontrar alguna base dogmática, algo que, por lo demás, tampoco resultaría nada fácil, parece tarea imposible (e innecesaria) desde el punto de vista normativo sobre la base de la forma en que ambas expresiones están contempladas en el artículo 1.210 del Código Civil. En efecto, este artículo establece que se presumirá que existe subrogación «cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor», y «cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación». Sin dificultad se observa que ambos ordinales se refieren a las dos partes de una sola y misma hipótesis, esto es, que son complementarios y cierran, a efectos de la subrogación en el crédito, el supuesto legalmente contemplado de pago por el tercero de la deuda ajena: si el tercero tiene interés, hay subrogación, mientras que si carece de interés, sólo procede la misma caso de que pague con aprobación del obligado.

Se hable, pues, de interés en la obligación o de interés en el cumplimiento, lo que resulta evidente es que los numerales segundo y tercero del artículo 1.210 se están refiriendo a lo mismo, y, en consecuencia, mal cabe configurar estructuralmente al tercero pagador de dos distintas maneras cuando resultará que el que tenga interés en la obligación lo tendrá en el cumplimiento y el que lo tenga en éste lo tendrá también en aquélla. Es más, puestos a utilizar una y otra expresión, aunque jurídicamente equivalentes, parece más adecuado el empleo de «interés en el cumplimiento», no sólo por acomodarse mejor al campo en el que entra en juego, el del pago de las obligaciones, sino también porque dichos términos son los que maneja el artículo 1.158 del Código Civil, que es el precepto principista y básico en la caracterización del pago del tercero, mientras que el 1.210, en los dos números que nos conciernen, tan sólo se refiere a uno de los efectos de dicha figura (el de la subrogación). Parece, por tanto, que debe aceptarse la conclusión de BERCOVITZ en el sentido de que la distinción carece de suficiente consistencia, ya que quien tiene interés en una obligación lo tiene en igual grado respecto a su cumplimiento, y viceversa, por lo que le parece

(28) HERNÁNDEZ MORENO: *El pago...*, *op. cit.*, págs. 164 y ss.

difícil argumentar de otra forma si no se quiere caer en disquisiciones fundamentalmente subjetivas (29).

¿Cuál será el hipotético interés que lleve al tercero a cumplir la ajena obligación? Es claro que no cabe hacer un señalamiento taxativo de todos los casos posibles porque el *solvens* actuará movido por interés jurídicamente relevante siempre que su conducta solutoria provoque algún reflejo, de uno u otro signo, en su patrimonio, y ello nos traslada a un campo sumamente amplio y variado. Habrá interés cuando el tercero participe principal o accesoriamente en la relación obligatoria, resulte incorporado a una delegación u obtenga mediante el pago la garantía de subsistencia de su derecho, caso, por ejemplo, del tercero poseedor de la finca hipotecada, e, incluso, cuando aquél busque tan sólo facilitar o agilizar la operatividad de su derecho, aunque esto último tenga muy poco o nada que ver con la obligación y su cumplimiento. Habrá también interés, aunque no jurídicamente trascendente, siempre que el tercero persiga evitar al deudor situaciones penosas, molestas o afflictivas, en el plano personal. Pero, por más que no exista motivo relevante desde el ángulo jurídico y ni siquiera justificación desde el simple plano afectivo deberá entenderse consumado el pago siempre que un tercero realice la prestación debida, porque la ley a tal efecto no considera el interés, la conveniencia o la motivación de éste, sino tan sólo el hecho de que, con el propósito de cumplir la deuda ajena, realice la prestación que constituya su objeto.

A) *Pago del tercero con conocimiento y aprobación del deudor*

La primera consecuencia de un pago hecho por tercero con la aprobación expresa o tácita del deudor consiste en que el *solvens* se subroga en la posición jurídica del acreedor satisfecho, adquiriendo su derecho de crédito en el estado actual con todas sus garantías y accesorios. Esto es, el pago realizado por el tercero, si bien provoca la satisfacción del derecho del acreedor y libera al deudor de su vinculación con éste no produce la extinción de la relación obligatoria, sino tan sólo un cambio subjetivo en la posición activa de la misma. El viejo acreedor es sustituido por el nuevo sin que tenga lugar, frente a lo que piensa Díez-PICAZO, la extinción de la primigenia obligación y su reemplazo por una nueva relación entre deudor y *solvens*, ya que aquí no estamos en el campo de la novación, sino en el de la sucesión *inter vivos* en el crédito legalmente establecida. El crédito no se extingue, pasa tan sólo al nuevo

(29) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 34.

titular, y por eso el deudor continúa obligado (el pago por tercero satisface el crédito, pero no libera al deudor, dice LACRUZ), algo que tendría difícil justificación si el derecho de *crédito* hubiera desaparecido. Sólo así puede hablarse correctamente de subrogación, ya que esta figura presupone el mantenimiento de la relación obligatoria inicial.

Semejante juego subrogatorio desatado por la actuación del tercero no aparece establecido de manera expresa en el artículo 1.158 del Código, pero puede extraerse sin dificultad por mero argumento *a contrario* del artículo 1.159. En efecto, si en este último precepto se dispone que «el que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos», resultará que la negativa de subrogación se produce en virtud de que el *solvens* ha actuado sin previo conocimiento del deudor, por lo que si este conocimiento existe la conclusión debe ser que en tal caso el pagador sí podrá compeler al acreedor a que le subroge en sus derechos. Es obvio que basta con hablar de conocimiento por parte del deudor, pues, tal como escribe PUIG BRUTAU, «si el deudor tiene conocimiento del pago que va a realizar y no se opone o nada expresa, sin duda ha de entenderse que media la aprobación tácita» (30).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de manera genérica ha venido reconociendo que aunque el pago extingue siempre todas las obligaciones respecto al acreedor, no sucede lo propio en cuanto al deudor, si, en vez de hacerlo al mismo obligado, lo realiza una tercera persona con conocimiento y aprobación expresa o tácita de éste, pues entonces el tercero queda legalmente subrogado en el lugar del acreedor, novándose en este extremo el contrato y transfiriéndose al tercero, con el crédito, todos los derechos inherentes al mismo, y entre ellos el de hacerlo efectivo según el estado del pleito y momento en que tuvo lugar la subrogación (Sentencias de 9 de marzo de 1908, 11 de octubre de 1922, 27 de junio de 1925, 27 de diciembre de 1945, 18 de mayo de 1946, etc.). Adecuadamente expurgada de algunas incorrecciones (extinción de la obligación respecto al acreedor, novación, novación del contrato), la doctrina jurisprudencial resulta aceptable en cuanto a la configuración normativa del mecanismo en estudio. Asimismo, acierta el Tribunal Supremo cuando en la Sentencia de 30 de diciembre de 1931 declara que «entendido *a sensu contrario* el artículo 1.159, ha de conceptuarse que el pago hecho con conocimiento del deudor faculta al que lo realizó para compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos».

El tercero que paga puede, pues, compeler al acreedor a subrogarle

(30) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 1976, página 277.

en sus derechos, algo que significa en puridad jurídica que el *solvens* se subroga *ministerium legis* en la posición del acreedor satisfecho, por lo que nos encontraremos ante un supuesto de subrogación *ex lege*. Ahora bien, ¿cómo compaginar el mismo con lo dispuesto en el artículo 1.210, a cuyo tenor se presume que hay subrogación cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor y cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación? ¿Estando aquí, según la misma Sentencia de 30 de diciembre de 1931, ante uno de esos casos en que, tal como previene el artículo 1.209 del Código Civil, la subrogación simplemente se presume, igual que ocurre con los contemplados en el artículo 1.210?

No es cuestión sencilla el adecuado engarce entre los artículos 1.158-1.159 y 1.209-1.210 del Código Civil, entre otras razones porque el legislador no tuvo visión de conjunto al plasmarlos ni se planteó cuál debería ser la correcta conexión entre los mismos. HERNÁNDEZ-GIL, que es quien ha estudiado la materia más a fondo, se pregunta si la subrogación queda limitada a lo que resulta de los artículos 1.209 y 1.210, o si, por el contrario, habrá que dar entrada a una nueva hipótesis. El se inclina por la afirmativa, ya que si el artículo 1.209, al excluir la presunción de subrogación, deja a salvo «los casos expresamente mencionados en este Código», deberá concluirse que si expresamente mencionados están los del artículo 1.210 también hay una mención expresa en los artículos 1.158 y 1.159. «Lo que acontece —escribe— es que el Código Civil opera en uno y otro lugar con criterios no exactamente coincidentes. Mientras en los artículos 1.158 y 1.159 prescinde por completo de la influencia del interés en el cumplimiento de la obligación, y se sirve para regular las consecuencias de la intervención del tercero en el cumplimiento de datos meramente cognoscitivos o volitivos (conocimiento, aprobación o consentimiento, ignorancia y voluntad expresa en sentido contrario), en cambio en el artículo 1.210 da entrada a la falta de interés al interés en el cumplimiento de la obligación, para sostener en este último caso que el interés es de suyo suficiente a efectos de la subrogación expresa o tácita, sin que baste el conocimiento» (31).

No nos parece que ese sea el planteamiento adecuado ni la interpretación sistemática que debe hacerse del juego de artículos mencionados. El artículo 1.209 del Código Civil se refiere estrictamente a la presunción legal de subrogación y establece la regla de que la misma sólo opera en los casos expresamente mencionados en el Código; el siguiente artículo 1.210 señala algunos de esos supuestos. ¿Serán, a su vez, un nuevo y distinto caso de presunción de subrogación el que resulte

(31) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., págs. 293-294.

de los artículos 1.158 y 1.159, a tenor de la previsión general del 1.209? HERNÁNDEZ-GIL piensa que sí, sin advertir la contradicción que entraña el sostener a un tiempo que el artículo 1.159 confiere al tercero que pague por el deudor un derecho a subrogarse en el lugar del acreedor y que en tal caso nos movemos en la esfera del artículo 1.209, pues en la primera hipótesis nos encontramos ante una subrogación *ope legis*, mientras en la segunda estamos tan sólo ante una simple presunción subrogatoria (32).

Nos parece que la explicación debe ser la siguiente: Cuando el tercero pague la deuda ajena con conocimiento y aprobación del deudor se subroga en línea de principio en la posición del acreedor (puede compeler precisamente porque se ha producido ya la subrogación), pero en este campo, pese a que es eficaz el pago de todo tercero tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, debe distinguirse, a la vista de lo dispuesto en los artículos 1.209 y 1.210 del Código Civil, según que el *solvens* ostente o no tal interés. Si no tiene interés, habrá tan sólo una presunción *iuris tantum* (art. 1.251 CC) de subrogación, aunque medie la aprobación del deudor (art. 1.210, 2.º); si lo tiene, tendrá lugar la subrogación automática, caso de aprobación del obligado (artículo 1.159 *a contrario sensu*); finalmente, siempre que el que pague esté interesado gozará a su favor de la presunción de subrogación aunque actúe sin conocimiento del deudor (art. 1.210, 3.º). Esto es, el artículo 1.210, con su particular normativa, introduce una corrección a la hora de interpretar el artículo 1.159, pues la subrogación que se produce cuando un tercero paga la deuda ajena con conocimiento del obligado sólo tendrá lugar caso de que dicho tercero esté interesado en el cumplimiento del débito, ya que si no lo está únicamente será beneficiario de una mera presunción al respecto.

Esta es la única forma de dar una interpretación coherente y lógica al cuadro diseñado por los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210 del Código Civil español, ya que si se admite que el artículo 1.159 contempla la subrogación aun sin interés del tercero, tendríamos que concedería más (la subrogación *ex lege*) con los mismos requisitos que el artículo 1.210, 2.º, reclama para otorgar una mera presunción *iuris tantum* de subrogación (*reductio ab absurdum*), y si se entiende que en el caso del artículo 1.159, tal como pretende HERNÁNDEZ-GIL, estamos tan sólo ante una manifestación más de la presunción subrogatoria del artículo 1.209, sin distinguir en él entre el interés o no del tercero, su conte-

(32) BERCOVITZ dice, con acierto, que en los artículos 1.158 y 1.159 se trata de establecer el nacimiento de una subrogación *ex lege* y no una mera presunción: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 41.

nido vendría a ser simplemente reiterativo de lo dispuesto en el artículo 1.210. Tampoco tiene mucho sentido hacer hincapié en una presunta distinción entre conocimiento y aprobación del pago, pues sabido es que el primero de esos términos engloba al segundo, ya que el que conoce y no se opone aprueba o autoriza tácitamente.

Producida la subrogación legal, el crédito se adquiere por su valor nominal, aunque el tercero haya pagado menos, según resalta la generalidad de la doctrina (33). Ahora bien, si el pago del tercero ha sido parcial, la subrogación en el crédito también lo será (art. 1.213 CC). El nuevo titular adquiere el crédito «con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas» (*rectius*, cosas hipotecadas, art. 1.212 CC); sin embargo, la subrogación no transmite al pagador los derechos que el deudor pudiese tener frente al acreedor, ya que, como dice la Sentencia de 16 de junio de 1969, «tratándose de obligaciones recíprocas y, aún menos, si éstas son de tracto sucesivo o de tracto único, pero de cumplimiento parcial, pues en estos casos se produciría una novación subjetiva pasiva respecto a la parte de deuda aún no satisfecha, que entraría de lleno en lo previsto en el artículo 1.205 del Código Civil, conforme al cual la novación que consista en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin conocimiento de éste, pero no sin consentimiento del acreedor». Aunque la afirmación de fondo es correcta, no lo es, en cambio, con toda evidencia, el argumento utilizado para justificarla.

La aprobación del deudor al pago del tercero no puede tener lugar con posterioridad a la realización del mismo por la sencilla razón de que si se ha producido la extinción de la obligación mal cabe la subrogación en el crédito. Deberá producirse, pues, dicha aprobación en el momento mismo o con anterioridad a la verificación del cumplimiento, si se quiere que se produzca la *subrogatio ex lege*, tal como, en tal sentido, declara la Sentencia de 28 de marzo de 1967 al afirmar que «la aprobación del deudor, sea expresa o tácita, debe preceder o acompañar al pago».

La segunda consecuencia del pago realizado por tercero con conocimiento y aprobación del deudor consiste en que adquiere un derecho o acción de reembolso que le faculta, según reza el artículo 1.158 del Código Civil, «para reclamar lo que hubiese pagado». Aquí no estamos en presencia de una transmisión de crédito, sino ante la aparición de un derecho *ex novo* que permite al *solvens* reintegrarse de la prestación efec-

(33) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1970, págs. 246-247; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 629; BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 43, etc.

tuada y que, en consecuencia, se configura y queda dentro de los límites de la extorsión patrimonial que haya experimentado.

La diferencia frente al supuesto anterior es la que existe entre la acción de subrogación y el derecho de reembolso, ya que, como advierte la Sentencia de 23 de junio de 1969, en éste, el crédito del tercero es nuevo e independiente del que tenía el acreedor originario, mientras que cuando se trata de subrogación, como quiera que el tercero pasa a ocupar la posición del acreedor originario frente al deudor, ello determina el derecho del tercero a exigir el pago efectuado, y a que pasen a él las garantías y se le puedan oponer las mismas excepciones. En suma, toda la distancia que media entre la transmisión y el nacimiento de un derecho de crédito.

En cambio, no es exacta la aseveración de HERNÁNDEZ-GIL en el sentido de que en cuanto las garantías y privilegios que pudieran acompañar al crédito originario no se comunican al nuevo crédito, síguese de ello que «la relación obligatoria inicial en la que se produce el cumplimiento por un tercero, queda extinguida» (34), pues el razonamiento no es que los derechos conexos al crédito no pasan al tercero porque se ha extinguido la obligación (algo que, por lo demás, no sucede siempre que tenga lugar la subrogación), sino porque en el derecho al reembolso estamos ante un crédito de nueva factura, surgido precisamente en virtud del pago efectuado por el tercero, y, en consecuencia, mal puede recibir complementos que corresponden a un derecho diferente.

Excluido por definición el *animus donandi*, parece natural preguntarse cuál será el fundamento del nuevo crédito y no tanto la fuente del mismo, según pretende HERNÁNDEZ-GIL, ya que resulta claro que ésta es la ley. Aquél podrá hallarse bien en la proscripción principista del enriquecimiento injusto, que aunque en nuestro Derecho civil no está establecida de manera expresa, a diferencia de lo que ocurre en otros (Códigos Civiles italiano, venezolano, etc.), no hay problema alguno para inducirla como principio general de Derecho y así lo hace de manera reiterada y constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o bien en la figura de la *negotiorum gestio*.

A la vista de que en el enriquecimiento sin causa quien lo ha percibido en daño de otra persona «está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a esta última de la correlativa disminución patrimonial (art. 2.041 *Codice civile*)», no parece que esta hipótesis sea la contemplada en el párrafo segundo del artículo 1.158 del Código Civil, pues en la misma el *solvens* tiene derecho a reclamar del deudor todo lo que hubiere pagado. Quizá es por ello que nuestro Tribunal

(34) HERNÁNDEZ-GIL: *Derechos de obligaciones, op. cit.*, pág. 291.

Supremo se ha mostrado proclive a encontrar el fundamento de la acción de reembolso en la gestión de negocios ajenos, ya que, como dice en su Sentencia de 27 de junio de 1925, «el tercero que paga se constituye voluntariamente en gestor oficioso de los negocios del deudor, al cual, por tanto, ha de aprovechar lo por él conseguido».

Sin embargo, si se tiene en cuenta que, a tenor del artículo 1.893 del Código Civil, el *dominus rei gestae* está obligado «a indemnizar al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño del cargo», no parece que semejante situación sea homologada a la del tercero que pagó por cuenta de otro, ya que éste, como es sabido, tiene derecho al reintegro de todo lo pagado, algo que, sin duda, supera las posibilidades del *gestor rei alienae*.

Quizá, por tanto, el fundamento del derecho al reembolso del tercero que paga la deuda de otro se encuentre más cerca del contrato de mandato que de cualquier otra figura, habida cuenta que, según dispone el párrafo segundo del artículo 1.728 del Código Civil, si el mandante no hubiera anticipado las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, «debe reembolsarlas» al mandatario. Aquí sí que estamos ante una genuina manifestación de la acción de reembolso o reintegro (devolución de todo lo que se ha pagado correctamente por cuenta de otro), y no resulta forzada la aproximación si se tiene en cuenta que estamos considerando la hipótesis del tercero que cumple la obligación ajena con conocimiento y aprobación del deudor, y que expresamente el artículo 1.158 excluye el derecho al reintegro cuando el pago se haya hecho contra la manifiesta voluntad del deudor.

Por tanto, no es exacta la afirmación de BERCOVITZ de que «el titular de la acción de reembolso puede, pues, reclamar lo que podría un gestor de negocios en base a la utilidad objetiva producida por una gestión diligente» (35), ya que en esta sede la cuantía de la devolución no se establece en razón del beneficio experimentado por el *dominus negotii*, sino en función de lo que realmente pago el *solvens*, aunque, claro está, la reclamación de éste no pueda entenderse más allá del real importe de la deuda» (Sentencia de 18 de mayo de 1946). Es por ello que tiene razón MANRESA cuando señala que el tercero sólo podrá reclamar del deudor lo que efectivamente haya entregado, no la totalidad del crédito, si no lo pagó íntegramente (36).

Es obvio que en la hipótesis que estamos contemplando (pago del tercero con conocimiento y aprobación del deudor), la dualidad de re-

(35) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 45.

(36) MANRESA: *Comentarios al Código Civil español*, VIII-1 (quinta edición revisada por MORENO MOCHOLÍ), Madrid, 1950, pág. 526.

cursos, subrogación y derecho al reembolso, que a su favor surge, tiene que resolverse en la práctica por el efectivo ejercicio de tan sólo uno de ellos, ya que es natural que la figura no se orienta en provecho patrimonial del tercero, sino que trata tan sólo de que el mismo no experimente quebranto económico. En consecuencia, deberá el *solvens* optar por uno u otro. ¿En qué momento deberá producirse semejante opción?

BERCOVITZ sostiene que el tercero deberá decidirse por la subrogación o el reembolso en el mismo instante en que proceda a cumplir la obligación ajena, ya que si no es así, la subrogación se produce y el tercero se convierte en el nuevo acreedor del crédito preexistente, pudiendo ejercer únicamente las acciones propias del mismo, pues según resulta de la Sentencia de 23 de junio de 1969, producida la subrogación, ésta excluye de manera automática la acción de reembolso. Aduce que en el terreno dogmático parece claro que si el pago del tercero produce la extinción ha de serlo en el momento en que tiene lugar el mismo y no después, salvo se existe subrogación en ese momento. En el terreno de los intereses, no encuentra tampoco justificación para que el tercero pueda jugar todo el tiempo que quiera con unas u otras acciones, según le convenga (37). En cambio, para HERNÁNDEZ-GIL la titularidad de ambos es acumulativa, pero no así su ejercicio; son dos modos de reclamar frente al deudor lo que por él se ha satisfecho, y por eso mismo se excluye recíprocamente: si se opta por el reembolso no procede instar la subrogación, y a la inversa (38).

Lo primero que cabe aducir en este punto es que, pese a la Sentencia del Tribunal Supremo alegada por BERCOVITZ, la jurisprudencia del mismo ha venido admitiendo el ejercicio de la acción de reembolso sin la previa renuncia expresa o tácita a la subrogación legal (Sentencias de 3 de julio de 1941, 14 de marzo de 1967, etc.). En segundo lugar, no parece que exista obstáculo dogmático para que, producido el pago por el tercero, éste se subrogue legalmente en la posición jurídica del acreedor satisfecho y al mismo tiempo devenga titular de un derecho para reclamar del deudor el reintegro de lo pagado por su cuenta, pues esto es lo típico en todo supuesto de opción, ya que para decidirse por el ejercicio de una y otra de las titularidades primero es necesario ostentar ambas, sin que a ello obste el hecho de que la subrogación en el derecho del acreedor se produzca *ex lege*, porque no es este el único caso en que de un mismo acontecimiento jurídico se derive una dualidad de recursos que puedan perfectamente coexistir en la fase de mera tenencia estática. Finalmente, tampoco resulta aceptable el alegato de que no es

(37) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, págs. 41-42.

(38) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 294.

justo que el tercero pueda jugar y mantener en la incertidumbre al deudor respecto a la acción de que en definitiva se valdrá, pues lo cierto es que, haga uso de uno u otro recurso, aquél nunca podrá resultar obligado a pagar más de lo que originariamente adeudaba a su acreedor, y, en consecuencia, no se advierte cuál puede ser el perjuicio del obligado.

B) *Pago del tercero ignorándolo el deudor*

Si el tercero paga la deuda de otro sin conocimiento y aprobación del deudor, esto es, ignorándolo éste, ya sabemos que el artículo 1.159 del Código Civil español excluye de manera expresa su subrogación en el crédito, bajo la fórmula conceptualmente incorrecta de que «no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos», pues la sustitución en la acreencia tiene lugar *ministerio legis*.

BELTRÁN DE HEREDIA ha señalado que parece que el legislador ha supuesto que no existe interés del tercero cuando, con ignorancia del deudor, pague en su nombre y, en consecuencia, le niega el derecho a subrogarse en la situación del acreedor, tratamiento que le resulta injusto porque, tenga o no interés propio y siempre que no proceda *ánimo donandi*, es evidente que el tercero, en uno y otro caso, ha pagado al acreedor, y aunque entienda favorecer al deudor pagando en nombre de él, el fin objetivamente obtenido es el mismo y en ambos se pone en el puesto del acreedor (39).

No creo que exista ninguna relación entre las expresiones tener interés en el cumplimiento y pagar en nombre del deudor, de manera tal que ésta excluya aquélla y, por tanto, la ley niegue al pagador el beneficio de la subrogación. Pagar en nombre del deudor, de que habla el artículo 1.159 del Código Civil, y pagar por cuenta de otro, como se expresa el artículo 1.158, son expresiones sinónimas y, según antes se señaló, equivalen a la exigencia del *animus solvendi* en el pagador. Si el *solvens* no conoce la alienidad y quiere cumplir la obligación ajena, al faltar un elemento estructural de la figura nos situamos fuera del pago de un tercero y entramos en la esfera del cobro de lo indebido.

En consecuencia, el tener intención o voluntad de cumplir la deuda de otro siempre aparecerá en el supuesto de pago del tercero porque hace falta para su correcta configuración dogmática, sin que en modo alguno quepa ponerlo en relación con la existencia o no del interés del pagador en el cumplimiento de la obligación, ya que esta última circuns-

(39) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, página 139.

tancia resulta indiferente a los efectos indicados. Siempre que alguien con *animus solvendi* pague la deuda ajena habrá pago del tercero, con indiferencia de que el mismo tenga o no un interés jurídicamente relevante en el cumplimiento de la obligación.

La explicación es otra. La ley lo que ha querido es establecer una diferencia según que el tercero pague con conocimiento o sin conocimiento del deudor a los solos efectos de la subrogación, aceptándola en el primer caso y negándola en el segundo. ¿Es esto injusto? No lo parece, pues resulta comprensible que algo le corresponda participar al deudor respecto al pago de su débito y subsiguiente cambio de acreedor. Si se alegare que la cesión de créditos se produce sin la voluntad y conocimiento del deudor, siempre se podría responder que sin dicho conocimiento es ineficaz frente al obligado (art. 1.527 CC) y, sobre todo, que no es lo mismo cesión de crédito y subrogación en el crédito por pago de tercero, pues en la primera el acreedor se limita a disponer de su derecho, mientras que en la segunda alguien que no ostenta titularidad alguna se inmiscuye en la ajena relación obligatoria. ¿Resultará extraño que no conociendo el deudor esta actuación se niegue la subrogación del tercero en el crédito?

Por lo demás, hay que advertir que aunque en la hipótesis que estamos considerando no se produzca mecánicamente la subrogación, ésta no queda del todo excluida, ya que, con indiferencia del conocimiento o no por parte del deudor, siempre que el tercero tenga interés en el cumplimiento de la obligación la ley presume (art. 1.210, 3.º, CC) que a su favor ha tenido lugar la subrogación. Es decir, por más que no opere la subrogación *ex lege* del tercero en los derechos del acreedor, al menos se plasmará una presunción subrogatoria *iuris tantum*, tal como páginas arriba hemos tenido ocasión de exponer. Igualmente, todo tercero que haya pagado ignorándolo el deudor adquiere un derecho al reembolso de lo pagado en los mismos términos que antes expusimos respecto al caso de conocimiento y aprobación del deudor, ya que en esta materia no hay legalmente, ni tiene por qué haberla, diferencia alguna entre uno y otro supuesto.

C) *Pago del tercero contra la expresa voluntad del deudor*

La tercera y última hipótesis de pago del tercero contemplada por la ley es la que tiene lugar cuando éste cumple la obligación ajena frente a la prohibición manifestada por el deudor al respecto. Aquí, como es natural y por simple argumento *a fortiori*, también queda excluida la subrogación en el crédito, así como desaparece la acción de reembolso

en los términos que con anterioridad quedaron señalados, ya que el párrafo 2.º del artículo 1.158 del Código Civil niega al tercero la posibilidad de reclamar al deudor lo que hubiese pagado si lo ha «hecho contra su expresa voluntad». En cambio, el *solvens* que así actuó, a tenor del párrafo 3.º del mismo artículo «podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago», claro supuesto de *actio in rem verso*.

¿Gozará el tercero de la presunción de subrogación prevista en el número tres del artículo 1.210 del Código Civil? Si el tercero que pagó contra la clara prohibición del deudor tenía interés en el cumplimiento de la obligación, a la vista del aludido precepto parece debería concluirse que se operará la presunción porque la norma no distingue («cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento...»), y *ubi lex non distinguit...* Sin embargo, así como antes se señalaba que la falta de conocimiento del deudor, aunque excluía la *subrogatio ex lege*, no marginaba la presunción subrogatoria, aquí pensamos que la solución debe ser diferente, pues si la ley, precisamente por la ausencia de conocimiento, puede presumir la subrogación en el crédito, difícilmente podrá presumir algo similar cuando el deudor se ha opuesto al pago, ya que la mínima conclusión que cabe extraer de semejante negativa es la de que no desea que el tercero ocupe el lugar de su acreedor.

La prohibición o negativa al pago del tercero debe ser manifiesta, explícita, clara y definitiva. No cabe presumirla ni derivarla de *facta concludentia*, y presupone, como es obvio, el conocimiento por parte del deudor del propósito solutorio que anima al tercero. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en el sentido de que no debe haber duda al respecto y de que corresponde probar la oposición al pago al deudor que la alegue (Sentencias de 19 de febrero de 1955, 15 de octubre de 1959, 21 de abril de 1964, etc.). La expresa prohibición del deudor tiene que producirse antes o en el momento mismo en que tiene lugar el pago, pero no, según pretende BERCOVITZ, porque en ese instante surge a favor del tercero la acción de reembolso o la de repetición del enriquecimiento producido (40), sino porque al no haberse manifestado la oposición del obligado cuando se realiza el cumplimiento de la obligación estamos en la esfera de alguna de las dos hipótesis anteriormente consideradas.

En Derecho romano, el pago hecho por tercero contra la voluntad del deudor era plenamente liberatorio, «porque está determinado por Derecho civil que se pueda hacer mejor la condición del que lo ignora y del que lo contradice» (41). También en las Partidas, el deudor se

(40) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., págs. 47-48.

(41) Inst. 3, 29; D. 46, 3, 53.

libera de su obligación caso de pago del tercero «aunque lo supiese e lo contradixesse» (42). En ambos casos, al producirse la ausencia de obligación alguna del deudor respecto al tercero, se producía de hecho, aunque las fuentes no lo manifestaran expresamente, una donación tácita a favor de aquél, postura que aceptó el artículo 749 del Código Civil portugués de 1867.

Nuestro Código Civil no ha seguido esta pauta y ha estimado que, caso de que el pago del tercero haya revertido en utilidad del deudor, éste queda obligado respecto al pagador. Es decir, el *solvens* no se subroga en el derecho de crédito, ni tiene acción para el reembolso de todo lo que pagó, sino que tan sólo puede reclamar del deudor aquello en que se haya beneficiado por virtud de su acción solutoria. No estamos aquí, pues, en presencia de una genuina acción de reembolso, ni siquiera ante una estricta acción de repetición, por más que el artículo 1.158 hable de que el tercero «podrá repetir del deudor», ya que la repetición *stricto sensu* sólo opera en relación al que recibe el pago, sino tan sólo, como anteriormente indicábamos, ante una manifestación de *actio in rem verso* o acción por enriquecimiento injusto que permite al perjudicado reclamar su detrimento patrimonial dentro del límite del beneficio obtenido por el favorecido (43).

Otra cosa será que en numerosos supuestos el ejercicio de esta acción y el de la acción de reembolso no presenten mayores diferencias en la práctica porque el enriquecimiento experimentado por el deudor coincida exactamente con el monto de lo pagado por el tercero, cual ocurre en los supuestos de pago de impuestos por éste, ya que, como dice la Sentencia de 19 de febrero de 1955, en los mismos «todo lo pagado... redunda en beneficio o utilidad del deudor». Pero de todas maneras, en el caso en estudio siempre tendrá el tercero que probar la existencia y alcance del provecho recibido por el deudor, aparte de que, como dice BERCOVITZ, la utilidad de éste deberá valorarse en términos no sólo objetivos, sino también subjetivos, con el fin de salvaguardar el principio de que el pago del tercero no lesione los intereses del deudor, así, por ejemplo, valorando adecuadamente las circunstancias del caso, en las que el deudor puede tener interés en no pagar, a pesar de no contar con ninguna excepción frente a la hipotética exigencia del acreedor (44).

(42) P. 5, 14, 3.

(43) ALVAREZ CAPEROCHIPÍ: *El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, 1979, págs. 137 y ss.

(44) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 49.

5. LA PERSONA DEL «ACCIPIENS». CAPACIDAD. DISPONIBILIDAD

De la misma manera que es al deudor a quien normalmente corresponde verificar el pago, destinatario natural de éste es también el acreedor. El respeto exacto e íntegro al programa prestacional implicado en la relación obligatoria exige, en principio, que el sujeto que ocupa la posición activa en la misma sea quien reciba la conducta debida, habida cuenta, además, que si al acreedor corresponde la facultad para reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación, debe ser también el que directamente resulte receptor del objeto de la misma. Es precisamente en tal sentido que el artículo 1.162 del Código Civil español proclama que «el pago deberá hacerse a la persona a cuyo favor estuviese constituida la obligación».

A pesar de que el término «constituida» pudiera hacer pensar en una interpretación meramente textual, que debe tratarse, como sujeto legitimado para recibir el pago, de la persona que *ab origine* apareciera como titular activo del vínculo obligatorio, lo cierto es que hay que reputar destinatario del pago al acreedor actual, esto es, al que lo sea en el preciso instante en que tiene lugar la realización de la prestación debida. Es indiferente, por tanto, que se trate del primigenio acreedor o de cualquier otra persona que a través de un conducto jurídico idóneo (sucesión *mortis causa* universal o particular, pago con subrogación, cesión de crédito) haya devenido titular de la acreencia.

En cuanto el pago supone, en principio, la realización o efectividad del crédito, es obvio que semejante acontecer puede tener lugar bien mediante la presencia directa del acreedor o a través de otro sujeto que legítimamente le sustituya; aquí, incluso, con mucha mayor amplitud que respecto a la persona del deudor, porque no operará con la misma amplitud la previsión del hacer personalísimo del artículo 1.111 del Código Civil. Es por ello que el antes transcrito artículo 1.162 concluye afirmando que, aparte del acreedor, el pago deberá hacerse también a favor de cualquier otra persona «autorizada para recibirlo en su nombre».

Expresión muy generosa, que, aunque en el pensamiento del codificador, según dice BERCOVITZ, probablemente debería circunscribirse a la figura del representante («en su nombre»), sin duda, rebasa con mucho el ámbito de la representación y se adentra en el más amplio de la autorización, noción esta que supera largamente la esfera del estricto actuar en nombre ajeno al no implicar las exigencias formales, estructurales y de oportunidad que la *procuratio* supone, por más que, pese a lo que

diga en contrario el mismo BERCOVITZ (45), el artículo 1.259 del Código Civil no sirva para confirmar que autorización y representación no son lo mismo, ya que es evidente que cuando dicho precepto habla de «autorización o representación legal» se está refiriendo a la primera como equivalente a representación voluntaria.

En principio, el representante del acreedor, voluntario o legal, está habilitado para recibir el pago, con indiferencia, en el primer caso, de cuál sea el concreto negocio del que derive el apoderamiento o de la específica insuficiencia de capacidad que la ley atienda a cubrir mediante el juego del representante *ex lege*. Con todo, en relación a la representación voluntaria, parece lógico plantearse la pregunta de la amplitud que deberá tener el poder de representación para que pueda válidamente realizarse el cobro.

En el Derecho romano prevaleció la tesis de que el pago se puede hacer de manera válida al representante del acreedor, ya sea legal, ya voluntario, bien general o bien especial, ya que, como dice ULPIANO: «Al verdadero procurador se le puede pagar. Debemos entender que es verdadero el que tiene mandato especial, o al que se le encargó la administración general de todos los negocios» (46). ¿Ocurrirá hoy igual entre nosotros? ¿Hará falta poder especial dado exclusivamente para recibir el pago o bastará, por el contrario, poder general abierto a toda clase de negocios y actuaciones?

El punto no tiene clara y terminante solución en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, ya que éste, mientras en unos casos considera como suficiente «el poder amplio y tan bastante como en Derecho se requiera para reclamar y percibir el dinero o bienes que por cualquier concepto se le deban» (Sentencia de 10 de marzo de 1951), en otros, por el contrario, parece reclamar la existencia de poder especial para el cobro de cantidades de cierta entidad derivadas de un negocio de disposición (Sentencia de 21 de junio de 1958).

Sobre la base de que, según dispone el artículo 1.713 del Código Civil, «el mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración», la doctrina española mayoritaria estima que el poder general sólo faculta al apoderado para realizar aquellos cobros que en sí supongan simples actos de dicha naturaleza, precisándose de poder especial siempre que estemos en presencia de un negocio de disposición. Así, DÍEZ-PICAZO sostiene que, «si el negocio y la obligación constituyen actos de administración, el cobro lo será también», y

(45) *Ibíd.*, pág. 66.

(46) D. 46, 3, 12. Cfr. nuestro *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pág. 757.

«si, por el contrario, el negocio constitutivo de la obligación era un acto de disposición, se requerirá un poder especial» (47). Igual piensa HERNÁNDEZ-GIL (48), y para BERCOVITZ, en similar posición, «si se concibe el pago o el cobro como un momento más de la obligación, es lógico que lo más englobe lo menos» (49). En cambio, en posición minoritaria, BELTRÁN DE HEREDIA considera que basta con el poder general para exigir y cobrar créditos, «si se tiene en cuenta la naturaleza del cumplimiento, que no es en sí un acto de disposición, sino de ejecución de una disposición ya realizada» (50).

¿*Quid iuris?* Existe, en nuestra opinión, un notable error en la tesis mayoritaria, consistente en atribuir al acto de pago la misma naturaleza que al acto creador del vínculo, inconsciente reminiscencia de la vieja y superada concepción formalista de los romanos respecto al principio del *contrarius actus* que en otro lugar de esta obra hemos tenido ocasión de criticar, cuando lo cierto es que el pago en cuanto simple «ejecución efectiva de la obligación» (como dice PLANIOL) no tiene naturaleza negocial y, por ende, mal puede ser catalogado el acto de administración o de disposición. Se produzca el efecto dispositivo al comienzo o al final del *tractus* obligacional, el pago en sí no participa de semejante condición en cuanto su estricta sustancia nada tiene que ver con el efecto enajenativo y conservatorio perseguido por las partes.

Trasladar al pago la virtualidad de disposición o meramente administrativa que tiene el negocio generador de la obligación o el que es preciso realizar para la plena ejecución del mismo, es un defecto óptico que entraña la contemplación del efecto perseguido no en función de su causa, sino tan sólo en relación a los instrumentos utilizados para su materialización. Si bien es cierto que, como dice BERCOVITZ, el poder para vender comprende el de cobrar, no lo será en cambio que sólo pueda cobrar, tratándose de negocios enajenativos, el que tenga poder para vender, porque si quien puede lo más puede lo menos, en cambio, para efectuar lo menos no hace falta estar facultado para lo más. Esta ha sido, en definitiva, la orientación dominante en la doctrina francesa, al estimar la misma que cualquier mandatario o apoderado general podía exigir y cobrar los derechos de crédito, criterio que en nuestro sistema cabría apoyar en el artículo 1.163 del Código Civil, el cual al no exigir al acreedor más que la capacidad para administrar permite defender la legitimación para el cobro del *procurator omnium bonorum*.

(47) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 631.

(48) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 300.

(49) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, págs. 72-73.

(50) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, *op. cit.*, pág. 143.

Ya se ha dicho que la expresión que utiliza el artículo 1.162 del Código Civil español («autorizada para recibirlo») trasciende el escueto campo de la representación en cuanto, evidentemente, el concepto de autorización es más amplio que el de representación, aunque sólo fuera por la circunstancia de que cabe una autorización *a posteriori*, algo que no es posible en la esfera de la genuina representación. Se encuentra autorizada para recibir el pago toda persona que sin ser representante legal o voluntario del acreedor haya sido contemplada a estos efectos por el acuerdo de las partes, la voluntad del acreedor, la ley (art. 1.171 del Código Civil) o el Juez. La autorización, como dice Díez-PICAZO, constituye una forma especial de legitimación *ad solvendum*; podrá ser expresa o tácita, genérica o específica, esto es, con o sin determinación de la persona autorizada, pero lo que difícilmente cabrá admitir a la vista del texto del artículo 1.262 del Código Civil es que, según pretende HERNÁNDEZ-GIL, el meramente autorizado actuará en nombre propio, pero por cuenta y en interés del acreedor, ya que el referido precepto parece imponer como condición para que alguien pueda cobrar en lugar del acreedor que el mismo actúe en nombre de éste. Esto nos lleva al problema de la admisión o no en el Derecho español del *adiectus solutionis gratia*.

El Derecho romano, donde nació esta figura al objeto de facilitar los pagos, previó junto a la *ad stipulatio* (prometer *verbis* a otra persona lo mismo que ya se debe al acreedor) el mecanismo de la *adiectio solutionis causa* que consistía en una autorización que en el momento de constituirse la obligación el acreedor deba al deudor para que éste pudiese pagar a quien al efecto se designara. El *adiectus solutionis causa* no era un mandatario o apoderado para el cobro, cuyas facultades pudiesen ser revocadas en cualquier momento, ya que el derecho otorgado al deudor no podía desconocerse discrecionalmente *a posteriori* por el acreedor; en cambio, no podía reclamar el pago ni hacer remisión de la deuda (51).

No hay inconveniente, pese a la no contemplación genérica de la figura en la ley, para admitir la misma al amparo de la libertad contractual consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil español. Y lo mismo cuando se la plasme en el negocio constitutivo de la obligación, en otro

(51) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano*, op. cit., págs. 758-759. Según advierte MESSINEO, el *adiectus solutionis causa* no es representante del acreedor en cuanto recibe en nombre propio la prestación; tampoco debe confundirse con el delegado activo, puesto que, mientras éste retiene para sí lo que le ha sido entregado por el deudor, el *adiectus* recibe por cuenta del acreedor y debe transmitirle lo que se le entregue, aunque ambos al recibir el cumplimiento liberan al deudor: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 363.

posterior o como designación unilateral por parte del acreedor. En cualquier caso, el *adiectus* ni es acreedor ni tampoco representante suyo para el cobro, sino que tan sólo ostenta una legitimación que le permite recibir el pago ofrecido por el deudor, ya que de lo que, en definitiva, se trata es de facilitar las vías de cumplimiento a éste. En consecuencia, aunque no pueda reclamar el crédito ni mucho menos condonar la deuda, el *adiectus solutionis gratia*, que actúa en nombre propio y por cuenta ajena, recibe válida y liberatoriamente el pago, ya que ha sido autorizado a tal efecto.

Aunque, como se ha dicho, falta en nuestro ordenamiento civil la previsión genérica, alguna manifestación concreta sí se da de este mecanismo de cobro, como cuando en el artículo 1.766 del Código Civil se dispone que el depositario debe restituir la cosa al depositante, a sus causahabientes o «a la persona que hubiese sido designada en el contrato». Quizá esta expresión de nuestro primer Cuerpo legal ha llevado a algunos autores (DÍEZ-PICAZO, PUIG BRUTAU, HERNÁNDEZ-GIL, etc.) a considerar que la designación del *adiectus* debe producirse siempre por acuerdo entre acreedor y deudor, sin que quepa su nombramiento unilateral, cuando lo cierto es que, dadas su finalidad y características, no hay ningún obstáculo para su recta constitución en base a la sola voluntad del acreedor.

Sea fruto del convenio o decisión unilateral, no cabe su revocación por el acreedor y no tanto, según piensa HERNÁNDEZ-GIL, por hallarnos en presencia de un negocio bilateral (algo que, evidentemente, falla en el segundo de los supuestos), sino porque la aparición por una u otra vía del *adiectus solutionis causa* genera una facultad a favor del deudor de la que éste no puede verse despojado en forma arbitraria. Paralelamente, en el puro plano dogmático, la autorización para el cobro, salvo estipulación en contrario, deja en libertad al deudor para preferir al acreedor o al *adiectus* la hora de pagar, tal como resalta de manera expresa el artículo 771 del nuevo Código Civil portugués; aunque parece razonable la aseveración de BERCOVITZ en el sentido de que «habrá que aceptar el deber de pago a la persona autorizada por el acreedor cuando ello no produce ningún perjuicio al deudor y es acorde con la buena fe» (52).

Por lo que hace a la capacidad del *accipiens*, resulta natural que quienes ven en el pago un negocio bilateral exijan la plena capacidad de obrar siempre que el mismo requiera de la cooperación del acreedor, ya que, según piensa TUHR, «si el cumplimiento consiste en una asignación por parte del deudor, se tratará de un negocio jurídico celebrado

(52) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 80.

por éste con el acreedor y por medio del cual se tiende a extinguir el crédito» (53). Incluso, aun sin atribuir al pago semejante naturaleza contractual, son muchos los autores que se inclinan por exigir la plena capacidad de obrar del *accipiens* en cuanto, con terminología alemana, ven en el cumplimiento de las obligaciones un «acto de disposición por parte del acreedor».

No es este, desde luego, el planteamiento de nuestro Código Civil que en el párrafo primero de su artículo 1.163 se limita a establecer que «el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad», algo que significa, prescindiendo por ahora del punto de la *utilitas creditoris*, que es válido el pago hecho a quien tenga capacidad para administrar sus bienes, aunque el mismo padezca alguna limitación en su capacidad de obrar (por ejemplo, el menor emancipado: art. 323 CC).

Lo primero que salta a la vista es la desigual manera en que el Código Civil se ocupa del tema de la capacidad de los sujetos involucrados en el acto solutorio, particularmente en la esfera de las obligaciones de dar, ya que el deudor precisaría de la capacidad de disposición mientras que al acreedor le bastará la mera capacidad de administración (arts. 1.160 y 1.163 CC, respectivamente). ¿Es lógico esto? Parece que sí, ya que si la pérdida de un derecho real o la constitución de un gravamen de la misma naturaleza exige la capacidad de enajenar, su simple recepción, el ingreso en el patrimonio del *accipiens* no debe entrañar algo superior a la capacidad de administrar, reducción de capacidad que se justifica, como dice ALBALADEJO, en atención a que, en principio, el pago en sí sólo puede beneficiar (54). Evidentemente no es lo mismo enajenar que adquirir, y por ello se explica semejante disminución de la capacidad del receptor de la prestación debida, siempre, eso sí, que ésta se satisfaga en sus estrictos términos, pues en la medida en que se cambie la prestación o no se realice de manera íntegra y exacta hará falta también la capacidad de enajenar en el *accipiens*, como con razón advierte LACRUZ (55).

HERNÁNDEZ-GIL, en posición compartida por Díez-PICAZO y PUIG BRUTAU, considera que esta diversidad de trato se justifica en el cumplimiento de las obligaciones unilaterales, pero no ocurre lo mismo en las

(53) TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pág. 8.

(54) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, *op. cit.*, pág. 82.

(55) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 85. GIORGI, con evidente exageración, llegó a afirmar que el acreedor debe ostentar capacidad para enajenar, ya que si la aceptación del pago produce la enajenación del crédito (?) no podrá realizarse válidamente por quien no tenga la potestad de enajenar: *Teoría...*, VII, *op. cit.*, pág. 100.

obligaciones recíprocas, dado que en ellas las posiciones jurídicas de acreedor y de deudor aparecen intercambiadas y, por tanto, resultaría que, en relación a un mismo acto, la misma persona podría tener capacidad para recibir la prestación ajena y no la tendría para realizar la propia, y sería válido el cumplimiento respecto a lo primero y no en relación a lo segundo. Esto no le parece posible, ya que «si para realizar la prestación se requiere la capacidad para enajenar, aunque para recibirla baste la de administrar, la falta de aquéllas provocará por sí la invalidez del cumplimiento como un todo, con efecto restitutorio para todas las prestaciones» (56).

No compartimos esta opinión. En nuestro sentir, el error proviene de considerar que en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas el cumplimiento supone un acto único, cuando lo cierto es que habrá tantos particulares cumplimientos o pagos cuantas sean las obligaciones a extinguir. La unidad del contrato generador de las obligaciones correspectivas se traslada también, indebidamente, al momento de la consumación del mismo, sin advertir que en éste la unidad se tornará en pluralidad, de manera tal que deberá contemplarse un concreto acto de cumplimiento en relación a cada uno de las obligaciones constituidas. Por ello, no es correcto hablar, tal como hace HERNÁNDEZ-GIL, de «un mismo acto» o de «cumplimiento como un todo», porque la hipótesis no es esa, sino exactamente la contraria; y por ello también, no constituye contradicción alguna el hecho de que una misma persona esté capacitada para recibir la prestación ajena, porque ostente la capacidad de administración y no lo esté para realizar la propia, porque carece de la oportuna capacidad de enajenar, ya que en uno u otro supuesto nos encontraremos ante dos distintos actos de cumplimiento, por más que jurídicamente interrelacionados (arts. 1.100 y 1.124 CC) (57), en razón de que existe dualidad o pluralidad de obligaciones y el pago como institución jurídica se predica respecto de cada uno de los particulares vínculos obligatorios y no respecto al negocio jurídico único que los generó.

El pago realizado a favor de una persona incapacitada para administrar sus bienes, según el párrafo primero del artículo 1.163 del Código Civil, es válido en la medida que le resulte útil. Ahora bien, a tenor del artículo 1.304 *eiusdem*, «cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera»; lo que parece propiciar la contradicción de que en un caso la utilidad del inca-

(56) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, págs. 331-332.

(57) Cfr. nuestra obra *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, págs. 61 y ss.

paz impide la invalidez, mientras que en el otro no sólo no la detiene, sino que además aquél queda obligado precisamente a la restitución del provecho obtenido. ¿Existe tal contradicción?

Para DÍEZ-PICAZO no lo hay porque en el artículo 1.163 no se da un supuesto de anulabilidad, en razón de que ésta tiene que serlo o bien del negocio o bien del acto dispositivo o del pago del incapaz, pero no de lo obtenido por él. El artículo 1.163 lo que quiere decir es que el deudor que paga a un incapaz no queda liberado de su obligación más que probando que el pago por él hecho le ha sido útil al acreedor. Si hay impugnación del negocio, el *accipiens* restituirá de acuerdo con el artículo 1.304; en cambio, si no hay impugnación del negocio, el deudor continuará obligado y no podrá repetir (58).

No parece conceptualmente aceptable este criterio, pues el artículo 1.163 habla con toda claridad de validez del pago hecho al incapaz cuando exista utilidad, y, por otro, contempla un genuino supuesto de anulabilidad en caso contrario. Aparte de que tiene difícil explicación su argumento de que el deudor que paga al incapaz queda liberado si prueba que el pago le ha sido útil a éste, caso de que no se mantenga al mismo tiempo la validez del acto solutorio; y de que resulta francamente inaceptable su aseveración de que si el negocio no es impugnado el deudor continuará obligado, cuando se parte precisamente de la base de que en la hipótesis en consideración el pago de éste ha tenido lugar.

En realidad, a partir de la consideración de que, según advierte BERCOVITZ, aunque el pago no sea un negocio jurídico, es aplicable al mismo por analogía el remedio de la anulabilidad cuando el pago no responda a la exigencia de capacidad del artículo 1.163 (59), sólo cabe superar la aparente contradicción entre los preceptos señalados asignando a cada uno de ellos un campo de actuación distinto. Esto es, cuando el contrato generador de la obligación haya sido celebrado por un incapaz estaremos en la esfera de anulabilidad regulada en los artículos 1.300 y siguientes; por el contrario, en el caso del artículo 1.163 deberá contemplarse necesariamente la situación de que la incapacidad se haya producido con posterioridad a la conclusión del negocio. En el primer caso será impugnabile el contrato, y su anulación lo dejará sin efectos; por lo que «los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato» (art. 1.303 CC), si bien el incapaz sólo deberá restituir en la medida de su enriquecimiento (art. 1.304). En el segundo, en cuanto lo impugnado es el cumplimiento mismo por

(58) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 631.

(59) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 83.

la incapacidad del acreedor, la ley alude la anulabilidad si éste ha obtenido beneficio.

Algo que tiene sentido y resulta coherente, tanto porque el vicio estructural no puede ser obviado en base al mero criterio de beneficio de las partes, como porque producido el cumplimiento de una obligación rectamente nacida no debe anularse el mismo, siempre que haya resultado provechoso para el acreedor, en base a la simple circunstancia de que el acreedor sea incapaz en el momento de recibir el pago. Distinto enfoque de la impugnabilidad en uno y otro artículo y distinta incidencia jurídica, por tanto, del factor de la utilidad que haya podido percibir el *solvens*. Este es el punto de vista en nuestra doctrina de BELTRÁN DE HEREDIA, PUIG BRUTAU, HERNÁNDEZ-GIL y BERCOVITZ, ya que, según señala este último autor, la incapacidad en el momento de perfeccionarse el negocio se soluciona directamente de acuerdo con los artículo 1.300 y siguientes, y específicamente el 1.304, mientras que la incapacidad en el momento del pago se regula y sanciona de acuerdo con el artículo 1.163 (60). Y tiene que ser así, porque, como con toda justeza y precisión resume la cuestión el Profesor LACRUZ, ese último precepto «no convalida los contratos nulos, ni excluye, por tanto, la aplicabilidad del artículo 1.304» (61).

La validez del pago efectuado al incapaz para administrar queda subordinada a la utilidad percibida por el mismo. Razones de justicia práctica y de operatividad justifican este dispositivo, amén de las estrictamente jurídicas antes alegadas, ya que sería improcedente que el *accipiens* pudiese instar un segundo pago o reclamar indemnización, como también carece de sentido que, obtenido el resultado provechoso a que se enrumba el cumplimiento de la obligación, hubiera que repetir idéntico comportamiento en base al respeto de simples exigencias jurídico-formales. Como con toda graficidad resalta BELTRÁN DE HEREDIA, de la letra y del sentido del artículo 1.163 del Código Civil español «se deduce que lo que le interesa al legislador ese que, objetivamente, se satisfaga el interés del acreedor, y cuando esto se ha logrado, le tiene sin cuidado el hecho de que el *accipiens* sea o no capaz» (62).

Son razones, pues, de índole fundamentalmente práctica las que operan en el supuesto en estudio que buscan conciliar la prestación del incapaz con el hecho evidente de que la finalidad última que toda obligación persigue es la de que el acreedor perciba el provecho contemplado en la misma. Obtenido éste, cede en su honor la circunstancia de que

(60) *Ibíd.*

(61) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 85.

(62) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, *op. cit.*, pág. 180.

el receptor de la prestación estuviese incapacitado, como simple manifestación del criterio de que la conveniencia debe primar sobre el estricto rigor de los esquemas, máxime cuando aquí ese resultado se compadece también con el principio de la protección de los incapaces y con la idea, de la que existen diversas manifestaciones en el Código Civil (arts. 1.304 y 1.765), de que su responsabilidad queda circunscrita al enriquecimiento obtenido del acto en que participaron.

Esta visión de las cosas nos parece más ajustada a la realidad de las mismas que intentar una formulación apegada a la juridicidad formal, al modo que lo hace BERCOVITZ cuando tras resaltar que si, producida la utilidad, se diese curso a la exigencia de un segundo pago o de una indemnización, el acreedor habría obtenido un enriquecimiento injusto, en base al cual el deudor podría reclamar la devolución del primer pago, señala que en la ley se obvia semejante complicación compensando la acción de reclamación del segundo pago o de la indemnización con la acción de enriquecimiento injusto que dicho segundo pago o dicha indemnización provocaría (63). Salvo que se trate tan sólo, como pensamos, de una manera de hablar para reconocer por otras vías el mismo efecto práctico apuntado, no parece correcto el planteamiento, habida cuenta de que el juego estricto de la anulabilidad y sus consecuencias jurídicas harían improcedente el mecanismo apuntado por el autor citado.

La noción de utilidad del *accipiens* abarca todo tipo de provecho patrimonial percibido, algo que corresponderá probar al que lo alegue (el *solvens*) y que el Juez deberá indagar caso por caso. Basta con que haya existido en su momento, aunque con posterioridad haya dejado de tener realidad. Pudo ser total o parcial respecto a las circunstancias de la acreencia, procediendo el complemento correspondiente en el segundo de los supuestos. De lo que no hay duda es de que, según resalta LACRUZ, también la validez del pago útil hecho al incapaz, que pronuncia el artículo 1.163, presupone la exactitud e integridad de la prestación (64), ya que en otro caso nos situamos en la esfera de la capacidad de disposición (sin que quepa hablar, empero, tal como pretende BERCOVITZ, de renuncia del acreedor), cuya ausencia tiene un tratamiento y unas repercusiones jurídicas diferentes y más graves.

Puede suceder que, aun siendo el acreedor capaz, el pago realizado al mismo resulte inválido por hallarse desprovisto el mismo de legitimación al respecto, al disponer el artículo 1.165 del Código Civil que «no será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda». La hipó-

(63) BERCOVITZ: *Comentarios...* XVI-1, *op. cit.*, pág. 85.

(64) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 85.

tesis responde a la idea de que estando afectado el crédito a algún tipo de responsabilidad patrimonial frente a terceros, se pueda eludir ésta mediante la recepción por el acreedor de la prestación que se le adeuda una vez que el deudor ha sido puesto judicialmente al tanto de aquella situación, ya que en este caso, al desaparecer la buena fe que exige el artículo 1.164 al que paga a quien «estuviere en posesión del crédito», desaparece también la validez que se predica del acto solutorio. Así la han contemplado las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1904 y 5 de julio de 1941.

Aunque el artículo 1.165 dice bien en el plano de los hechos que es al deudor a quien se ha ordenado retener la deuda (esto es, no efectuar su pago), es evidente que en el riguroso plano jurídico objeto de la retención debe ser el crédito en cuanto sólo éste entraña ventaja patrimonial. También, aunque el mismo precepto habla del acreedor, es obvio que la falta de legitimidad para el cobro en que se funda para sancionar la invalidez del pago operará asimismo en todo caso de persona distinta a aquél habilitada para recibir el pago (arts. 1.162, 1.163 y 1.164 CC).

La ley habla de orden judicial y parece, por tanto, que el mandato de la misma debe restringirse al ámbito jurisdiccional, no sólo por la expresa dicción legal, sino también porque resulta difícil encontrar fuera de aquél una autoridad con poder suficiente como para retener el crédito o negar su disponibilidad al titular. No obstante, autores clásicos españoles como MUCIUS SCAEVOLA (64^{bis}) y MANRESA (65), en posición compartida recientemente por BERCOVITZ (66), han entendido que el precepto hace referencia a la orden de cualquier autoridad legítima, aunque sea administrativa, competente para entender del asunto en que la retención surja como medida incidental.

Resolución judicial, pues, adoptada en el correspondiente procedimiento jurisdiccional, bien en trámite de ejecución de sentencia firme, bien como medida cautelar previa a ésta o bien a consecuencia del cambio de acreedor producido. HERNÁNDEZ-GIL señala como casos concretos en que la retención puede ordenarse el depósito judicial o secuestro (artículos 1.785 y 1.786 CC), el embargo obtenido en ejecución de sentencia (arts. 921 y 923 LEC), el embargo en juicio ejecutivo (art. 1.442 Ley de Enjuiciamiento Civil), el embargo preventivo (art. 1.399 LEC) y las medidas contempladas en los artículos 1.410 y 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento civil (67). En cualquier caso, empero, no bastará con que

(64 bis) MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil*, XIX, Madrid, 1957, pág. 1002.

(65) MANRESA: *Comentarios...*, VIII-1, *op. cit.*, pág. 547.

(66) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 98.

(67) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, *op. cit.*, pág. 313.

judicialmente haya sido dictada la oportuna resolución de retención del crédito, sino que hará falta además que la misma se comunique formalmente al deudor («habérsele ordenado», dice el artículo 1.163); por lo que si el deudor paga antes de tener conocimiento de aquélla, paga bien y queda liberado de su obligación, no porque no haya perdido todavía, según pretende BERCOVITZ, la legitimación que tenía, pues no es su legitimación la afectada, sino la del *accipiens*, ni tampoco porque el pago efectuado en tal caso produce sus efectos con arreglo al artículo 1.164, tal como dice HERNÁNDEZ-GIL, ya que la previsión del artículo 1.165 hace referencia a todos los supuestos de legitimación para el cobro contemplados en los artículos 1.162, 1.163 y 1.164 del Código Civil, sino tan sólo porque no ha ocurrido nada jurídicamente relevante que modifique la primigenia legitimación de *accipiens* y *solvens*.

La existencia de una orden de retención del crédito prohíbe al deudor efectuar el pago y priva al acreedor de la facultad de exigirlo. Si, pese a ella, tiene lugar el cumplimiento de la obligación, el mismo resulta inválido, el deudor podrá repetir lo pagado y no queda liberado de su vinculación. ¿Aprovechará la orden de retención a todos los que puedan beneficiarse de ella o tan sólo al concreto interesado que la solicitó y obtuvo? GARCÍA GOYENA, en relación al artículo 1.103 del Proyecto de 1851, que sirve de precedente al actual 1.163, asevera que la orden sólo favorece a los que obtuvieron e hicieron notificar la providencia judicial (*quia vigilantibus iura prospiciunt*) (68); y MANRESA, en el mismo sentido, estima que la retención únicamente aprovecha al que la pide, sin que puedan acogerse a ella aquellos otros acreedores que han permanecido inactivos y no se opusieron al pago (69). No parece que quepa pensar de otra manera, habida cuenta que el Juez dictará su providencia en vista al concreto interés alegado. En cambio, la referencia a la acción de enriquecimiento injusto a favor del deudor que pagó, a la que la doctrina suele referirse como recurso primario, no tiene tal carácter, pues el *solvens* gozará en primer término del derecho de restitución derivado de la invalidez del pago efectuado (art. 1.304 CC).

6. PAGO DE TERCERO

En cuanto la relación jurídica obligatoria se constituye entre un concreto acreedor y un concreto deudor, siempre que el pago efectuado a favor de sujeto distinto del primero tenga efectos liberatorios para

(68) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 591.

(69) MANRESA: *Comentarios...*, VIII-1, *op. cit.*, pág. 547.

el deudor deberá estimarse, *lato sensu*, que estamos ante una hipótesis de pago hecho a tercero. Ese es el planteamiento, por ejemplo, de SCHLESSINGER, para quien el pago al tercero se presenta como el medio idóneo para actuar contemporáneamente una doble función: una entre *solvens* y acreedor (relación de cobertura) y otra entre acreedor y tercero (relación de *valuta*). La explicación del pago al tercero descansaría, así, en el hecho de que mientras frecuentemente la *iusta causa* de un desplazamiento patrimonial tiene carácter unitario, en el sentido de que una misma relación justifica al mismo tiempo tanto el empobrecimiento de quien opera la atribución como el enriquecimiento de quien se beneficia, a veces el legislador admite una escisión entre *causa dandi* y *causa accipiediendi*, en el sentido de que las justificaciones de la pérdida y de la adquisición han de buscarse en dos distintas relaciones que ligan al acreedor del *tradens*, partes ambas ante las cuales se efectúa la atribución.

Partiendo, pues, del hecho de que de pago al tercero sólo puede hablarse cuando se trate del cumplimiento de una obligación *tradenti* que el deudor está obligado a ejecutar en manos de un sujeto distinto del acreedor, se explica que para dicho autor la aludida modalidad comprenda, por un lado, las distintas hipótesis contempladas en el párrafo primero del artículo 1.188 del *Codice civile* italiano (representante, persona autorizada por la ley o por el Juez para recibir el pago y persona indicada por el acreedor a los mismos efectos), y, por el otro, la figura que se conforma con ocasión de la *delegatio solvendi* cuando el delegado (promitente) asume hacia el delegante (estipulante) la obligación de ejecutar la prestación en manos del delegatario (el tercero), en cuyo caso la ejecución de la delegación aparece como el cumplimiento de una obligación que tiene a un tercero como destinatario del pago.

La consecuencia de semejante planteamiento, que SCHLESSINGER denomina «pago al tercero en sentido propio», es que el que realmente constituye genuino pago al tercero se conforme, en el sentir de dicho autor, residualmente como el pago liberatorio hecho a sujetos no legitimados para recibir, hipótesis en la que el deudor, efectuando la prestación en mano de un sujeto distinto del acreedor, se libera de la obligación, pero no realiza exactamente la prestación debida, en cuanto el *accipiens* no es el destinatario del pago. Se trataría de figuras particulares, en las que el legislador, por razones especiales, en vez de conceder al *solvens* la normalización de repetición contra el *accipiens*, dejando inalterado el derecho del acreedor, atribuye al pago hecho a un no legitimado para recibirlo eficacia extintiva en relación con la obligación, configurado de tal modo supuestos de hecho liberatorios muy distintos del pago en sentido técnico. Dichos supuestos serían los pagos efec-

tuados a favor del *negotiorum gestor* (cuando se dé el requisito del *utiliter coeptum*), del acreedor aparente, del legitimado cartular no titular del crédito, del acreedor que actúa por vía subrogatoria y del no acreedor seguido por la ratificación o por el provecho del verdadero acreedor (70).

No parece que tal sea el planteamiento correcto ni siquiera en el Derecho civil italiano, en el que si bien el artículo 1.188 del *Codice* no menciona específicamente al tercero distingue con toda nitidez entre quienes están legitimados para recibir el pago y quienes carecen de semejante habilitación, circunstancia que torna harto problemática la posibilidad de que los primeros puedan considerarse como terceros, pues, en tal caso, ¿cómo habrían de catalogarse los segundos? En nuestro Derecho no puede haber duda al respecto, ya que a la vista de los artículos 1.162 y 1.163 del Código Civil deberá entenderse por tercero tan sólo el que lo sea *stricto sensu*, es decir, toda aquella persona extraña a la relación obligatoria que reciba el pago y no sea representante del acreedor ni esté autorizada al efecto, no sea tampoco un *adiectus solutionis gratia*, ni aun siquiera acreedor aparente, pues en todos estos casos la regla es la de los artículos 1.162 y 1.164 y no la del artículo 1.163, único que se refiere al tercero como especie perfectamente diferenciada de todas las anteriores. Como dice HERNÁNDEZ-GIL, «el tercero que aquí se toma en cuenta lo es en sentido pleno» (71), o, como de manera todavía más contundente advierte LACRUZ, «tercero en este precepto (artículo 1.163), es todo aquel no autorizado para cobrar» (72).

Pues bien, a la vista de semejante posibilidad solutoria, parece lógica la pregunta de que si normalmente se excluye el pago hecho a persona no legitimada para recibirlo, ¿por qué, si se da determinada circunstancia, resulta válido el cumplimiento realizado a favor de un tercero? Como es sabido, tal circunstancia consiste en que el pago haya repercutido en provecho del acreedor, ya que, como dice el párrafo segundo del artículo 1.163 del Código Civil, «también será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiera convertido en utilidad del acreedor». El beneficio del sujeto activo de la relación obligatoria se erige, en consecuencia, en el mecanismo que permite la liberación del deudor, aunque quien reciba el pago carezca de título alguno que justifique semejante intervención. Mientras que en unos casos al tercero conformará un cobro de lo indebido que obligará a restituir (art. 1.895 CC), en otros, en cambio, se extinguirá el vínculo preexistente entre el *solvens* y el acreedor.

La doctrina española mayoritaria y la jurisprudencia (Sentencias de

(70) SCHLESSINGER: *El pago al tercero*, Madrid, 1971, págs. 39 y ss.

(71) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 311.

(72) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 85.

5 de diciembre de 1900, 20 de mayo de 1944, etc.) suelen hablar en la hipótesis que se considera de «sustitutivo del pago», de «legitimación del tercero por el resultado económico final», de que la utilidad del acreedor es «un equivalente de la ratificación» o de supuesto de «convalidación» de un pago inicialmente inválido. Para franceses e italianos, la aceptación del pago al tercero descansaría en la prescripción del enriquecimiento injusto y tendría como finalidad evitar la consecuencia de un pago duplicado, amén de que dogmáticamente cabe reputarlo válido en relación a la extinción de la obligación en cuanto de manera objetiva se haya realizado la satisfacción a que el acreedor tiene derecho (73).

ROCA JUAN considera que según el tenor del artículo 1.163 hasta la conversión en utilidad o hasta que tal utilidad del acreedor no aparezca probada, la estructura del hecho muestra el cobro por quien no tenía derecho a cobrar (cobro de lo indebido); un análisis más profundo nos permite apreciar la existencia de un *indebitum ex parte creditoris*, pero sin intervención de error, o con desaparición posterior de un error inicial no remediado con la restitución de lo cobrado. Ello determina la necesidad de que exista una vía de comunicación entre la actuación del deudor y la relación existente entre éste y el verdadero acreedor, y también que el pago al tercero nunca adquiere la eficacia del pago de una manera directa y automática, por simple aplicación de un principio abstracto de conversión en utilidad del acreedor, sino que ha de producirse una utilidad equivalente a lo que el crédito proporciona al acreedor, directamente atribuible a la actuación del deudor (74).

Ciertamente, una somera consideración de la figura en estudio permite apreciar que aunque se pague a una persona distinta del acreedor no autorizada al efecto nos hallamos fuera del campo del pago de lo indebido porque el deudor es plenamente consciente de lo que hace. El tercero, que jamás podría reclamar el cumplimiento de la obligación, cobra bien y libera al deudor a través de un mecanismo peculiar consistente en que el pago efectuado repercute en utilidad del genuino acreedor. Obsérvese que aquí no hay actuación previa o posterior (*ratihabitio*) del titular del crédito en el sentido de aceptar las resultas del acto solutorio, sino la mera existencia objetiva de una consecuencia (la utilidad que la ley estima adecuada para que aquél produzca su típico efecto extintivo).

No se trata, pues, de que la ley legitime al tercero para el cobro, ni de que estemos en presencia de un equivalente de la ratificación, por

(73) TOULLIER, DEMOLOMBE, HUC, RIPERT-BOULANGER, RICCI, PACIFIZI-MAZZONI, LOMONACO, GIORGI, PACCHIONI, CATALÀ, GIORGIANNI, BUTERA, BORSARI, NATOLI, etc.

(74) ROCA JUAN: «Validez del pago al tercero por conversión en utilidad del acreedor», en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, págs. 301 y ss.

cuanto para nada se precisa la intervención del acreedor, ni mucho menos de un supuesto de convalidación, que encontraría muy difícil encaje dentro de esta categoría, sino de una hipótesis que se formula sobre la base de consideraciones estrictamente pragmáticas. La ley estima que si el acreedor, aunque sea por la vía indirecta de la actuación de un tercero no autorizado, ha visto satisfecho su interés en la obligación, el pago debe considerarse válido porque sería injustificable dejar sin efectos la entrega efectuada para, por otros medios, volver a producir las mismas consecuencias. Que semejante situación no encaje con comodidad en alguna de las categorías jurídicas al uso es algo que no debe preocupar en exceso, ya que se trata de una simple manifestación más de la idea que recorre todo el ordenamiento civil: un acto jurídico no debe repetirse cuando sus efectos básicos se han conseguido ya. La ley, tal como advierte BELTRÁN DE HEREDIA, únicamente toma en consideración la idea de la satisfacción del interés del acreedor, con independencia de quien pague o de quien cobre (75).

Igual que se señaló en el apartado anterior, la utilidad derivada del pago deberá probarse por quien la haga valer (Sentencia de 21 de junio de 1955) y habrá de constatarse caso por caso. Sus efectos liberatorios vendrán dados en función del grado de satisfacción experimentado por el acreedor, de manera tal que si mediante el pago al tercero el acreedor percibe la misma utilidad que habría obtenido caso de ser directamente el destinatario del cumplimiento, la obligación se extinguirá íntegramente y la liberación del deudor será total; mientras que si dicha satisfacción sólo es parcial, persistirá por la diferencia la obligación y la vinculación del deudor.

¿Por qué conducto jurídico se materializará la utilidad del acreedor? Lo primero que debe aclararse aquí es que la ratificación por parte de éste del pago efectuado al tercero, nos coloca fuera de la figura en estudio, ya que ésta descansa en consideraciones estrictamente objetivas, mientras que aquélla responde a motivaciones de índole subjetiva, por lo que el Código Civil italiano de 1942 distingue con nitidez ambas hipótesis cuando en el párrafo segundo de su artículo 1.188 establece que «el pago hecho a quien no estaba legitimado para recibirlo libera al deudor si el acreedor lo ratifica o se ha aprovechado de él». Y, en segundo lugar, que no hará falta la utilización del mecanismo que se está considerando cuando por virtud de la relación jurídica que medie entre el acreedor y el tercero, éste pueda reconducirse a alguna de las situaciones previstas en el artículo 1.162 del Código Civil.

Normalmente, la utilidad del acreedor resultará cuando el tercero

(75) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 148.

se limite a entregarle lo que percibió, a la manera de simple vehículo material del pago, o cuando aun habiendo recibido la prestación un tercero era él quien en definitiva debía beneficiarse de la misma, ya que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1900, «la prescripción del artículo 1.162 no se quebranta cuando la cantidad debida se entrega a quien en definitiva ha de percibirla, aunque no sea éste quien figure como acreedor directo, pues en tal supuesto hay que entender que redundo en utilidad de dicho acreedor, según el párrafo segundo del artículo 1.163, por liberársele así de la obligación de hacer, a su vez, la entrega». ¿Mas ocurrirá lo mismo en el caso de que el *solvens* pague al acreedor del acreedor?

Se trata de una vieja y polémica *quaestio iuris* que se ha movido siempre, *tanquam umbra*, en torno a la figura del pago al tercero. Así, ya en la discusión del Código Civil francés en el Consejo de Estado, SEGUR rechazada su admisión precisamente en base a la consideración de que si el deudor paga a aquel de los acreedores de su acreedor que éste hubiese pagado después de otros más urgentes, estará perjudicando a aquél por el cual paga. A lo que BIGOT-PREAMENEAU apostillaba que en tal supuesto el pago no revierte en provecho del acreedor y la persona que lo ha hecho no puede prevalecerse del precepto (párrafo segundo del artículo 1.239 del *Code Napoléon*) (76).

Cuando el deudor paga al acreedor de su acreedor, aunque puede actuar movido por consideraciones favorables al tercero o de eludir todo contacto con su acreedor, es obvio que no pretenderá satisfacer de manera directa el interés de dicho tercero, sino el interés del acreedor, ya que sólo así logrará desligarse de la obligación que le vincula, objetivo al que enrumba su actuación. Sobre esta base de que lo que el deudor quiere cuando realiza la prestación al tercero es extinguir su crédito, utilizando como medio el pago por su acreedor, ROCA JUAN considera que ello supone convertir en destinatario del pago al tercero, pero como éste no está legitimado, no puede ser destinatario del pago por disposición unilateral del deudor. De esto debe deducirse que la validez del cobro del tercero de persona distinta de su deudor no equivale automáticamente a que sea válido frente al acreedor como pago hecho al tercero, esto es, que el pago hecho por el deudor al tercero, acreedor del acreedor, no significa que aquél queda de manera mecánica liberado de su propia deuda. Ni siquiera resulta rigurosamente cierto que haya quedado siempre satisfecho el interés del acreedor (pudo interesarle la extinción de otra deuda más urgente o más gravosa), ni que se haya logrado el resul-

(76) JOUANNEAU Y SOLON: *Discussions du Code civil dans le Conseil d'Etat*, II, París, 1805, págs. 296 y ss.

tado económico final de la obligación, aunque haya sido útil al acreedor al descargarle del peso patrimonial de una deuda (77).

El acreedor del acreedor resulta para el *solvens* tan tercero como cualquier otro y, por ende, parece natural que, no obstante ser ésta la hipótesis más comprensible y ordinaria, se apliquen a ella las mismas consideraciones que operan en el genérico pago al tercero. El deudor que paga al acreedor de su acreedor, lo primero que persigue es extinguir su propia deuda y quedar liberado de su obligación, lo que no obsta a que a semejante propósito superponga el de pagar por su acreedor y extinguir la deuda de éste. Ahora bien, puede ocurrir que, cubierto este segundo objetivo, el primero no se consiga porque de dicho pago el acreedor no haya derivado la exacta satisfacción esperada, algo que impedirá la total liberación del deudor.

Quiere todo ello decir que el supuesto de pago al acreedor del acreedor no reviste peculiaridad alguna dentro del campo del pago al tercero y que a él se aplican las mismas previsiones y exigencias que a los demás casos, sin que pueda sostenerse que de manera automática en aquél el *solvens* queda liberado tan sólo porque haya efectuado el pago a favor de quien era acreedor de su acreedor. Esta consideración no atribuye cualificación alguna al receptor del pago, que seguirá ostentando su común *status* de tercero, y, por tanto, la validez del pago efectuado a su favor se regirá por el criterio normal de «conversión en utilidad del acreedor», signado en el párrafo segundo del artículo 1.163 del Código Civil.

Parece ello del todo natural habida cuenta que sostener el carácter extintivo mecánico de tal modalidad de pago supondría colocar en manos del *solvens* unas facultades que no le corresponden e, incluso, posibilitar connivencias indeseables entre éste y el tercero. Piénsese que al acreedor puede interesarle no pagar en ese momento su débito porque quiere dar preferencia a otro o quiere retrasar su extinción, y la interferencia del deudor trastorna sus planes e, indudablemente, rebaja la utilidad que se derive del acto solutorio de éste. Aparte de que, según advierte BERCOVITZ, «permitir esa forma de pago, afirmando automáticamente la utilidad del acreedor por la cuantía de la deuda saldada, supone conceder injustificadamente al deudor poderes de gestión parcial del patrimonio del acreedor, por lo que a sus deudas se refiere» (78).

La regla será, pues, en todo caso, que habrá que estimar la utilidad del acreedor siempre que quepa afirmar que la prestación recibida por el tercero ha determinado para aquél igual tipo de provecho que si

(77) ROCA JUAN: «Validez del pago...», *loc. cit.*, págs. 308-309.

(78) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 87.

directamente la hubiera obtenido él del deudor. Existirá, por tanto, no sólo cuando el *accipiens* haya entregado al acreedor lo que ha recibido del deudor, sino también cuando el acreedor y el tercero se hayan puesto de acuerdo para atribuir a la prestación recibida por este último plena eficacia frente a sus relaciones directas, o bien el *accipiens* haya empleado a favor del acreedor cuanto ha recibido del deudor (79).

Quien ostentaba la condición de tercero cuando se realizó el pago debe seguir ostentándola cuando el acreedor intente reclamar aquello en que dicho pago no revirtió en su utilidad, ya que si ha tenido lugar la ratificación expresa o tácita del acto solutorio por parte del acreedor nos situamos fuera del ámbito del párrafo segundo del artículo 1.163 y estamos en el del artículo 1.162, pues la aceptación por el acreedor del pago efectuado al tercero transforma a éste en mandatario suyo (*ratihabitiio aequiparatur mandato*) y ya no hace falta ocurrir al criterio de la utilidad para sostener la validez del pago. Nuestro Tribunal Supremo se pronunció con reiteración sobre este extremo cuando a raíz de la terminación de nuestra Guerra Civil diversas entidades de crédito, que retornaron a manos de sus titulares originarios tras haber sido colectivizadas, intentaron volver a cobrar créditos que ya había percibido bajo esta condición; el Tribunal Supremo deniega semejante posibilidad, ya que «no cabe que se repunte por el Banco tercero a su colectivización, de la que aquél fue continuado en el orden económico, haciendo suyos el activo y el pasivo, sin que, por consiguiente, pueda aceptar lo favorable a su interés y desechar lo que sea adverso de las negociaciones que la entidad bancaria realizó en el período de dominación marxista» (Sentencia de 20 de mayo de 1944). Al no ostentar actualmente la condición de tercero quien en su momento recibió el pago, no cabe la consideración aislada de cada cobro para dictaminar si fue útil o no al acreedor: Sentencias de 23 de diciembre de 1942, 27 de abril de 1945, 18 de junio de 1948, etc.

Finalmente, si el pago hecho al tercero no se ha convertido en utilidad del acreedor, al carecer de validez el mismo, es lógico que dicho acreedor continuará conservando su derecho para obtener un segundo pago del deudor o la indemnización correspondiente, caso de que éste no sea posible. Como en tal supuesto el aludido pago resultará indebido, el *solvens* contará con la *condictio indebiti* para obtener la repetición de lo pagado (art. 1.895 CC) si se dan los requisitos de esta figura o la genérica acción de enriquecimiento injusto. Si el acreedor no pudiera obtener del deudor la satisfacción de su crédito ni *in natura* ni *in genere*, siempre podrá revolversse contra el tercero que recibió el pago ejercitando

(79) SCHLESSINGER: *El pago al tercero*, op. cit., pág. 158.

la *actio in rem verso*, ya que, como dice LACRUZ, «no pudiendo cobrar de otro modo, podría reclamar el acreedor al tercero injustamente enriquecido aquella parte de lo indebidamente cobrado por él que no se convirtió en utilidad del demandante y sí del tercero» (80).

7. PAGO AL ACREEDOR APARENTE

El cuadro de los posibles destinatarios del pago lo cierra nuestro Código Civil estableciendo en su artículo 1.164 que «el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor», precepto de no buena factura técnica que amplía de manera notable el campo del cumplimiento de las obligaciones por razones de seguridad jurídica.

Al prevalecer en el Derecho romano la regularidad del tráfico jurídico sobre la seguridad del mismo, resulta natural que no sea posible rastrear en él los precedentes de la norma, igual que ocurre respecto a la pretendida previsión de la figura por nuestras Partidas (81). En realidad, como con tanta frecuencia ocurre con las disposiciones civiles españolas, el origen mediato del precepto se halla en el pensamiento de POTHIER, «algunas veces se reputa acreedor aquel a quien se cree tal con motivos justos» (82) y el inmediato en el artículo 1.240 del Código Civil francés, a cuyo tenor, «el pago hecho de buena fe a quien esté en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sufra con posterioridad la evicción». Curiosamente, empero, la norma no tuvo acogida en el afrancesado Proyecto García Goyena.

Con todo, hay una cierta diferencia entre uno y otro artículo, ya que mientras el francés resalta la validez del pago, el español omite esta circunstancia y prefiere destacar la liberación del deudor. ¿Cuestión de matiz? Quizá no sólo eso, porque, como apunta agudamente BERCOVITZ, el legislador hispano al no pronunciarse sobre la validez del pago, ocupándose únicamente de su eficacia relevante, tal vez haya querido dejar claro que el acreedor podrá seguir reclamando la satisfacción de su crédito (83). De todas maneras, el cambio de dirección en la formulación del supuesto ya lo había hecho anteriormente el legislador italiano, pues según el artículo 1.242 del Código Civil de 1865, «el deudor quedará libre por el pago hecho de buena fe al poseedor de un crédito».

Porque lo cierto es que planteada la liberación del deudor, la pre-

(80) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 85.

(81) P. 5, 14, 6.

(82) POTHIER: *Tratado de las obligaciones*, Barcelona, 1839, pág. 334.

(83) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 89.

gunta inmediata que dicta la razón jurídica es la referente al recurso con que deberá contar el acreedor verdadero para hacer suyos los efectos económicos del acto solutorio. A diferencia de lo que ocurre en el vigente Código Civil italiano, cuyo artículo 1.189 en su párrafo segundo ha dispuesto que «quien haya recibido el pago está obligado a la restitución frente al verdadero acreedor, según las reglas establecidas para la repetición de lo indebido», el nuestro calla en tan determinante punto. LACRUZ estima que el acreedor verdadero se subroga en la posición de *solvens indebiti* del deudor liberado (84), posición que, aunque encuentra apoyo en algún fallo judicial (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1964), resulta difícilmente admisible, a falta de expresa disposición legal, porque el juego de la analogía no es posible en cuanto la genuina *condictio indebiti* supone su ejercicio por parte del que efectuó el pago y aquí, como es notorio, no ocurre tal cosa, puese el acreedor real no ha participado en el pago y el deudor de buena fe ha pagado al *falsus creditor* no tiene el derecho de repetir, ya que, como dice MESSINEO, él debía la prestación y, por otra parte, se ha liberado igualmente (85).

Por lo demás, aunque se admita por la ley el uso de dicho recurso jurídico, no deja de resultar un tanto insólito que se hable de que el acreedor aparente esté obligado a la restitución frente al acreedor verdadero, habida cuenta de que *stricto sensu* sólo cabe la restitución o repetición respecto a aquel de quien se recibió.

Parece, pues, que en nuestro Derecho no será posible el ejercicio por el *verus creditor* de la *condictio indebiti*. Ahora bien, lo que resulta evidente es que la liberación del deudor no puede suponer la pérdida del interés patrimonial de aquél ni el improcedente provecho del *falsus creditor*, algo que, en aras de proteger al deudor que confió en la apariencia crediticia, supondría una verdadera expropiación. Por ello, tiene razón Díez-PICAZO cuando advierte que, aunque el precepto no diga nada en punto a la relación existente entre el acreedor aparente que ha cobrado y el acreedor real insatisfecho, se deduce de los principios generales del sistema que éste tendrá una acción contra aquél y que dicha acción debe ser considerada como una acción de enriquecimiento sin causa (86). Claro que aquí, por tanto, operarán los criterios y límites del enriquecimiento injusto en cuanto a la obligación de indemnizar, harto diferentes de los que operan en la acción de repetición de lo indebidamente pagado.

(84) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 86.

(85) MESSINEO: *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 364.

(86) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 633.

A diferencia de la superior fórmula técnica que utiliza el artículo 1.189 del Código Civil italiano de 1942 («el deudor que realiza el pago al que aparece legitimado para recibirlo en virtud de circunstancias unívocas»), nuestro 1.164 habla con poca precisión del pago hecho a quien se encuentre «en posesión del crédito», rindiendo tributo casi un siglo más tarde a la imperfecta expresión francesa y propiciando la aparición de dudas y controversias al respecto. Porque, ¿cabe la posesión de los derechos de crédito?; y, aunque ésta sea posible, ¿se está refiriendo al precepto a dicha posesión?

En relación al primer punto, aunque la doctrina tradicional ha sido la de restringir el juego de la posesión al campo de los derechos reales («derechos susceptibles de posesión —dice en tal sentido HERNÁNDEZ-GIL— son los que recayendo sobre las cosas, se traducen en un ejercicio duradero que, como tal, se exterioriza») (87), hoy goza también de amplio predicamento la tesis de que cabe la posesión de los derechos de crédito, por más que la tutela de la apariencia crediticia no llegue más allá del efecto liberatorio que contempla el artículo 1.164 del Código Civil (88), si se da la circunstancia de que los mismos sean susceptibles de ejercicio reiterado sin extinguirse (FINZI, MONTEL, etc.), pues, como escribe ALBALADEJO, «la distinción entre derechos poseíbles o no se basa en que quepa o no tener de hecho el poder en que el derecho consiste» (89). Por aquí, al menos, no habría mayor inconveniente para admitir la posesión de algunos derechos de crédito, ya que la naturaleza obligacional de un derecho no excluye por sí sola la posesión del mismo (90).

Respecto al segundo, la opinión doctrinal es prácticamente unánime: la expresión legal no hace referencia a la idea técnica de la posesión de crédito, sino a la del acreedor aparente. En tal sentido, en la doctrina francesa hay acuerdo desde LAURENT, que resaltaba que la frase estar en posesión del crédito del artículo 1.240 del *Code* significa estar en posesión de la cualidad de acreedor, lo que supone ser un acreedor aparente (91), hasta SAVATIER, para quien, por más que sea nulo el pago hecho al que no sea verdadero acreedor, la ley exceptúa el caso de que el acreedor haya pagado a un acreedor aparente, siempre que hubiese

(87) HERNÁNDEZ-GIL: *La posesión*, Madrid, 1980, pág. 259.

(88) *Ibid.*, págs. 257-258.

(89) ALBALADEJO: *Instituciones de Derecho civil*, II, Barcelona, 1964, pág. 47.

(90) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 309.

(91) LAURENT: *Principes de Droit civil français*, XVII, Bruselas, 1878, páginas 529 y ss.

tenido razones legítimas para creerlo titular del "crédito" (92). Lo mismo ocurre con la doctrina italiana en relación al Código Civil de 1865 (GIORGI, BRUGI, RUGGIERO, etc.), y con la española, en la que, pese a algunos titubeos iniciales (MUCIUS SCAEVOLA, MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN), el grueso de los autores se inclina por la tesis del acreedor aparente (BÉRGAMO, ALBALADEJO, DE LOS MOZOS, BELTRÁN DE HEREDIA, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, etc.).

En tal sentido, a manera de ejemplo, cabe considerar el parecer de HERNÁNDEZ-GIL, para quien el concepto de apariencia, más amplio que el de posesión, es el que late en el artículo 1.164, y, por tanto, poseedor del crédito es el acreedor aparente, es decir, quien sin ser realmente acreedor se muestra como tal al exterior (93); el de LACRUZ, que, de manera altamente precisa y sintética, señala que estar en posesión del crédito es un requisito objetivo que apunta a «una apariencia perceptible y verosímil» (94); o el de AMORÓS GUARDIOLA, para quien en el supuesto en consideración no se trata del acreedor que posee el crédito, sino del que ejerce el derecho de crédito, el que actúa como acreedor o parece fundamentalmente serlo, aunque el acreedor real sea otra persona, pues el fenómeno en estudio «no es de posesión del crédito, sino de apariencia del crédito» (95). Claro que, por obvias razones, ha sido la doctrina italiana posterior a 1942 (BARASSI, BIANCA, DISTASO, SCHLESSINGER, etc.), directamente motivada por la mejor dicción del nuevo artículo 1.189, la que con mayor precisión y hondura se ha ocupado del pago al acreedor aparente.

Aunque con menor precisión y contundencia, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha orientado en esta dirección, preocupándose en un primer momento en resaltar que la «posesión del crédito exigida por el artículo 1.164 no resulta sin más de la simple tenencia del documento que incorpora el derecho de crédito, ya que, como dice la Sentencia de 4 de julio de 1944, «ha de tratarse de un acreedor aparente que esté en posesión del crédito y no meramente de uno que tenga el documento acreditativo de la deuda». En este sentido, desde tempranos momentos, nuestra Casación civil tiene declarado que el poseedor de un título nominativo de crédito no es poseedor del crédito, a los efectos del artículo 1.164, cuando no sea la persona designada en el documento (Sentencia de 6 de diciembre de 1895); y también que

(92) SAVATIER: *La théorie des obligations. Vision juridique et économique*, Paris, 1969, pág. 372.

(93) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 309.

(94) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, págs. 85-86.

(95) AMORÓS GUARDIOLA: «El acreedor aparente», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, I, Madrid, 1976, pág. 58.

la falsificación de firmas, incluso en los talones al portador presentados al cobro, impide la aplicación del artículo 1.164 (Sentencias de 28 de febrero de 1896 y 29 de noviembre de 1928); lo mismo que cuando el crédito haya sido objeto de expoliación o despojo conocido por el deudor, ya que en tal caso «no puede admitirse la existencia de la buena fe que exige el citado artículo 1.164, y que por parte del deudor debía consistir en la creencia equivocada de que los que ostentaban el crédito tenían derecho a cobrarlo» (Sentencia de 12 de junio de 1953).

Asimismo, nuestro Tribunal Supremo ha resaltado que en el caso de cesión de créditos no notificada al deudor, el cedente se configura como acreedor aparente y, si recibe el pago, el deudor queda liberado de su obligación (Sentencia de 28 de marzo de 1901). De la misma manera, también es válido el pago hecho al heredero aparente, aunque después aparezca otro heredero de mejor derecho, siempre que con antelación al pago no estuviese judicialmente ordenada la retención de la deuda (Sentencias de 12 de diciembre de 1904 y 17 de diciembre de 1924).

Ahora bien, tal como se deduce con toda claridad de las pautas jurisprudenciales recién apuntadas, la posesión del crédito, entendida en el sentido de conformar una situación de apariencia crediticia, no basta para que opere el artículo 1.164 del Código Civil, sino que hace falta además la buena fe del deudor, esto es, la convicción por parte de éste de que quien recibe el pago es el acreedor, en cuanto se comporta como tal según los signos normales al respecto. En realidad, si se observa bien, el supuesto de hecho del artículo 1.164 no entraña, frente a lo que piensan diversos autores, dos requisitos, sino uno tan sólo, consistente en la existencia de una situación externa lo suficientemente convincente y normal como para que el deudor considere que paga bien cuando realiza la prestación a favor de quien aparece legitimado por aquélla. La apariencia, pues, depende de la buena fe del deudor, pero al mismo tiempo ésta sólo puede estimarse cuando tal apariencia revista determinadas notas de razonabilidad y normalidad, en el sentido, como apunta Díez-Picazo, de que «posesión del crédito es una situación objetiva que puede considerarse soporte de la buena fe» (96).

Trátase, por ende, de una buena fe que no puede descansar en el mero subjetivismo del deudor, sino en la convicción de éste emanada de datos objetivos y fiables. Es, podríamos decir, una mezcla de la buena fe subjetiva (arts. 433 y 1.950 CC) y de la buena fe objetiva (art. 1.258 del Código Civil), en el sentido de que no basta la simple creencia o ignorancia por parte del *solvens*, pues se requiere además que se apoye

(96) Díez-Picazo: *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pág. 633.

en circunstancias convincentes. Es así que el artículo 1.189 del *Codice* de las circunstancias unívocas y que la doctrina italiana v bue-

las circunstancias objetivas de cada caso deberá juzgarse si realmente fue razonable considerar como acreedor a quien no lo era (99).

Pues bien, de la misma manera que el titular aparente según la posesión o el Registro dispone eficazmente del derecho real ajeno a favor del tercero de buena fe, el acreedor aparente también dispone del crédito ajeno en cuanto, en palabras de BÉRGAMO, «el deudor puede pagar válidamente, siempre que obre de buena fe, a quien aparece como acreedor frente a los terceros» (100). Estamos en el ámbito de la legitimación aparente o, mejor, de la legitimación por la apariencia, que hemos estudiado en otros lugares (101) y que permite a quien la ostenta disponer eficazmente del derecho ajeno con cargo al verdadero titular, y, en nuestro caso concreto, recibir válidamente el pago que se le hace, por más que todo ello no sea otra cosa que una mera consecuencia refleja —tal como ha resaltado MENGONI— de la tutela que se otorga al tercero para proteger la seguridad dinámica o del obrar jurídico (102). Es decir, en la terminología italiana que en nuestra patria importó LADARIA CALDENTY (103), se trata de una legitimación extraordinaria (de legitimación habla precisamente el artículo 1.189 del *Codice*) que permite al acreedor aparente realizar en nombre propio un acto jurídico eficaz (recibir el pago) sobre una esfera jurídica ajena (la del verdadero acreedor) (104).

8. EL PAGO A TRAVÉS DE INGRESO EN CUENTA CORRIENTE

Se plantea la interrogante de si tendrá efectos liberatorios para el deudor el ingreso hecho en la cuenta corriente (o libreta de ahorro) de su acreedor de la suma pecuniaria debida, mediante la entrega de efectivo o mediante cheque o transferencia, ya que, a pesar de ser ésta, con mucho, la forma más utilizada en el cumplimiento de las obligaciones de dinero, no existe un claro precepto legal que así lo establezca ni tampoco la doctrina especializada le ha dedicado gran atención. Por el contrario, la jurisprudencia española ha venido ocupándose del tema

(99) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, *op. cit.*, págs. 94-95.

(100) BÉRGAMO: «La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español», en *Curso de conferencias del Ilustre Colegio Notarial de Valencia*, Valencia, 1945, pág. 256.

(101) Cfr. nuestros *Estudios de Derecho civil y El tercero registral en el Derecho venezolano*, cit.

(102) MENGONI: *L'acquisto «a non domino»*, Milán, 1949, págs. 64-65.

(103) LADARIA CALDENTY: *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, páginas 13 y ss.

(104) AMORÓS GUARDIOLA: «El acreedor aparente», *loc. cit.*, pág. 77.

con reiteración y ha elaborado en torno al mismo un cuerpo de doctrina bastante razonable y coherente.

En la Sentencia de 24 de noviembre de 1943 se sientan las bases de dicha doctrina jurisprudencial al establecer que los Bancos actúan como mandatarios de los titulares de cuentas corrientes a la hora de recibir pagos; que el silencio del acreedor, pudiendo contradecir y teniendo obligación de contestar, debe estimarse como aceptación del pago, y que el lugar del cumplimiento de la obligación puede alterarse cuando quepa inferir que hay acuerdo tácito al respecto, «por resultar evidente que el cambio no acarrea el menor daño para el uno ni para el otro».

En la Sentencia de 27 de abril de 1945, sobre la base de que es notorio el hecho de que diariamente se efectúan infinidad de ingresos directos e indirectos en cuenta corriente y de que este mecanismo permite poner a disposición de su titular un crédito por el montante de lo ingresado, se afirma enfáticamente que «el ingreso en cuenta corriente cumple el requisito exigido por el artículo 1.162 del Código Civil y constituye una de las múltiples formas de pago que pueden utilizarse con fines extintivos de la obligación, siempre que el acreedor no lo rehúse justificadamente por carecer de las condiciones legales del pago en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación dineraria..., entendiéndose que, a falta de repudiación expresa, el silencio puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago».

La Sentencia de 18 de junio de 1948 da un nuevo e importante paso en esta misma dirección al resaltar que la apertura de cuenta y su pública manifestación revelan una clara invitación a quienes contratan con el titular de la cuenta para aprovechar esta facilidad en sus relaciones mercantiles, al mismo tiempo que «inducen fundadamente a estimar que los establecimientos a que se alude quedan autorizados a recibir cuantas cantidades con destino a dicha cuenta corriente se consignen, que habrán de redundar en su utilidad, ya que, dada la cualidad de la cuenta corriente bancaria, los ingresos que en ella se realizan se convierten en el acto en créditos contra la entidad receptora a disposición inmediata del titular de la cuenta a que van dirigidos».

Finalmente, en las Sentencias de 26 de noviembre de 1948, 25 de noviembre de 1950 y 16 de marzo de 1956 se insiste en la doctrina sentada por los anteriores fallos y se hace especial hincapié en las ideas de que el silencio del *accipiens* supone la tácita conformidad al pago y de que el ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1.162 del Código Civil como pago hecho a quien está autorizado para recibirlo y constituye una de las múltiples formas de eficaz extinción de las obligaciones.

Sobre la base, pues, de que el pago se ha hecho a persona autorizada por el acreedor, de que éste, conociendo el pago y pudiendo rechazarlo, guarde silencio al respecto, de que el ingreso redunda en utilidad del mismo y de que la pública manifestación de la cuenta constituye una invitación a los deudores para que la utilicen en sus pagos, nuestro Tribunal Supremo, movido, sin duda, como ha resaltado MOTOS GUIRAO, por las consideraciones de que en la vida usual de los negocios no se presentan con frecuencia supuestos litigiosos en torno a la eficacia liberatoria de los pagos realizados mediante ingreso en cuenta corriente, ya sean efectuados por ingreso directo o bien se emplee el traspaso de cuenta o transferencia, y de que estos mecanismos son objeto de una utilización notoria y constante (105), ha acogido en forma amplia, abierta y sin mayores problemas que el ingreso en la cuenta corriente del acreedor es un medio eficaz de pago de las obligaciones dinerarias.

Como es natural, semejante eficacia queda siempre subordinada al hecho de que exista consentimiento del acreedor. Ahora bien, la jurisprudencia es en extremo laxa respecto a la conformación de este requisito al exigir que la negativa del acreedor debe ser «expresa», ha de hacerse «justificadamente» por carecer el pago de las condiciones legales en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación, e, incluso, debe tener lugar «oportunamente» (Sentencia de 16 de junio de 1948), circunstancias que llevan a MOTOS GUIRAO a considerar que «el Tribunal Supremo ha invertido el orden natural y lógico que preside la estructura del cumplimiento de la prestación por el deudor», ya que «lo normal sería que estas formas especiales de pago únicamente se entendieran consentidas por el acreedor cuando en forma expresa o por actos concluyentes apareciera inequívoca su manifestación de voluntad aceptando el ingreso como forma de pago o beneficiándose del mismo» (106). ¿Son correctas estas aseveraciones?

No parecen serlo. Cuando entre acreedor y deudor exista acuerdo al respecto y lo mismo cuando se dé expresa manifestación del primero en tal sentido, carece de objeto el plantear cuestión alguna sobre la eficacia liberatoria del ingreso en cuenta corriente, ya que no nos hallamos más

(105) MOTOS GUIRAO: «Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, págs. 289-290. Señala LARENZ que en el caso de que alguien se declare conforme con que el importe que se le adeuda se transfiera a su cuenta, receptor de la prestación no es entonces el Banco, sino el acreedor mismo; y la cancelación de la deuda no se verifica al tener ingreso en el Banco la suma adeudada, sino al verificar el asiento de abono en la cuenta del acreedor, ya que mediante dicho asiento el acreedor recibe un crédito abstracto contra el Banco y la posibilidad de disponer sobre la suma adeudada: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, pág. 415.

(106) *Ibíd.*, pág. 296.

allá de la conocida y aceptada figura del *adiectus solutionis gratia*. Valga lo mismo cuando semejante disposición se revele tácitamente mediante el *factum concludentium* de que el acreedor haga de conocimiento público la existencia de la cuenta corriente en sus relaciones de negocio. Mas, ¿ocurrirá lo mismo cuando, sin mediar tales circunstancias, el *solvens* proceda a ingresar en cuenta el importe debido?

Pienso que sí, en cuanto la entrada de numerario en la cuenta corriente del acreedor significa la inmediata adquisición por el mismo de su exacto importe y, por tanto, la aplicación automática del párrafo segundo del artículo 1.163 del Código Civil que determina la validez del pago hecho a un tercero «en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor», sin que sea preciso echar mano, tal como hacen HERNÁNDEZ-GIL y DíEZ-PICAZO (107), para legitimar semejante pago, al requisito de la abstención o silencio del acreedor que conoce el pago y no se opone, pues, según atinadamente escribe BERCOVITZ, «hoy en día, dados los usos del tráfico, sus necesidades y los intereses en juego dignos de protección, quien abre una cuenta corriente está autorizando, en principio, los pagos a través de la misma y sólo se podrá oponer cuando el pago sea inadecuado o cuando existan razones especiales, intereses legítimos en base a las circunstancias concretas, que permitan considerar excepcionalmente el pago en cuenta corriente como inadecuado» (108). Ello no quiere decir, empero, que la no oposición al pago parcial implique remisión de la diferencia.

9. EL OBJETO DE PAGO. LA EXACTITUD DE LA PRESTACIÓN CUMPLIDA

De la misma manera que, según hemos tenido ocasión de considerar en las páginas antecedentes, el cumplimiento de las obligaciones requiere de unas determinadas cualificaciones en los sujetos implicados en el mismo, con la vista puesta siempre en facilitar su consumación en cuanto destino natural y propio de las relaciones obligatorias, asimismo para su plena verificación hace falta también que el programa de actuación que constituye el objeto del vínculo haya tenido cabal realización, de forma tal que el acreedor obtenga aquello que fue contemplado en el momento de generar la obligación, el deudor ejecute el comportamiento que le afectaba y la relación se extinga por el modo normal de haber quedado desprovista de contenido. Cumplimiento, satisfacción y libera-

(107) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 303; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 634.

(108) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., pág. 76.

ción, el tríptico que tiene lugar siempre en el juego de la *solutio*, sólo se cumplen a plenitud y adquieren pleno sentido y justificación cuando el programa de prestación contemplado se consuma mediante la fiel realización de aquellas actuaciones que objetivamente son precisas para su cabal plasmación.

Si, como dice SCHLESSINGER, el pago consiste en «la exacta realización de la prestación debida» (109), se entiende sin mayor dificultad que el comportamiento del *solvens* debe acomodarse perfectamente, prescindiendo ahora de los factores externos que ayudan a configurar el pago, a las exigencias objetivas de la relación obligatoria, de manera tal que la prestación adeudada sea ejecutada con toda fidelidad y el acreedor vea realizarse aquellas modificaciones patrimoniales que tuvo en mente a la hora de producir el vínculo o la ley contempló cuando se abre al nacimiento de una obligación legal. Estamos en el campo de la exactitud de la prestación cumplida, que recrea el proyecto de actuación contemplado por las partes en sus términos originarios, dota de sentido a la exigencia de cooperación que preside el mundo de las relaciones jurídicas obligatorias y que, según es corriente en las exposiciones doctrinales, se descompone en las facetas de identidad, integridad e indivisibilidad de la prestación realizada con respecto a la que en su momento fue programada.

A) *Identidad de la prestación*

Desde el Derecho romano constituye principio general en tema de ejecución de la prestación debida que *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, equivalente a la moderna exigencia de la identidad de la prestación, esto es, que entre la conducta *debitoris* contemplada como objeto de la obligación y la que el mismo observa efectivamente se produzca plena y exacta adecuación desde el ángulo de su naturaleza o sustancia. Precisamente al ser esta la regla, se conforma como excepcional la posibilidad de que en determinados supuestos quepa el *aliud pro alio* a través de mecanismo de la *datio in solutum*.

Nuestro Código Civil, sobre la base de que, como dice su artículo 1.157, «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía», dispone en el 1.166 que «el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida», e igualmente que «tampoco

(109) SCHLESSINGER: *El pago al tercero*, op. cit., pág. 30.

en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor».

En las obligaciones específicas de dar o hacer no cabe, por tanto, que se imponga al acreedor la aceptación de una cosa o un servicio distinto del que fue contemplado en el momento del nacimiento de la relación, lo que significa, contemplando la materia desde el ángulo positivo, que aquél ostenta la facultad de exigir que la prestación a recibir sea idéntica a la programada. Si tal no fuere el caso, puede lícitamente el acreedor rechazar la que se le ofrezca, sin que quepa el juego de la consignación de la cosa debida, ya que aquí sí existe razón» para no recibir el pago (art. 1.176 CC), y produciéndose, en consecuencia, un supuesto de incumplimiento con todas las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan.

Sin embargo, aun siendo cierta la regla de que el *solvens* ha de cumplir la «misma» prestación debida, cabe preguntarse si semejante identidad deberá ser absoluta y total o si, por el contrario, actuará un cierto margen de tolerancia y flexibilidad al respecto. HERNÁNDEZ-GIL asume una postura rigurosa en extremo al exigir que la identidad ha de ser total respecto de la prestación y de sus circunstancias, y que, por tanto, se refiere lo mismo a los datos concernientes a la cualidad que a los relativos a la cantidad, e incluso al lugar y al tiempo, ya que «la igualdad no viene establecida sólo con referencia a la prestación en sí, sino también con relación al modo de realizarse» (110).

Aun prescindiendo del hecho de que no resulta correcta la referencia al tiempo y lugar del pago, pues estamos en el ámbito de los requisitos objetivos del cumplimiento y no en el de las circunstancias del mismo, una postura tan extrema parece chocar con la particular atmósfera de buena fe, comprensión y permisividad que envuelve al mundo de las obligaciones en general y de su cumplimiento en particular, y que permite considerar que en el mismo un especial *vinculum equitatis* viene a superponer o añadirse al *vinculum voluntatis* querido por las partes. Identidad de la prestación, sí, pero no tan absoluta que entrase el mundo de relación y antes que facilitar entorpezca el fluido desarrollo y ejecución de las obligaciones.

Cabría, en consecuencia, admitir la posibilidad de una cierta y relativa disimilitud entre lo debido y lo cumplido, siempre que la misma no revista mayor importancia, no afecte de manera sensible al interés del acreedor y sea susceptible de encajar dentro de las exigencias de la buena fe. Un cierto margen de tolerancia que, sin daño apreciable para el acreedor, facilitaría el cumplimiento al deudor e introduciría la flexibi-

(110) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 335.

lidad conveniente para la mejor realización de los vínculos obligatorios, algo que en modo alguno es extraño a la esfera contractual y encaja sin esfuerzo en las líneas que presiden su configuración. Nuestro Tribunal Supremo no ha sido ajeno a esta preocupación y en recientes Sentencias (14 de mayo de 1965, 20 de enero de 1969, 31 de marzo de 1970, 30 de junio de 1972, 30 de enero de 1975, etc.) ha apreciado que no cabe acogerse al artículo 1.166 del Código Civil para rechazar la prestación ofrecida cuando la misma no se diferencia en forma relevante de la debida. Lo contrario supondría, probablemente, un ejercicio del derecho de crédito por parte de su titular contrario a los dictados en la buena fe, algo proscrito expresamente hoy por el nuevo artículo 7, 1, de nuestro Código Civil.

¿Cuál será el límite de esa admisible diferencia? Es obvio que se trata de una materia muy delicada y resbaladiza en la que deberán extremarse las precauciones para evitar inadecuadas lesiones a los intereses del acreedor. Sólo la contemplación de los intereses igualmente legítimos del deudor y, sobre todo, de la superior circunstancia de que se deben tomar en consideración las conveniencias del comercio jurídico y facilitar el cumplimiento de los vínculos obligatorios, todo ello adecuadamente adobado por las cautelas y exigencias emanadas de la buena fe, permitirán, caso por caso, concluir sobre la virtualidad solutoria del cumplimiento efectuado, aunque exista alguna pequeña e intrascendente disimilitud entre lo ofrecido y lo que se debía pagar y, por tanto, se quebrante la aplicación rigurosa de la regla de la identidad de la prestación. Como con tino dice BERCOVITZ, en principio y salvo pacto en contrario, el margen de tolerancia a partir del cual se podrá hablar de prestación diferente (*aliud pro alio*), mínimo en todo caso ya que la identidad se extiende a los aspectos principales y secundarios de la prestación, «habrá de determinarse por el valor, la función y los usos relativos a la clase de prestación de que se trate, de acuerdo con la buena fe» (111).

Margen que, sin duda, se amplía por inexcusables exigencias cuando nos hallemos ante una obligación genérica y las partes no hayan procedido a la precisa puntualización de las características de la prestación debida. Según el artículo 1.167 del Código Civil, «cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior». Cumplirá, por tanto, el deudor entregando la calidad medio o normal, según los usos del tráfico.

Trátase de una simple manifestación del pago de las obligaciones que,

(111) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pág. 104.

con mayor precisión técnica, otros Códigos (por ejemplo, artículo 1.178 del *Codice civile* italiano) suelen caracterizar como obligaciones que tienen «por objeto la prestación de cosas determinadas solamente en el género», y que de la misma manera, tratándose de legados, contemplan que «la elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad inferior ni de la superior» (art. 875 CC).

«El acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarle de la inferior», reza el artículo 1.167 del Código Civil. Planteamiento equitativo que equilibra adecuadamente las naturales tendencias del acreedor a reclamar lo mejor y del deudor a entregar lo peor, y que remite a lo que presumiblemente habrían querido las partes si hubieran llegado a pronunciarse sobre la calidad del objeto debido, ya que, según resalta BERCOVITZ, la no especificación de la cuestión, de forma expresa o tácita, no corresponde normalmente a una total indiferencia, sino a la idea, más o menos clara, de que se cumplirá con un ejemplar de tipo medio dentro del género determinado (112).

Ahora bien, la negativa al acreedor y al deudor en los sentidos indicados no implica paralelamente la atribución a los mismos de unos supuestos derechos a exigir o a entregar tan sólo cosas de calidad media, sino que el acreedor no podrá rechazar el ofrecimiento de objeto de calidad superior a la media, si, como escribe LACRUZ, el deudor se la entrega conforme al tenor de la obligación y sin lesión de la buena fe, ni el deudor podrá oponerse, contra lo que piensa este mismo autor, a que el acreedor le reclame la entrega de una cosa de calidad inferior a la media (113), pues, en uno y otro caso, se trata de la simple renuncia a la ventaja legalmente conferida que no tiene por qué operar en distinta dirección cuando se trate del acreedor que cuando se trate del deudor, por más que normalmente corresponda a éste la determinación del objeto a entregar.

Tratándose de deudas de dinero, por razones de comodidad, seguridad y rapidez la práctica diaria nos depara la experiencia de que las mismas son atendidas mediante la entrega de efectos de crédito que, en determinadas circunstancias, tienen efectos solutorios y operan como genuinos sustitutivos del dinero. La rigurosa exigencia de identidad de la prestación queda así un tanto en entredicho mediante esta nueva moneda «bancaria» o «libraria» que sólo se manifiesta en los asientos contables y que, aunque legalmente no tiene la consideración de dinero, *de facto* y aun *de iure* funciona como si lo fuera.

Nuestro Código Civil en estimable anticipación dispone, al respecto,

(112) *Ibid.*, pág. 117.

(113) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 86.

en los párrafos segundo y tercero de su artículo 1.170: «La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso». Si se observa bien, dos aspectos resaltan de la transcrita disposición: primero, que el acreedor no está obligado a aceptar tales efectos en sustitución del dinero que se le debe, y segundo, que, caso de que los acepte, el efecto extintivo sólo se produce cuando aquél los haya hecho efectivos o cuando, por su culpa, se hayan malogrado.

En tal sentido, existe jurisprudencia constante del Tribunal Supremo resaltando que la entrega de los documentos mercantiles no produce las consecuencias del pago hasta que tenga lugar su conversión en moneda efectiva de curso legal, a menos que el acreedor haya renunciado a semejante beneficio (Sentencias de 13 de enero de 1902, 28 de marzo de 1909, 18 de junio de 1914, 17 de enero de 1918, 28 de octubre de 1924, 5 de julio de 1944, 2 de junio de 1946, 26 de noviembre de 1948, 25 de enero de 1950, 20 de enero de 1976, etc.). La función solutoria tardía de tales títulos de crédito se hace descansar tanto en la credibilidad y confianza que los mismos despiertan como en la figura jurídica que suelen entrañar, bien sea un mandato, un aval o un descuento. Con todo, los Bancos, cuando reciben estos instrumentos de crédito, siempre estampan en ellos la cláusula «salvo buen fin», al objeto de que no exista duda alguna de que la aceptación queda condicionada al hecho de su cobro o realización.

Resulta, por tanto, que en cuanto los documentos mercantiles no son en sí dinero, sino tan sólo incorporan un derecho a obtenerlo, la recepción de los mismos no cabrá considerarla como cobro efectivo del crédito, pues se trata de obligaciones pecuniarias, sino más bien medio o instrumento para facilitar el cobro. Es decir, no estamos en presencia de una auténtica *solutio*, pero tampoco ante una *datio in solutum*, ya que no se produce de manera automática el efecto extintivo y la liberación del deudor cual ocurre en ésta. HERNÁNDEZ-GIL considera que la figura jurídica es una situación intermedia entre la dación en pago y la cesión del crédito, en el sentido de que la prestación consistente en el abono directo del dinero se sustituye por la de su abono indirecto (114). No parece que exista necesidad de llegar a esta construcción híbrida, a caballo entre la *datio in solutum* y la *cesio pro solvendo*, si se advierte que, en principio, el pago sólo tiene lugar cuando se obtiene el numerario,

(114) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 419.

lo que revela que estamos ante un simple mecanismo para facilitar y agilizar los pagos.

Lo que sí produce, naturalmente, la aceptación de los títulos es la suspensión de «la acción derivada de la obligación primitiva», esto es, que el acreedor no puede instar su cumplimiento mientras no sea manifiesto que no es posible la realización de aquéllos, ya que su actividad debe orientarse ahora, por virtud de los nuevos instrumentos solutorios puestos en juego, a obtener la efectividad de los mismos.

El mismo efecto que la realización de los documentos mercantiles produce el hecho de que éstos no lleguen a materializarse en la entrega de la cantidad de dinero que representan por acto imputable al deudor («se hubiesen perjudicado», dice gráficamente el artículo 1.170 del Código Civil), pues parece obvio que en tal caso le resulta negativa de la malicia o negligencia del acreedor (no instar el protesto tempestivamente, por ejemplo) debe soportarles éste y no el deudor, tal como es doctrina constante del Tribunal Supremo (Sentencias de 8 de noviembre de 1933, 5 de julio de 1944, 28 de enero de 1958, 24 de febrero de 1973, etc.). De lo que no cabe dudar es que, como resalta LACRUZ, en dicho supuesto, en el crédito incorporado al documento, en cuanto subsista al perjuicio del pagaré o la cambial, queda subrogado el acreedor negligente (115).

B) *Integridad de la prestación*

La exactitud en la ejecución de la conducta debida a que está compelido el deudor por la sustancia misma del pago exige, junto a la identidad, la integridad de la prestación. El deudor debe realizar la misma e íntegra prestación debida, de manera tal que el cumplimiento comprenda no sólo la cualidad, sino también la cantidad de lo que se debe. El acreedor tiene derecho a exigir que su crédito sea satisfecho por entero, totalmente o a cabalidad, ya que, como dispone el artículo 1.157 del Código Civil español, «no se entenderá pagada una deuda sino cuando *completamente* se hubiere entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista». O, si se prefiere, la exactitud de la prestación cumplida reclama que se respeten tanto los aspectos cualitativos como los cuantitativos de la misma, exigencia que se materializa, respectivamente, en la identidad y en la integridad del programa prestacional contemplado en la obligación, sin que quepa en este último sector tomar en consideración la situación personal del deudor (116).

(115) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 87.

(116) Curiosamente, el Derecho civil español actual, a diferencia de lo que

En tal sentido, nuestro Tribunal Supremo ha enfatizado que no se entenderá efectuado el pago de una deuda, sino en cuanto se haya satisfecho en su integridad, «con la entrega de la cosa y el precio» (Sentencia de 28 de abril de 1906). Que el artículo 1.157 exige para entender extinguida la obligación que el pago sea «completo» (Sentencia de 21 de mayo de 1910). Que no cabe entender pagada una deuda a no ser que «se hubiera entregado completamente la cosa» (Sentencia de 18 de junio de 1944). Que el pago sólo extingue las obligaciones cuando se ha pagado la deuda «cumplidamente» (Sentencia de 20 de marzo de 1925). Que el artículo 1.157 tiene por único objeto la determinación de que no se entenderá hecho el pago de una deuda, sino en cuanto se haya solventado ésta en su «integridad», «completamente» (Sentencia de 14 de mayo de 1926). Y en similar sentido las Sentencias de 15 de octubre de 1946, 9 de julio de 1948, 11 de marzo de 1957, 8 de junio de 1963, etc.

Si, de conformidad con el artículo 1.197 del Código civil, la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados», se entiende que el requisito de la integridad de la prestación sólo podrá considerarse cubierto cuando se haya puesto a disposición del acreedor el principal y los rendimientos, frutos, accesorios y pertenencias del objeto de la obligación. La regla será, pues, que el deudor tan sólo quedará liberado de su débito cuando realice todos los actos precisos para que la totalidad de la sustancia y consecuencias patrimoniales de la prestación haya pasado a corresponder al acreedor incorporándose a su activo. La prestación debe realizarse «por entero», y ello supone que la actividad solutoria del deudor debe extenderse tanto a la originaria configuración de aquélla como a todo lo que sea consecuencia o derivación jurídica de la misma, de manera tal que sólo se entenderá realizado el pago completo o íntegramente cuando

ocurría en el Derecho castellano histórico, no ha respetado la vieja figura romana que los intérpretes denominaron *beneficium competentiae*, en cuya virtud ciertos deudores (cónyuges, ascendientes y descendientes, patronos, militares, socios, donantes, quebrado que cedió sus bienes, deudor de la dote, etc.) sólo eran condenados en la medida de sus posibilidades (*condemnatio in id quod debitor facere potest*), permitiéndoseles conservar lo indispensable para su mantenimiento de acuerdo con su posición social, ya que, como dicen las fuentes romanas, «en el fallo referente a aquellas personas que son condenadas a lo que pueden hacer, no se les ha de quitar todo lo que tienen, sino que se ha de tener consideración de los mismos para que no queden en la indigencia» (D. 50, 17, 173; D. 42, 1, 6 y 18). De todas maneras hay que resaltar que el *beneficium competentiae* reduce tan sólo la condena, pero no la obligación; por tanto, si el deudor favorecido mejora en el futuro su situación patrimonial, vendrá obligado a pagar lo que restase para cubrir el monto total de crédito: CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano*, op. cit., págs. 760-761.

la totalidad de los complementos o emisiones de objeto debido hayan pasado a manos del acreedor.

Así, deberán entregarse al titular del crédito los frutos de cualquier clase que haya producido la cosa debida (art. 1.095 CC), y, por tanto, los intereses devengados por la deuda. Respecto a este último aspecto, resulta tan evidente la consideración legal de que capital e interés constituyen un todo unitario e integran un único débito a la hora del cumplimiento de la obligación que, según el artículo 1.110 del Código Civil, «el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos», algo que no significa, según pretende BELTRÁN DE HEREDIA *a sensu contrario*, que la obligación de entregar el capital comprende también la de los intereses cuando éstos existan (117), sino que éstos no tienen la consideración de deuda autónoma y, por ende, deben acompañar al principal si se quiere que el pago tenga lugar de manera total. De la misma manera, como advierten las Sentencias de 8 de julio de 1952 y 11 de marzo de 1957, la consignación sólo es correcta si se depositan los intereses junto con el capital.

Igualmente, instada la ejecución forzosa por el procedimiento del juicio ejecutivo, las costas procesales se integran en la deuda junto con el principal y los intereses del mismo (art. 1.443 LEC) y deberán satisfacerse con ellos si se quiere que el pago sea íntegro. Y en cuanto «los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor» (artículo 1.168 CC), su descuento del monto de lo debido determinará, como dice HERNÁNDEZ-GIL, la falta de integridad en el cumplimiento, cosa que no ocurre con los gastos de la consignación, pues éstos corren a cargo del acreedor (art. 1.179 CC). La consecuencia obligada de todos estos señalamientos en torno a cuándo ha de entenderse cubierta la exigencia de la integridad de la prestación es que, según declara la Sentencia de 30 de enero de 1958, debe considerarse subsistente una deuda correspondiente al importe de intereses y costas después del pago del principal.

C) *Indivisibilidad de la prestación*

Mientras la identidad hace referencia a que se trate de la «misma» prestación y la integridad a que se realice «por entero» o «completa», la indivisibilidad concierne a que el cumplimiento obligacional para ser tal ha de verificarse en «un único instante» (la «misma», «entera», y «única» prestación podría ser la fórmula para referirse a las condiciones

(117) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento...*, op. cit., pág. 212.

de identidad, integridad e indivisibilidad que se reclaman del objeto de la obligación a la hora de su cumplimiento). Y ello con indiferencia de que la obligación sea divisible o indivisible porque la regla, que se configura como un genuino derecho del acreedor, es que el cumplimiento es siempre indivisible aunque se refiere a obligaciones que sean divisibles, ya que el acreedor no puede ser compelido a que se distribuya en el tiempo la realización de la prestación debida. El deudor, sea cual sea la naturaleza del vínculo, de la misma manera que no puede restringir el pago a una fracción de lo que debe, tampoco puede verificar el mismo por etapas o en momentos diferentes, aunque la prestación, fácticamente, sea susceptible de división, porque el acreedor tiene derecho a que el pago se efectúe en un solo acto. Es por ello que el artículo 1.220 del *Code Napoléon* ha establecido que «la obligación susceptible de división debe ser ejecutada entre acreedor y deudor como si fuera indivisible», prescripción que responde, como acertadamente señala BELTRÁN DE HEREDIA, «al principio de que toda obligación debe ser cumplida no sólo enteramente en cuanto a entidad física, sino también de una sola vez en cuanto a actuación cronológica» (118).

Nuestro Código Civil (párrafo primero del artículo 1.169) dispone que «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consiste la obligación». Previsión del todo natural porque aparte del interés que puede tener el acreedor en recibir la prestación *uno actu*, que tan gráficamente resalta POTHIER al señalar que si recibe varias y pequeñas suma en diferentes momentos se dificulta su empleo útil y se facilita su gasto improductivo (119), lo cierto es que el derecho de crédito confiere a su titular una posición jurídica que le permite instar su realización en forma temporalmente unitaria. Reputar al cumplimiento jurídicamente indivisible es algo que brota con tanta naturalidad de la sustancia y función misma del derecho de crédito como lo pueden ser la exigencia de que la actuación del deudor debe cubrir cabalmente la identidad y la integridad de la prestación debida.

El deudor vulnera el derecho de crédito lo mismo cuando intenta pagar algo diferente o menor de lo que debe que cuando pretende repartir en el tiempo la ejecución de la prestación. Y ello con indiferencia de que la naturaleza de ésta permita semejante distribución o fraccionamiento temporal, pues aquí la indivisibilidad del pago viene impuesta como

(118) *Ibid.*, pág. 213.

(119) POTHIER: *Tratado...*, op. cit., n. 68.

(120) LACRUZ: *Elementos...*, II-1, op. cit., págs. 87-88.

garantía del derecho que el acreedor tiene «a exigir que se realice en un único momento» (120). Ahora bien, del hecho cierto de que el cumplimiento deba reputarse en principio como indivisible, pretende derivar HERNÁNDEZ-GIL la consecuencia de que «para que una obligación sea y se cumpla como divisible, no basta sólo la susceptibilidad de la misma para la división, sino que se requiere también que se excluya la vigencia del principio general de la indivisibilidad del cumplimiento» (121); lo que a nuestro modo de ver no resulta del todo exacto porque una obligación no deja de ser divisible en razón de que deba cumplirse de una sola vez, ya que la divisibilidad que se predique de un vínculo no hace referencia al cumplimiento del mismo (el mismo HERNÁNDEZ-GIL resalta con acierto que «el cumplimiento es siempre indivisible, aunque recaiga sobre obligaciones que de suyo sean divisibles»), sino a la particular textura de su objeto que permite, sin detrimento ni daño, el fraccionamiento material o ideal, ya que, como advierte LACRUZ, «será divisible la prestación cuando, por su naturaleza, se deba desarrollar durante un período de tiempo o en tiempos distintos, y asimismo si se ha convenido la divisibilidad» (122).

Tratándose de obligaciones en íntima relación, de manera tal que carezca de sentido la existencia de unas sin las otras (obligaciones conexas), BERCOVITZ piensa que se les debe aplicar también la pauta del artículo 1.169 del Código Civil (123). Aunque la conclusión tiene sentido lógico y justificación práctica suficiente, quizá sería más apropiado remitir el tema al ámbito de la ejecución o cumplimiento de los contratos, ya que el pago, en cuanto verificación de una concreta obligación, no puede ni debe sacarse del escueto campo de las particulares relaciones obligatorias. En cuanto a las obligaciones cuyo cumplimiento tiene lugar a plazos, es obvio que la exigencia de indivisibilidad deberá contemplarse respecto cada uno de los pagos parciales. Valga lo mismo para las *in genere*, obligaciones de ejecución periódica. Y, en fin, en el caso de las obligaciones de ejecución continuada, en cuanto por prestación debe entenderse la que resulte en el momento último de la total existencia de aquéllas, parece natural también que el requisito de la indivisibilidad se entienda cubierto mientras el deudor observe la conducta debida e infringido en el instante en que el mismo interrumpa, suspenda o se niegue a realizar la referida conducta. En uno y otro caso, la razón estriba en que, como recuerda MESSINEO, mientras en el contrato de ejecución periódica existen varias prestaciones que se presentan en fe-

(121) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 338.

(122) LACRUZ: *Elementos...*, II-1, op. cit., pág. 88.

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

chas establecidas de antemano, en el contrato de ejecución continuada se da una sola prestación, aunque sin interrupción (124).

No obstante, como es natural, en materia de la indivisibilidad del cumplimiento nos hallamos en el ámbito del Derecho dispositivo y prima, por tanto, la autonomía de la voluntad de las partes. Puestas las mismas de acuerdo, quedará excepcionada la unidad de la prestación y podrá el deudor proceder a la extinción del débito mediante la acumulación de pagos sucesivos, tal como recoge el propio artículo 1.169 del Código Civil, que impone la exclusión de la divisibilidad, «a menos que el contrato expresamente lo autorice». Considera HERNÁNDEZ-GIL que, según el sentido literal del precepto, parece que se requiere una voluntad expresa y previa, esto es, exteriorizada en el acto constitutivo de la obligación, pero, en su opinión, no es indispensable que se trate estrictamente de una declaración de voluntad expresa (125).

Creemos que esa debe ser la conclusión, la de que procederá admitir la ejecución fraccionada de la prestación siempre que de una u otra forma resulte, incluso tácitamente, que la voluntad de las partes o de la ley fue la de permitir que el deudor pudiera liberarse de la obligación mediante pagos parciales, aunque ello no resulte manifestado en forma expresa. Aquí, como en tantos otros artículos de nuestro Código Civil (artículos 463, 476, 901, 905, 1.090, 1.100, 1.137, 1.153, 1.508, 1.610, 1.755, 1.767, 1.768, 1.827, etc.), cuando la ley utiliza los términos «expreso» y «expresamente» lo que en realidad reclama es que se trate de algo que tiene lugar realmente, verdaderamente, no en forma presunta, de manera explícita, específicamente, efectivamente, esto es, que exista en la realidad de las cosas con indiferencia de cuál sea el vehículo para su plasmación.

De la misma manera que se puede excluir la indivisibilidad de la prestación mediante acuerdo de los interesados, cabe también, en cuanto se trata de un beneficio del acreedor, que éste renuncie al mismo en cualquier momento de la existencia de la obligación, incluido aquel en que tiene lugar el pago. Dice bien, pues, HERNÁNDEZ-GIL cuando advierte que «si se ha entregado una cantidad que no es el total, pero la recibe y acepta el acreedor, es indiscutible que, aunque nada diga expresamente el contrato ni haya mediado un convenio posterior, vale como cumplimiento parcial»; en cambio, no nos parece acertado su parecer, que sigue BERCOVITZ, de que la aceptación de pagos parciales no entraña la novación en cuanto al resto, es decir, que, aceptado su fracciona-

(124) MESSINEO: *Doctrina general del contrato*, I, Buenos Aires, 1952, página 431.

(125) HERNÁNDEZ-GIL: *Derecho de obligaciones*, op. cit., págs. 338-339.

miento, se habrá producido un pago parcial, pero el deudor no puede pretender la aplicación para el futuro del mismo régimen de fraccionamiento (126).

Cierto que la aceptación por el acreedor de un pago parcial no supone novación de la obligación, pero no en razón de que quede inafectado el cumplimiento del resto de prestación que subsiste, sino en base tan sólo a que no se ha mutado la naturaleza de la obligación, pues ésta era divisible antes (en cuanto ha sido posible su ejecución fraccionada) y divisible continúa siendo ahora. Aceptar que, no obstante la regla genérica de indivisibilidad del pago aunque la prestación sea divisible, se realice un cumplimiento parcial no significa novar la obligación, ya que ningún *aliquid novi* aparece en la estructura de la misma ni tiene por qué existir *animus novandi*, sino únicamente que el acreedor se aviene a la satisfacción de su crédito por partes, renunciando, incluso mediante *facta concludentia*, a su prerrogativa legal del pago entero y de una sola vez.

Excluido, por improcedente, que quepa plantearse siquiera el supuesto de la novación, parece que en cuanto la aceptación de un pago parcial implica por parte del acreedor la admisión del fraccionamiento solutorio, lo lógico es concluir que para el futuro esta deberá ser la situación, pues si el acreedor ha manifestado su voluntad al respecto debe estimarse que subsiste la misma y que no puede volver sobre sus pasos negándose a recibir posteriormente sucesivos pagos parciales, en cuanto ha renunciado a la facultad que le correspondía, ha generado la facultad de signo contrario en el deudor y *adversus factum suum quis venire non potest*.

Amén de por el acuerdo de las partes y por la voluntad unilateral del acreedor, la regla de la indivisibilidad del cumplimiento resulta excepcionada para casos específicos por distintos preceptos del Código Civil, tales como los artículos 1.163, 1.174, 1.175, 1.592, 1.684, 1.837, etcétera, en los que, como dice LACRUZ, se presupone la voluntad del acreedor para cobrar parcialmente (127), o bien se coloca en primer plano la conveniencia del mismo a dichos efectos.

¿Podrán los Jueces fraccionar el pago en uso de la facultad que les confiere el párrafo tercero del artículo 1.124 del Código Civil? LACRUZ piensa que no y del mismo parecer es BERCOVITZ, quien recuerda, al respecto, que ya GARCÍA GOYENA había señalado en relación al artículo 1.094 del Proyecto de 1851 (antecedente del actual 1.169) que aunque la mayor parte de los Códigos extranjeros, siguiendo al Derecho romano, autorizan al Juez para conceder plazos moderados, «la Comisión, a pesar

(126) *Ibíd.*, pág. 339.

(127) LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, II-1, *op. cit.*, pág. 88.

de haber admitido el prudente arbitrio del Juez en los artículos 1.042, 1.648 y en otros, lo desechó en esta materia por temor a abuso» (128).

Sin embargo, a pesar de estos antecedentes, parece razonable considerar que si, en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones recíprocas, el Tribunal puede denegar la resolución que se demande caso de que «existan causas justificadas que le autoricen para señalar plazo» (párrafo tercero del artículo 1.124 del Código Civil), cabe que el órgano judicial considere como una de esas «causas justificadas» el pago parcial realizado por el deudor, y, al rechazar la resolución pedida, estime que ha tenido lugar el cumplimiento (siquiera fraccionado) de la obligación y conceda plazo para la entrega del resto, autorizando, por ende, la divisibilidad del pago. A la misma conclusión conduce la aseveración de Díez-PICAZO en el sentido de que la negativa del acreedor a recibir una prestación parcial puede ser contraria a la buena fe cuando la parte que falte sea muy escasa y su interés quede satisfecho, por lo menos en su mayor medida, con la prestación ofrecida (129). Curiosamente, la Compilación del Derecho civil foral de Navarra admite que «puede compelerse al acreedor a que acepte el pago parcial de una cantidad cuando el deudor garantice el pago de la cantidad restante» (párrafo segundo de la Ley 493). Fórmula muy razonable y práctica.

Finalmente, el propio artículo 1.169 del Código Civil en su párrafo segundo contempla otra excepción a la regla de la indivisibilidad del cumplimiento al disponer que «sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda». Se trata de algo muy conveniente para evitar que, con la excusa de la falta de liquidez de una parte del débito (normalmente secundaria, como frutos, intereses o gastos), se retrase maliciosamente el pago del principal ya líquido o se resista la entrega que pretende el deudor, solución mucho más lógica y prudente que la de «aceptar el pago a través de una cantidad aproximada, a reserva de su determinación exacta posterior» (130). Aunque BERCOVITZ piense que no cabe descartar la aplicación de este precepto a todas las obligaciones de dar e, incluso, de hacer y no hacer, lo cierto es que el mismo sólo tiene sentido, pues sería de imposible aplicación

(128) GARCÍA GOYENA: *Concordancias...*, op. cit., pág. 587.

(129) Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 635. También LARENZ considera que puede ocurrir que el acreedor no tenga interés especial en recibir la prestación inmediatamente, en cuyo caso se permitirá al deudor, a tenor del principio de buena fe, el realizar entregas parciales en cortos intervalos; y sobre todo el acreedor no podrá rechazar la prestación cuando falte una parte insignificante de ella: *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., pág. 254.

(130) BERCOVITZ: *Comentarios...*, XVI-1, op. cit., págs. 126-127.

por ausencia de la *fattispecie* del mismo respecto a dichas variedades obligacionales, respecto a las obligaciones relativas a la entrega de cosas fungibles y, de manera muy particular y casi exclusiva, en el campo de las obligaciones pecuniarias.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Profesor Extraordinario
de la Universidad de Zaragoza