

Pago indebido subjetivo y mecánica de la relación obligatoria^(*)

SUMARIO: 1. *Las dos tradicionales figuras del pago indebido subjetivo y la teoría de la relación obligatoria.*—2. A) *El pago indebido subjetivo «ex latere solventis».* Tendencia a la objetivación de la relación obligatoria y tentativa de reconstruir la figura como cumplimiento por tercero con vicio de error.—3. *El momento fundamental del cumplimiento por tercero.* Declaración del *solvens* de referir la prestación a una relación ajena.—4. *Análisis del caso de pago indebido que satisface el interés del acreedor.* Mecanismo que permite incidir sobre una relación ajena.—5. B) *El pago indebido subjetivo «ex latere accipientis».* Pago a un tercero no legitimado, y dinámica de la obligación. Examen especial de la ratificación del pago efectuado en favor del no acreedor.—6. *El pago indebido «ex persona creditoris» como elemento constitutivo de un más amplio supuesto de hecho de extinción de la obligación.* Mecanismo del pago hecho al acreedor aparente. Heterogeneidad de la categoría del pago indebido *ex persona creditoris*.—7. *El problema de la legitimación del verdadero acreedor contra el «accipiens».* Límites de la delegación. Naturaleza de la acción concedida al verdadero acreedor, en caso de pago a persona aparentemente legitimada.

PRELIMINAR

Allá por el año 1854, un hombre genial y clarividente escribió y publicó estas palabras: «En Derecho, como en todo, lo existente será reemplazado por lo nuevo; todo lo creado está llamado a desaparecer». Y he aquí que estas revolucionarias ideas... se hallaban inmersas en el contexto general de una obra que, de principio a fin, constituía un verdadero himno de admiración hacia el genio creador del Derecho romano. Aquel hombre (como el lector ya habrá podido adivinar) se llamaba RODOLFO VON IHERING.

(*) *Indebito soggetivo e attuazione del rapporto obbligatorio*, Ed Cedam, Padua, 1974. (Separata y extracto de la *Rivista di Diritto Civile*, año XX, 1974, tomo I.) Traducción española expresamente autorizada por la Editorial Cedam, precisamente en favor de esta Revista.

Sirva este breve exordio de enseñanza para todos aquellos que, con indisimulada expresión de fastidio, fruncen el ceño cuando se les anuncia que se va a hablar de un «tema eterno», quizá porque piensan que «eternidad» es sólo sinónimo de «antigüedad», o peor aún: de estéril bizantinismo, bien adornado, eso sí, de hojarasca erudita.

Y erran quienes así piensan: la «eternidad» de un tema jurídico no puede ni debe ser determinada en función de su legítima filiación romana, ni de su cristalización (más o menos perfecta) en los cuerpos legales, ni siquiera en función del número de páginas que los autores le hayan dedicado a lo largo de los siglos. La «eternidad» ha de ser medida con otros parámetros. Por ejemplo: el de su incidencia en otras ramas del Derecho, especialmente el Derecho bancario y financiero. O el parámetro de las sentencias de los Tribunales, prueba incontestable de su cotidianeidad. Y, sobre todo, de su operatividad.

El tema que hoy ofrecemos es, a la vez, «clásico» y «eterno»: el pago de lo indebido. Nuestro invitado de hoy, el profesor italiano ENRICO MOSCATI, comparece por tercera vez en las páginas de nuestra REVISTA para demostrarnos (brillantísimamente, como en él es habitual) que el tema es panis noster quotidianus, hoy más que nunca, y en modo alguno un divertimento (?) para eruditos a la violeta... o a la losa de plomo y granito.

MOSCATI, como IHERING, es a la vez «tradicionalista» y «progresista». Admite y respeta la tradición jurídica en lo que ésta tenga o pueda tener de flexibilidad para adaptarse a las cambiantes e inexorables exigencias del momento actual. Admite, por exigencias de tráfico, el favor creditoris en el pago por tercero, pero no descuida la tutela al solvens frente a posibles insolvencias del deudor. En ningún momento, a lo largo de su exposición, olvida MOSCATI que el Derecho es ars boni et aequi, y de ahí sus constantes alusiones a la bona atque diligens fides...

Todo esto, y mucho más, nos ofrece hoy el joven profesor italiano en este lúcido trabajo, cuyas conclusiones juzgamos perfectamente «de recibo» en nuestra doctrina, en nuestra futura jurisprudencia y, por supuesto, en el espíritu de nuestra actual legislación.

LAS DOS TRADICIONALES FIGURAS DEL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO Y LA TEORIA DE LA RELACION OBLIGATORIA

De entre las dos figuras de pago de lo indebido que el legislador de 1942 ha creído necesario acoger, incluso formalmente, dentro del *Codice* (1), el pago indebido subjetivo *ex latere solventis* presenta para el estudio un interés no inferior al que pueda suscitar la categoría más amplia del pago indebido objetivo. Evidentemente: si bajo cierto aspecto, el

(1) Parte de la doctrina entiende que el vigente Codice ha acentuado la contraposición entre pago indebido objetivo y subjetivo (en tal sentido, *vid.*, por todos, RESCIGNO, epígrafe «Ripetizione dell'indebito», en *Noviss. Dig. it.*, XV, Turín, 1968, págs. 1223 y ss., especialmente 1227). La rúbrica de los artículos 2.033 y 2.036, añadida a la persistente diversidad de disciplina de ambas figuras, parece manifestar la intención del legislador de reconocer, incluso formalmente, una distinción ya arraigada de mucho tiempo atrás en la conciencia jurídica. En realidad, y como creemos haber demostrado en otro lugar (*Il pagamento dell'indebito*, Milán, 1973, edición provisional, págs. 21 y ss.), la vigente disciplina legal se separa de la del anterior Código bastante menos de lo que a primera vista aparece: el artículo 2.033 viene a desempeñar el mismo papel que el anterior 1.237, 1, toda vez que ambos preceptos enuncian el principio de la repetibilidad de la prestación no debida. Los artículos 2.034-2.040, al igual que los artículos 1.145-1.150 del anterior Codice, se limitan a precisar detalladamente el contenido de la institución, aunque los artículos ahora vigentes representan un indudable progreso técnico respecto a la anterior formulación. El artículo 2.036 solamente en apariencia contrasta con el 2.033, y solamente partiendo de una inexacta reconstrucción del fenómeno resultaría viable centrar en el error del *solvens* el fundamento de la repetibilidad del pago indebido *ex persona debitoris* (así, textualmente, OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milán, 1947, pág. 328, nota 2). Lo cierto es que la *condictio indebiti* tiene un fundamento rigurosamente unitario: la repetibilidad de la prestación es consecuencia de la falta «objetiva» de la causa de la atribución, mientras que el error del *solvens* asume un papel marginal y ulterior, como se deduce del hecho de que el legislador considera al artículo 2.036 en su aspecto de satisfacción del interés creditorio (así, MOSCATI, ob. cit., págs. 37 y ss.). En estricto rigor, la irrepetibilidad de la *solutio* viene a funcionar como una especie de «sanción» del ordenamiento contra el *solvens*; dicho con otras palabras, cuando la prestación es indebida no ha lugar a la prevalencia del interés del *solvens*, si éste no ha valorado—culposamente—la realidad de las cosas. Tal ocurriría cuando, sobre la base de una normal diligencia, hubiera podido llegar a la conclusión de no ser el verdadero deudor de una relación obligatoria existente, pero referida, en su aspecto pasivo, a persona distinta de él. (En este sentido, *vid.* recientemente MOSCATI, «Del pagamento dell'indebito», en el *Commentario del Codice civile*, a cargo de SCIALOJA y BRANCA, libro IV, «Delle obbligazioni», arts. 2.036-2.040, Bologna-Roma—edición provisional—, 1973, págs. 14 y 15. *Vid.* igualmente BRECCIA, «Note in tema di pagamento non dovuto, fatto illecito e irrepetibilità della prestazione», en los *Studi in onore di E. Graziani*, Pisa, 1973, págs. 89 y ss., especialmente 96 y 97. En torno a la particular dignidad de la posición del *accipiens*, que, siendo el verdadero acreedor, recibe «lo suyo», *vid.*, por todos, GIORGIANNI, epígrafe «Pago-Derecho Civil», en el *Noviss. Dig. it.*, XII, Turín, 1965, págs. 321 y ss., esp. página 324; RESCIGNO, ob. cit., pág. 1232; SACCO, «Quale azione spetta al debitore cambiario che abbia pagato sia all'ammortante sia al detentore del titolo ammortato», en *Riv. Dir. Comm.*, 1952, I, págs. 233 y ss., esp. 239.)

artículo 2.033, al enunciar (aunque en forma menos solemne que el artículo 1.237, 1, del anterior *Codice*) el principio de la causalidad del pago, asume un papel primordial respecto al resto de las normas rectoras del pago indebido, es innegable, por otra parte, que las muchas y muy importantes conexiones del pago indebido subjetivo con la teoría de la relación obligatoria justifican un tratamiento autónomo del mismo dentro del modelo general de la causa de la atribución.

Nuestra doctrina, no obstante (2), ha afrontado el problema del encuadramiento dogmático del pago indebido subjetivo partiendo preferentemente del ángulo visual del pago indebido *ex persona debitoris* (artículo 2.036), sin apenas profundizar en la segunda y tradicional figura: la que tiene lugar cuando el *solvens* es deudor, pero la prestación se ha efectuado a persona que no es el verdadero acreedor. La falta de una expresa regulación legal en la *sedes materiae*, y la consideración de que el pago efectuado al no acreedor no habría de incidir sobre la relación obligatoria preexistente (3), han inducido a la doctrina y a la jurisprudencia a reconducir, a pesar de alguna que otra inicial vacilación (4), el pro-

(2) En la doctrina alemana, por el contrario, siempre se ha dedicado una especial atención a la disciplina de la *condictio* en las relaciones trilaterales, en caso de inexistencia o nulidad de las relaciones de provisión o de valuta. Sobre este punto, *vid.* por todos KUNISCH, *Die Voraussetzungen für Bereicherungsansprüche in Dreicksverhältnissen*, Berlín, 1968, *passim*; CANARIS, «Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis», en *Festschrift für Karl Larenz*, Munich, 1973, págs. 799 y siguientes.

(3) Así opinan, entre otros, F. FERRARA, J., «Questioni in tema di ripetizione di indebito», en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1949, II, págs. 206 y ss., esp. 209, y CAPOZZI, «Vizi della volontà e adempimento», en *Dir. e giur.*, págs. 257 y ss., esp. 266.

(4) El problema de la autonomía dogmática del pago indebido *ex persona creditoris* ya había sido planteado, en los años inmediatamente siguientes a la promulgación del vigente *Codice*, en relación con el pago al poseedor (no legitimado) de libranzas amortizadas. Para un examen de la abundante casuística jurisprudencial, *vid.* el cuidadísimo trabajo de FALQUI-MASSIDA y JACCHIA *Promesse unilaterali. Gestione d'affari. Ripetizione dell'indebito. «Soluti retentio». Arricchimento senza causa*, Turín, 1968, págs. 414 y ss.

Sobre la base de los artículos 1.188, 2, y 1.189, algunos autores propugnan la autonomía de esta figura. Tal es el caso de GRECO, «Il pagamento indebito di titoli cambiari e l'azione di ripetizione», en *Riv. Dir. Comm.*, 1950, págs. 241 a 243; SCHLESINGER, «La ratifica del pagamento effettuato al non creditore», en *Riv. Dir. Civ.*, 1959, I, págs. 36 y ss., esp. pág. 38, nota 6, y AGHINA, «Il destinatario del pagamento e il pagamento al creditore apparente (artt. 1.188 e 1.189 Cod. civ.)», en *Riv. Trim.*, 1966, págs. 76 y ss., esp. 110, nota 84.

Especial atención merece la tesis de GRECO (loc. últ. cit. y «Ripetizione di indebito e pagamento di assegni circolari ammortizzati», en *Riv. Dir. Comm.*, 1949, II, págs. 34 y ss.). Este autor ha elaborado la figura del «pago indebido subjetivo mixto», en la cual asistiríamos a un caso de compenetración entre pago indebido *ex persona solventis* y pago indebido *ex persona creditoris*, al objeto de determinar la disciplina aplicable en caso de pago de libranzas a un perceptor de buena fe no legitimado por la serie continuada de endosos. En estos casos, el *solvens* A es deudor, pero no en relación con el *accipiens* B (dado que existe solución de continuidad en la serie de endosos), sino en relación a C, endosatario inmediatamente an-

blema del pago indebido *ex persona accipientis* a la esfera del artículo 2.033 (5).

(Transcribimos para el lector español los dos citados preceptos legales, sitos en el libro IV, título VII, bajo la rúbrica *Del pagamento dell'indebito*.)

Art. 2.033 (Indebito oggettivo): El que ha llevado a cabo un pago no debido tiene derecho a repetir lo que pagó. Tiene, además, derecho a los frutos e intereses desde el día del pago si el que lo recibió obró de mala fe o, en caso contrario, desde el día de la demanda.

Art. 2.036 (Indebito soggettivo): El que ha pagado una deuda ajena creyéndose deudor en base a un error excusable, puede

terior a la interrupción. B, a su vez, es acreedor de D, endosante siguiente a la interrupción. (En el caso contemplado por GRECO, D ha sustraído el título, poniendo en él un endoso en blanco inmediatamente a continuación del último endoso pleno, de suerte que el siguiente endosante no sería, en puridad, el endosatario de aquella última libranza plena.) En opinión de GRECO, de entre los dos componentes del pago indebido subjetivo mixto (por parte del *solvens* o por parte del deudor), sería el primero de ellos el que gozase de mayor fuerza atractiva, por lo cual se debería aplicar, al supuesto de hecho contemplado, la normativa del artículo 2.036.

La tesis sostenida por GRECO difiere de la mantenida por la sentencia de casación de 18 de enero de 1949, que calificó el supuesto de hecho como pago indebido *ex persona creditoris*, desde el momento en que el perceptor B no es el verdadero acreedor. En realidad, la solución que se dé al problema es realmente importante en relación con el de la carga de la prueba, toda vez que si el supuesto de hecho viene cualificado como pago indebido *ex persona creditoris*, difícilmente podrá A probar la ausencia de culpa en el pago (adición del traductor: *dado que lo ha llevado a cabo en favor de persona no legitimada, como claramente se deduce del tenor literal del título*).

Gran parte de la doctrina actual considera, sin embargo, totalmente inútil la categoría del pago indebido subjetivo mixto. *Vid.*, por todos, G. ANDREOLI, «Appunti in tema di indebito soggettivo», en *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, I, págs. 134 y ss., esp. la 142, afirmando que en estos casos se debería hablar, más exactamente, de pago indebido objetivo o, todo lo más, de indebido *ex persona creditoris*, con la consiguiente aplicación del artículo 2.033. En sentido diametralmente opuesto, y confirmando la utilidad de la figura del pago indebido subjetivo mixto, *vid.* la reciente y citada obra de SCHLESINGER «La ratifica...», pág. 41, nota 14.

(5) En tal sentido, *vid.* en jurisprudencia de casación las sentencias de 18 de enero de 1949, 31 de mayo de 1950, 29 de marzo de 1958, 11 de noviembre de 1967, etc. Para una lúcida exposición de las razones por las que el pago indebido *ex persona creditoris* debe ser reconducido al pago indebido objetivo, *vid.* el ejemplar razonamiento del Tribunal de Apelación de Milán, en su sentencia de 17 de julio de 1961.

En la doctrina, y junto a los autores citados en la nota 3, *vid.* también OPPO, «Pagamento invalido di titolo all'ordine, ammortamento, ripetizione di indebito», en *Giur. it.*, 1947, I, 2, págs. 497 y ss., especialmente 504; SERRAO, «Osservazioni sul fondamento dell'obbligazione da indebito», en *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, págs. 8 y ss., esp. la 1; G. ANDREOLI, «Appunti...», cit., pág. 142, y RESCIGNO, «Ripetizione...», cit., pág. 1233.

repetir lo pagado siempre que el acreedor, obrando de buena fe, no se haya desprendido del título o de las garantías del crédito.

El que ha recibido lo indebido está también obligado a restituir los frutos e intereses desde el día del pago si obró de mala fe o, en caso contrario, desde el día de la demanda.

Cuando no sea posible (*non è ammessa*) la repetición, el que pagó se subroga en los derechos del acreedor.

Se ha dicho, al respecto, que no sería oportuno atribuir a esta figura una autonomía dogmática propia en relación con el pago indebido objetivo, ya que de este modo se complicaría sin razón un fenómeno que, desde el punto de vista jurídico, presenta caracteres uniformes y, además, está sujeto a la misma disciplina (6).

Así planteado el problema, cabría replicar que el pago indebido subjetivo *ex latere accipientis* tiene, igual que el indebido *ex persona debitoris*, un lugar propio dentro de la teoría de las relaciones trilaterales (7). Por otra parte, no carece de importancia el hecho de que en ambos casos la relación obligatoria existe efectivamente, por más que se impliquen, activa o pasivamente, a personas distintas del *accipiens* o del *solvens* (8), planteando delicados problemas de coordinación con algunas de las más polémicas disposiciones del Derecho obligacional. El encuadramiento dogmático del pago indebido subjetivo en su total contexto ayuda no poco a la comprensión del mecanismo del cumplimiento por tercero (art. 1.180) y de los límites inherentes a la legitimación para recibir (arts. 1.188 y 1.189), habida cuenta de que no resulta arriesgado afirmar que el pago indebido *ex persona* limita, por una parte, con el cumplimiento de una obligación ajena y, por otra, con el supuesto de hecho del pago al acreedor aparente, regulado por el artículo 1.189 (9).

(6) Así, entre otros, F. FERRARA, Jr., «Questioni...», cit., pág. 209, y CAPOZZI, «Vizi...», cit. pág. 266.

(7) Sobre este punto, *vid.* MOSCATI, epígrafe «Indebito (Pagamento e ripetizione dell')», en *Enc. del Dir.*, XXI, Milán, 1971, págs. 83 y ss., esp. 87, y la ya citada obra *Il pagamento dell'indebito*, pág. 17.

(8) Las dos figuras de pago indebido subjetivo vienen a estar situadas en el mismo plano, toda vez que incluso la prestación ejecutada por el deudor en favor del no acreedor podría, a veces, incidir sobre la relación obligatoria existente entre el que paga y el verdadero acreedor. Como veremos más adelante, uno de los medios a través del cual el pago a tercero logra tal efecto es la ratificación por parte del verdadero acreedor, con lo cual asume un papel relevante la actividad del *solvens* dirigida realmente hacia una relación distinta e insubsistente (*vid.*, al efecto, SCHLESINGER, «La ratifica...», cit., pág. 38).

(9) En tal sentido, *vid.* MOSCATI, epígrafe «Indebito...», pág. 87.

(T-1) Aunque algo de esto ya apunté en mis anteriores traducciones, creo interesante recordar, para curiosidad del lector español no familiarizado con el Codice, la enorme extensión que el primer cuerpo legal italiano dedica a la figura del pago. El Libro IV (*Delle obbligazioni*) dedica, dentro del Título I («De las

(Vamos a transcribir los tres citados preceptos, encuadrados en el libro IV, título I: *De las obligaciones en general*; capítulo II: *Del cumplimiento de las obligaciones*; sección I: *Del cumplimiento en general*.) (T-1.)

Art. 1.180 (Cumplimiento por tercero): La obligación puede ser cumplida por tercero, incluso contra la voluntad del acreedor, a menos que éste tenga interés en que sea el deudor quien cumpla personalmente la prestación. (T-2.)

No obstante, el acreedor puede rehusar el cumplimiento ofrecido por tercero si el deudor le ha manifestado su oposición.

Art. 1.188 (Destinatario del pago): El pago ha de ser hecho al acreedor, o a su representante, o a la persona indicada por aquél o autorizada por la ley o por el Juez a recibirlo.

El pago hecho a persona no legitimada para recibirlo libera al deudor si el acreedor lo ratifica u obtiene provecho del mismo.

Art. 1.189 (Pago al acreedor aparente): El deudor que lleva a cabo un pago en favor de persona que parece evidentemente (*in base a circostanze univoche*) legitimada para recibirlo queda liberado si prueba haber procedido de buena fe.

obligaciones en general»), un brevísimo Capítulo primero a las disposiciones preliminares, con solamente tres artículos, 1.173 (Fuentes), 1.174 (Carácter patrimonial de la prestación) y 1.175 (*Correttezza* como norma general de comportamiento entre deudor y acreedor). El Capítulo II («Del cumplimiento de las obligaciones») dedica a la materia nada menos que *cuarenta y dos* artículos, distribuidos así: Sección primera (Del cumplimiento en general): *veinticinco* artículos, del 1.176 al 1.200; Sección segunda (Del pago con subrogación): *cinco* artículos, del 1.201 al 1.205; Sección tercera (De la mora del acreedor): *doce* artículos, del 1.206 al 1.217. Pero la cosa no acaba ahí, en lo que al pago y sus modalidades se refiere. Porque dentro del Capítulo III, y bajo la expresivísima rúbrica «Del incumplimiento de las obligaciones», encontramos otros *doce* artículos: del 1.218 al 1.229, que, abordando fundamentalmente el problema de la *mora solvendi*, dejan sobrado espacio para tratar de instituciones tan interesantes como el incumplimiento de las obligaciones negativas, resarcimiento de daños, previsibilidad y valoración de éstos, *culpa del acreedor*, responsabilidad por hecho ajeno y *cláusulas de exoneración de responsabilidad*.

«Contad si son *cincuenta y cuatro*... y *NO está hecho*.» Y es que aún queda bastante tela legislativa por cortar. Por ejemplo: el Capítulo V («De la cesión de los créditos»), cuyos *ocho* artículos, del 1.260 al 1.267, presentan innegables connotaciones con la disciplina del pago. Y, para terminar, *henos, don Nuño*, ante el Capítulo VI, con *nueve* artículos (del 1.268 al 1.276), agrupados bajo la sugestivísima rúbrica «De la delegación, de la expromisión y de la asignación».

Setenta y un artículos, por lo tanto, dedicados al pago dentro de la teoría general de las obligaciones..., que consta de *ciento cuatro* artículos. Porque el artículo 1.277 ya está bajo la rúbrica «De algunas especies de obligaciones». Comentarios, a gusto del lector.

(T-2) Encontramos la palabra *prestación*, que (insisto, sobre la base de anteriores traducciones) es frecuentísima en el Códice y bastante poco frecuente en nuestro Código.

El que ha recibido el pago está obligado a restituirlo al verdadero acreedor, según las reglas establecidas para la repetición de lo indebido.

Más concretamente, el mecanismo del pago indebido subjetivo permite comprender por qué una prestación, cumplida en base a una relación jurídica concreta, puede incidir, con el concurso de otras circunstancias, sobre otra relación jurídica distinta (10). Y aún más: a través del pago indebido subjetivo puede explicarse por qué una prestación cumplida por el deudor en favor del acreedor aparente, o la efectuada en favor del acreedor verdadero por quien no es el verdadero deudor, pueda ser referida a la verdadera relación entre el *solvens* y un tercero (el verdadero acreedor) o entre el *accipiens* y un tercero (el verdadero deudor), hipótesis previstas, respectivamente, en los artículos 1.189 y 1.180. Naturalmente, en estos casos es preciso determinar los criterios que permiten la individualización de la relación obligatoria a la que se imputa la prestación (11).

**EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE SOLVENTIS».
TENDENCIA A LA OBJETIVACION DE LA RELACION
OBLIGATORIA Y TENTATIVA DE RECONSTRUIR LA FIGURA
COMO CUMPLIMIENTO POR TERCERO DE VICIO DE ERROR**

El primer aspecto digno de atención del problema que nos ocupa es, habida cuenta de los numerosos trabajos publicados al efecto, el que atañe a las relaciones entre el pago indebido *ex persona debitoris* y el cumplimiento por un tercero. Evidentemente: aunque cada una de las dos figuras se presenten *in abstracto* con caracteres propios bien precisos y definidos [tanto más cuanto que el pago indebido *ex persona creditoris* no modifica normalmente la situación jurídica anterior (12), mientras que el

(10) Así, SCHLESINGER, «La ratifica...», cit., págs. 36 y ss.

(11) Sobre este punto, *vid.*, entre otros, SCHLESINGER, ob. últ. cit., págs. 38 y ss., y SACCO, «Quale azione...», cit., págs. 238 y ss. El problema, como veremos en el párrafo siguiente, ha sido objeto de profundos estudios, sobre todo en la doctrina alemana. Entre las numerosas contribuciones al respecto nos parece fundamental la de G. MAIER, «Irrtümliche Zahlung fremder Schulden», en *Arch. Civ. Praxis*, 1952-1953, págs. 97 y ss.

(12) En efecto, el acreedor, obligado a restituir al *solvens* la prestación recibida, conserva el poder de actuar contra el verdadero deudor. *Vid.*, al respecto, SCHLESINGER, «L'indebito soggettivo *ex latere solventis* e la sua influenza sul rapporto obbligatorio», en *Riv. Dir. Comm.*, 1957, I, págs. 58 y ss., esp. 58 a 60. Para SCHLESINGER, se debería atribuir al acreedor, *de iure condendo*, el poder de actuar contra el deudor solamente cuando tenga lugar uno de estos dos casos: que haya habido restitución (o, al menos, haya sido ofrecida) o que el *solvens* haya iniciado el ejercicio de la *condictio*.

pago por tercero satisface el interés del acreedor (13)], quedan en pie, no obstante, numerosos problemas en orden a la concreta delimitación entre ambos fenómenos, especialmente cuando el *solvens* no declara que cumple una (presunta) deuda propia ni refiere la prestación a la relación realmente existente entre el verdadero deudor y el *accipiens* (14).

El hecho de que en ambos casos el *solvens* sea sustancialmente un tercero respecto a las partes de la relación obligatoria, siendo su posición aparentemente análoga en las hipótesis previstas por los artículos 2.036 y 1.180 (15), y la consideración de que tal vez la falta de *causa solvendi* no impide (junto con otros factores) la satisfacción del acreedor-*accipiens* (16), ha inducido a no pocos autores a intentar una aproximación entre ambas figuras, reconstruyendo el pago indebido *ex persona debitoris* como un negocio (viciado de error) de cumplimiento de una obligación ajena (17).

En épocas pasadas, el problema ya había sido objeto de reflexión, sobre todo en la doctrina alemana, en la que haciendo hincapié en un especial planteamiento de la relación obligatoria tendente a minusvalorar la importancia de las personas de los sujetos (18), se había expuesto la

(13) Según NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, págs. 103 a 104, el cumplimiento por tercero despliega una función distinta respecto a los dos términos de la relación obligatoria, dado que si, por una parte, representa la total realización del derecho del acreedor, por otra parte, no es apto tal cumplimiento para «realizar» el contenido de la obligación. El cumplimiento, en sentido técnico, es un hecho del deudor y no del tercero, por lo que la eventual extinción de la obligación es una mera consecuencia de la realización de tal derecho. La no idoneidad del cumplimiento por tercero para actuar el contenido de la obligación es la verdadera razón por la cual, y a pesar de haberse realizado el crédito, la obligación del verdadero deudor puede subsistir frente a un sujeto distinto (*rectius*: el tercero subrogado). La subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor satisfecho es la prueba más elocuente de la subsistencia, en vida, de la obligación del verdadero deudor (pág. 99). La tesis de NICOLÒ se ve apoyada, entre otros, por BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Turín, 1965, págs. 27 y ss., y, en la doctrina francesa, por CATALA, *La nature juridique du payement*, París, 1961, página 265.

(14) La cuestión ha sido recientemente replanteada por ZEISS, «Leistung, Zweck und Erfüllung», en *Juristen Zeitung*, 1963, págs. 7 y ss. Sobre este punto, *vid.* también *infra*, párrafos siguientes.

(15) La observación es de RESCIGNO, «Ripetizione...», cit., pág. 1230. En idéntico sentido, SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 67.

(16) *Vid.*, al respecto, *infra*, apartado 4 de este trabajo.

(17) En tal sentido, explícitamente, F. FERRARA, Jr., «Questioni...», cit., páginas 209 a 213; CAPOZZI, «Vizi...», cit., págs. 266 y 267, y G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1955, págs. 246 a 248. En muy parecidos términos, GRECO, «Ripetizione...», cit., pág. 36; DISTASO, «Legittimazione attiva del creditore contro l'accipiens. Indebito oggettivo ed errore del *solvens*», en *Foro It.*, 1950, I, págs. 1187 y ss., esp. 1190. En la doctrina francesa, ROULLER, «Répétition de l'indu: erreur du *solvens*», en *Rec. Dalloz*, 1967, páginas 265 y ss., esp. 267.

(18) Para G. MAIER, «Irrtümliche...», cit., págs. 102, 106 y 109, no es necesario tener en cuenta las personas de los sujetos de la obligación (menos aún la

se ha dicho que la *condictio indebiti* ha de ser dirigida contra el verdadero deudor, quedando siempre a salvo, en caso de insolvencia de éste, la posibilidad de impugnar el pago alegando error (26). Evidentemente: si bien es cierto que el pago erróneo de una deuda ajena sirve, por las razones indicadas, para extinguir la relación preexistente, no es menos cierto que el error acerca de la identidad, propia o ajena, de dicha relación es un error sustancial, desde el momento en que el *solvens*, con toda probabilidad, no hubiera cumplido la prestación de haber sabido que no era deudor (27).

afirma MAIER, el ejercicio del derecho de elección no supondría daño alguno para los otros interesados. En torno a las ventajas del derecho de elección, *vid.* las consideraciones de THOMAE, «Tilgung fremder Schuld durch irrtümliche Eigensleistung?», en *Juristen Zeitung*, 1962, págs. 623 y ss., esp. 624; las de VON CAEMMERER, *ob. cit.*, págs. 147 y 148, y las de LORENZ, *ob. cit.*, págs. 274 y 280. Para este último autor solamente cabría reconocer al *solvens* un derecho de elección en tanto no perjudique los intereses del *accipiens* o del verdadero deudor. La doctrina francesa, a través de DEMOGUE, *Traité des obligations en général*. I, *Sources des obligations*, 3, París, 1923, pág. 167, y sobre la base de una sentencia del Tribunal de Lyon de 16 de enero de 1892 admite la realidad del «derecho de elección». A destacar el hecho de que, dentro de la doctrina alemana, prevalece aún hoy la opinión contraria. *Vid.*, al respecto, por todos, ESSER, *Schuldrecht. II, Besonder Teil*, Karlsruhe, 1971, pág. 349, y LORENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo II (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, traducción de J. Santos Briz). (*Añadición del traductor*: La cita de MOSCATI va referida a la «versión original» alemana, edición 1972, Munich, pág. 417.)

(26) Tal es la tesis de G. MAIER, *ob. cit.*, pág. 111. Particularmente interesante es la tesis de VON CAEMMERER, *ob. cit.*, págs. 149 y ss., en las que, reanudando el hilo del razonamiento expuesto en otra obra anterior («Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen», en *Jur. Zeit.*, 1962, págs. 385 y ss., esp. 386 y 388, nota 28), considera que el *solvens* puede actuar contra el verdadero deudor solamente si ha renunciado a hacer valer los vicios del negocio causal. De esta suerte, su renuncia se retrotrae al momento de la *solutio*, que, por tanto, equivale a cumplimiento por tercero. En idéntico sentido, FLUME, en *Jur. Zeit.*, 1962, pág. 282, y anteriormente JUNG, *Das Wesen...*, *cit.*, pág. 161. CANARIS, en su citada obra *Der Bereicherungsausgleich...*, pág. 844, admite la impugnación del pago alegando error. En cuanto a la tesis de VON CAEMMERER, hay que decir que ha sido objeto de sucesivas críticas por parte de LORENZ («Das Wahlrecht...», *cit.*, pág. 274, y «Gläubiger, Schuldner, Dritte und Bereicherungsausgleich», en *Arch. f. civ. Praxis*, 1968, páginas 268 y ss., esp. 312 y 313) y de ZEISS, «Leistungsverhältnis und insolvenzrisiko bei irrtümlicher Tilgung fremder Schulden», en *Arch...*, 1968, págs. 332 y ss., esp. 338 y 339. LORENZ, en su citado *Derecho de obligaciones*, II, plantea el problema en otros términos, distinguiendo dos hipótesis. En la primera de ellas, el acreedor se halla convencido de que el *solvens* actúa en calidad de tercero, y, en consecuencia, éste deberá dirigirse al verdadero deudor, quedando el *accipiens* definitivamente satisfecho. Si, por el contrario, el acreedor podía perfectamente haber advertido el error del tercero, ya sea a través de la declaración del *solvens* o de la modalidad de la prestación, no es aplicable el parágrafo 267 del BGB, y la prestación ha de ser restituida. (En id. sentido, ZEISS, *ob. cit.*, pág. 10.)

(27) En tal sentido, *vid.* G. MAIER, *ob. cit.*, págs. 110 y 111; THOMAE, *ob. cit.*, página 627, y VON CAEMMERER, *ob. cit.*, pág. 151. Comparten esta tesis algunos autores italianos y franceses, tales CAPOZZI, *ob. cit.*, págs. 267 y 268, y ROUILLER, *ob. cit.*, pág. 267.

Este último punto de vista es compartido, como dijimos, por los autores italianos, que, en línea de principio, niegan la autonomía dogmática del pago indebido *ex persona debitoris* (28). Más concretamente, se ha dicho que el error acerca del carácter propio o ajeno de la obligación no transformaría la *solutio* de un tercero en un pago indebido, limitándose a influir en la validez del negocio de cumplimiento, al igual que cualquier otro vicio de la voluntad. Con otras palabras: la tutela dispensada por el artículo 2.036 encontraría su fundamento no ya en el hecho de que el *solvens* no es el verdadero deudor, sino en que su voluntad de cumplir está viciada (29). De esta forma, llevando a sus últimas consecuencias el razonamiento seguido por la doctrina alemana, se llega a la conclusión de que el pago de la presunta propia deuda no es sino un cumplimiento normal con vicio de error (30).

En caso tal, el derecho del *solvens* a la repetición no nacería en el momento mismo del acto solutorio, sino en un momento posterior, una vez enervado, a través de la acción de nulidad, el negocio de cumplimiento de deuda ajena (31). Al anularse el acto, «resucita» la preexistente relación entre el *accipiens* y el verdadero deudor, haciendo que surja en favor del *solvens* el derecho a repetir.

Planteado el problema en estos términos, el artículo 2.036 no debería en modo alguno relacionarse con el 2.033, por tratarse de dos supuestos de hecho radicalmente distintos: el artículo 2.033 se refiere al pago indebido en general, mientras que el 2.036 regularía un caso de *pago debido, aunque viciado* (32) (subrayado del traductor). Pero sobre todo, el artículo 2.036 vendría a representar un complemento del artículo 1.180 (33). Ambas normas, en efecto, vendrían a regular diversos aspectos del mismo fenómeno: mientras que el artículo 1.180 centra su atención en la eficacia, el 2.036 se ocuparía del caso, digámoslo así, patológico del cumplimiento por tercero. Más concretamente: dado que el pago erróneo de una deuda ajena no agota ciertamente los casos de invalidez de acto de tercero, el artículo 2.036, que permite al *solvens* impugnar el negocio solu-

(28) *Vid.* al respecto los autores citados en la nota 17.

(29) Así, textualmente, F. FERRARA, Jr., *ob. cit.*, págs. 212 y 213.

(30) ... con lo que se construye la *condictio* como una impugnación del cumplimiento por tercero con vicio de error. *Vid.*, por todos, al respecto, G. MIRABELLI, *ob. cit.*, pág. 246.

(31) Acerca del momento en el cual nace este derecho del *solvens* a la repetición, *vid.* SCHLESINGER, «L'indebito...», *cit.*, págs. 60 y 61. *Vid.* igualmente, *infra*, el siguiente epígrafe.

(32) Así, F. FERRARA, Jr., *ob. cit.*, págs. 211 y 212, y CAPOZZI, *ob. cit.*, página 267. G. MIRABELLI, *L'atto...*, *cit.*, págs. 246 a 248, muestra cierta vacilación a la hora de aceptar la solución propuesta..., pero acaba por aceptarla desde el momento en que «no se alcanza a percibir ninguna otra distinta».

(33) En tal sentido, *vid.* F. FERRARA, Jr., y CAPOZZI, *loc. ult. cit.*

torio incluso cuando no pueda llegarse a la reconocibilidad del error (con tal que se trate de error excusable, y siempre que el *accipiens* no se haya desprendido con buena fe del título o de las garantías del crédito), daría lugar a un reforzamiento de la misma tutela que la ley ha concedido al tercero a través de la disciplina de los vicios de la voluntad y de la incapacidad de actuar (34).

No sería obstáculo para este planteamiento el emplazamiento del artículo 2.036 en el título «Pago de lo indebido», cuando quizá fuese más apropiado el de «Cumplimiento de las obligaciones». La *ratio* de esta diversidad de situación habría que buscarla en el hecho de que una vez anulado el acto del tercero tendría lugar, en el plano normativo, una situación no esencialmente distinta de la que legitimaría al *solvens* para la acción de repetición (35). Con la remoción del negocio de cumplimiento desaparece la causa de la atribución, dado que la prestación ha sido cumplida sin título y puede ser repetida. Solamente como consecuencia de la anulación el pago indebido *ex persona debitoris* readquiriría cierta autonomía dogmática, reentrando en el marco general del pago indebido. Naturalmente, todo esto no quiere decir que la acción prevista por el artículo 2.036 se resuelva en una acción de repetición, ya que se trataría siempre de un medio de tutela encaminado a eliminar (*rimuovere*) el negocio solutorio, y que sólo indirectamente, y una vez anulado el acto del *solvens*, se concreta en una acción de repetición (36).

(CONTINUACION).

EL MOMENTO FUNDAMENTAL DEL CUMPLIMIENTO POR TERCERO. DECLARACION DEL *SOLVENS* DE REFERIR LA PRESTACION A UNA RELACION AJENA

Hemos creído oportuno exponer, con todo lujo de detalles, cada una de las dos tesis, habida cuenta de que cada una de ellas puede dar lugar a una serie de no menguadas consecuencias jurídicas, muy distintas en cada caso. Así, el hecho de conceder al *solvens* la acción de nulidad, en vez de la *condictio indebiti*, no carece, ni mucho menos, de trascendencia

(34) F. FERRARA, Jr., loc. últ. cit., observa al respecto que la acción de nulidad prevista por el artículo 2.036 diferiría de la que con carácter general regulan los artículos 1.428 y ss., pero no por el *objeto*, sino por los *presupuestos* (*excusabilidad*, que no *reconoscibilidad*, del error). De ello se deriva que, si el negocio es impugnado en base a los artículos 1.425 y ss., corresponde al *solvens* una acción de repetición, en el sentido de los artículos 2.033-2.040.

(35) Así, textualmente, F. FERRARA, Jr., y CAPOZZI, loc. cit. en la nota 33.

(36) F. FERRARA, Jr., ob. cit., pág. 213.

práctica, habida cuenta del distinto término de prescripción de cada una de esas acciones (37). Pero, sobre todo, conviene observar que no es lo mismo, para el *solvens* que actúa en repetición, hacerlo contra el *accipiens* o contra el verdadero deudor, teniendo en cuenta las posibles vicisitudes de cualquiera de los dos patrimonios (38).

Pues bien: pese a todo lo expuesto, y aunque las tesis que acabamos de examinar supongan una contribución muy apreciable para la clarificación de las relaciones entre ambas figuras, conviene hacer constar desde ahora que las conclusiones a las que se esfuerzan en llegar no parecen suficientemente convincentes. Como antes veíamos, se intenta llegar, partiendo de una premisa exacta (el *solvens* es en ambos casos un tercero respecto a los sujetos de la obligación, y las consecuencias de impugnar la declaración de cumplir un débito ajeno se posponen a la disciplina misma del pago indebido), a encuadrar el pago indebido *ex persona debitoris* dentro del marco del cumplimiento por tercero, con lo cual se infravalora quizá el hecho de que el legislador, a través del artículo 2.036, ha querido disciplinar un supuesto de hecho sustancialmente distinto (39).

Lo que realmente caracteriza al cumplimiento por tercero, haciendo de él una figura autónoma respecto al pago indebido ex persona debitoris, es la necesidad de una referencia expresa o tácita (40) por parte del solvens

(37) Observación de SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 61, nota 7.

(38) Vid. al respecto el epígrafe segundo de este trabajo, texto y notas 23 a 25.

(39) Opinión muy extendida. Vid., por todos, G. ANDREOLI, «Appunti...», cit., páginas 147 y 148. Para una distinción entre las dos figuras, bajo el doble aspecto de la estructura y de la función, vid. recientemente MOSCATI, «Pagamento dell'indebito, adempimento del terzo e legittimazione a ripetere la prestazione», en *Riv. Dir. Civ.*, 1969, II, págs. 181 y ss., esp. 185 a 189. La afirmación mantenida en el texto ha sido criticada, bajo el aspecto metodológico, por SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 65, por entender que estamos ante una petición de principio. Para el citado autor, el problema se centra, sobre todo, en determinar, sobre la base del artículo 1.180, quién ha de ser considerado como tercero. Vid., al respecto, *infra*, este mismo epígrafe.

(40) Vid., al respecto, NICOLÒ, «L'adempimento...», cit., pág. 136. A falta de una declaración del tercero en tal sentido, la referencia a la preexistente relación puede ser deducida de hechos concluyentes, a través de un proceso interpretativo de la voluntad del *solvens* (así opina ZEISS, «Leistung...», cit., pág. 9). La prestación llevada a cabo por tercero solamente puede ser considerada como cumplimiento de deuda ajena, si se tienen en cuenta algunos otros elementos objetivos que excluyan la intención de pagar una deuda propia. Tal cosa podría acontecer cuando el acreedor hubiera subrogado al tercero, en el momento de recibir la prestación, en sus derechos contra el verdadero deudor (art. 1.201), o en caso de que la relación entre el *accipiens* y el verdadero deudor tenga un objeto inconfundible, o, en todo caso, distinto del de una eventual segunda relación existente entre el acreedor y el *solvens*. Concretamente, NICOLÒ, *ob. cit.*, pág. 144, opina que la no fungibilidad del objeto valdría por sí misma para imprimir a la prestación un destino objetivo hacia la relación ajena.

a la relación existente entre el accipiens y el verdadero deudor (41) (subrayado del traductor). Evidentemente: no basta con que la prestación del tercero coincida con la prestación debida, ni basta con la voluntad del *solvens* de cumplir una atribución patrimonial en favor del acreedor: ambos elementos están ya en el pago indebido *ex persona debitoris* (42). Por otra parte, es igualmente evidente que el que paga por error tiene el *animus* de llevar a cabo una prestación en favor del *accipiens*, y que tal prestación es perfectamente idéntica a la que corresponde al acreedor. La prestación, en fin, y aisladamente considerada, toma un color neutro (43), de suerte que puede adscribirse indistintamente a una u otra hipótesis. Para que podamos hablar de pago por tercero no bastan ni la objetiva «realización» del interés del acreedor ni la voluntad de cumplir la prestación en favor del accipiens: es necesario, además, que el pago sea referido en cualquier forma a la obligación preexistente o, al menos, a la persona del verdadero deudor (44) (subrayado del traductor).

Se ha objetado, no obstante, que el tercero que cree ser deudor refiere su prestación a una relación que efectivamente existe: la que desemboca en el acreedor-*accipiens* (45). A tal objeción cabe replicar, continuando todo lo anteriormente dicho, que la relación, vista desde el ángulo del tercero, es en realidad una «no relación», precisamente porque el *solvens* se considera sujeto pasivo: la prestación, en efecto, se dirige no ya a la relación existente entre el verdadero deudor y el *accipiens*, sino hacia una presunta e inexistente relación entre el acreedor y el *solvens*. De una interpretación conjunta de los artículos 2.036 y 1.180 se obtiene la impresión de que no toda prestación de tercero vale para extinguir la relación

(41) En tal sentido, *vid.* NICOLO, «L'adempimento...», cit., pág. 136. Análogamente, y en la más reciente doctrina, RESCIGNO, ep. «Ripetizione...», cit., página 1230, y SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 68. Sobre este punto, séanos permitido remitirnos a nuestras citadas obras «Indebito...», pág. 91, y «Pagamento...», págs. 186 y 187. La opinión de NICOLO es seguida, en Francia, por CATALA, «La nature...», cit., pág. 325, y en Alemania, por VON CAEMMERER, «Irrtümliche...», páginas 140 y ss., esp. 142, y THOMAE, «Tilgung...», pág. 627.

(42) *Vid.* SCHLESINGER, ob. últ. cit., pág. 66. *Vid.*, sin embargo, y en sentido opuesto, NICOLO, ob. últ. cit., pág. 144, en orden a la relevancia de la conformidad objetiva entre la prestación llevada a cabo por tercero y la realmente debida al deudor, cuando se trata de un objeto no fungible.

(43) Así, NICOLO, ob. últ. cit., pág. 193.

(44) Acerca de este punto, *vid.*, por todos, NICOLO, ob. últ. cit., pág. 28, en opinión que comparte recientemente MOSCATI, «Indebito...», pág. 91. En sentido contrario, y sobre la huella de G. MAIER, «Irrtümliche...», cit., págs. 106 a 109, *vid.* SCHLESINGER, «L'indebito...», págs. 66 y 67, y «La ratifica...», pág. 37. Para este autor no existe, en nuestro Ordenamiento jurídico, norma alguna que prescriba, al efecto de determinar la relación, la exacta determinación de la persona del verdadero deudor.

(45) Así piensa JUNG, *Das Wesen...*, cit., pág. 161. La referencia a la persona del acreedor (habla JUNG) sería suficiente para concretar la relación obligatoria. *Vid.*, al respecto, *supra*, nota 21, e *infra*, texto y nota 74.

preexistente, sino solamente aquella que se cumple con la *scientia* de que la deuda es ajena (46), dado que solamente en este caso aparece perfectamente individualizada la relación. Por otra parte, el artículo 2.036 desempeña una importante función clarificadora del contenido del artículo 1.180, en cuanto circunscribe la eficacia solutoria del cumplimiento por tercero al solo caso en que la prestación sea dirigida conscientemente a una relación ajena.

Tras estas puntualizaciones podríamos estar de acuerdo con cuantos afirman que el pago indebido subjetivo *ex latere solventis* equivale a cumplimiento por tercero..., no sin poner de relieve que en este caso la prestación no es apta para realizar el interés del acreedor. Se trata, en efecto, de un cumplimiento anómalo, por así decirlo, toda vez que no se ha dado a la prestación ese particular destino que marca la ley; poco importa bajo este aspecto que el acreedor haya recibido «lo suyo» desde el punto de vista objetivo (47). Por su parte, el *accipiens*, aun cuando sea el verdadero acreedor, se encuentra, respecto al *solvens*, en la misma condición que la del sujeto no legitimado para recibir el pago, y como tal queda obligado a la restitución, siempre que no llegue a demostrar con éxito que ha obrado de buena fe al desprenderse del título o de las garantías del crédito (48).

Cuando el tercero cumple la prestación por creer ser el verdadero deudor, no puede hablarse de cumplimiento, viciado de error, de obligación ajena, desde el momento que creyendo cumplir una obligación propia

(46) Así, SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 68. Como aclaración de lo que afirmamos en el texto, téngase presente que tal conclusión queda plenamente justificada sólo en el caso de que el *solvens* refiera espontáneamente la prestación a la relación existente entre el verdadero deudor y el *accipiens*. Evidentemente: no hay duda de que, cuando coinciden la *scientia* del pago indebido y el *animus* de cumplir una deuda ajena, estamos fuera del ámbito de incidencia del pago indebido subjetivo *ex latere solventis*. Por el contrario, no parece que pueda afirmarse lo mismo cuando el *solvens* haya pagado al solo efecto de evitar una declaración de quiebra, o para obtemperar una providencia judicial, emitida erróneamente contra su persona, desde el momento que, al hecho de saber que la obligación es ajena, no se acompaña la espontaneidad de la prestación. Análogas consideraciones cabría plantearse en caso de pago ejecutado con reserva expresa de repetición (*vid.* sentencia de casación de 20 de septiembre de 1971). Evidentemente, no pueden situarse en un mismo plano el que trata de cumplir una deuda ajena y el que lleva a cabo la prestación con el fin de evitar un daño injusto que podría derivarse de la declaración de quiebra o del comienzo de un procedimiento ejecutivo. El hecho de que en ambos casos el *solvens* sepa perfectamente que no es él el verdadero deudor no basta para justificar un tratamiento idéntico (como argumento en sí, y en relación con el problema de la calificación del supuesto de hecho en caso de pago «no espontáneo» permítasenos remitirnos a nuestro estudio «Del pago...», cit., págs. 22 y ss.).

(47) Acerca de este punto, *vid.* NICOLÒ, «L'adempimento...», cit., pág. 28. Y en el mismo sentido, MOSCATI, «Indebitio...», págs. 90 y 91. En la doctrina alemana, y entre otros, THOMAE, «Tilgung...», pág. 627.

(48) En tal sentido, *vid.* MOSCATI, loc. últ. cit.

(que no existe), lo que en realidad hace es pagar algo indebido (49). Por consiguiente, la aproximación entre las dos figuras no va más allá del hecho, meramente descriptivo, de la ejecución de una prestación a cargo de sujeto distinto al verdadero deudor (50). Por otra parte, una prestación es indebida no sólo cuando no exista relación obligatoria de ninguna especie, sino también cuando dicha prestación se dirige a una relación distinta, y tal es ciertamente la pretendida relación entre el *accipiens* y el tercero. Faltando toda ligazón entre el acto de este último y el débito ajeno, la prestación no extingue la obligación preexistente ni siquiera en forma precaria, de suerte que automática e inmediatamente surge en favor del *solvens* un derecho de repetición (51).

El hecho es que la prestación de tercero tiene eficacia solutoria sólo en cuanto consigue realizar, en sentido jurídico, el interés que constituye el sustrato material del derecho del acreedor (52). Este último tiene derecho a obtener una prestación idéntica incluso desde el punto de vista subjetivo (53): no basta, en efecto, la mera coincidencia objetiva entre la deuda que el *solvens* trata de extinguir y la que atañe al verdadero deudor, dado que es necesario, además, que la prestación se dirija a la relación que efectivamente existe entre las partes (54).

Solamente cuando se pueda identificar la relación ajena *en base a la referencia del «solvens»* (subrayado del traductor) podemos hablar, en sentido técnico, de cumplimiento por tercero; en cualquier otro caso, nos hallaríamos ante un pago indebido. El hecho de que con posterioridad la

(49) SCHLESINGER, «L'indebito...», pág. 67, llega a esta conclusión partiendo de la colocación del artículo 2.036 en el título relativo al «pago de lo indebido».

(50) En tal sentido, MOSCATI, «Pagamento...», pág. 189.

(51) El derecho del acreedor hacia el verdadero deudor queda imprejuizado, ya sea en el momento de la *solutio*, ya en el período de tiempo que va desde el momento del pago hasta el ejercicio de la *condictio* por el tercero (así, SCHLESINGER, «L'indebito...», pág. 70).

Todo lo que ha quedado dicho en el texto no significa que el pago indebido *ex persona debitoris* carezca de autonomía respecto al pago indebido objetivo, sino, simplemente, que el artículo 2.036 reafirma la validez del principio de la causalidad de las atribuciones patrimoniales en un caso, realmente complejo, de pago de lo indebido: cuando existe una relación obligatoria conectada a la persona del acreedor-*accipiens* (*vid.* nota 1).

(52) Así, textualmente, NICOLÒ, «L'adempimento...», pág. 37, opinión que suscribe MOSCATI, «Indebito...», pág. 91.

Solamente en caso tal la intervención del tercero constituye una causa de consumación de la relación obligatoria. Si se prescinde por un momento de la hipótesis de subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor (art. 1.201), la prestación del tercero asume la misma función que la del cumplimiento por el deudor, dado que realiza el interés del acreedor y extingue la obligación del verdadero deudor (*vid.*, al respecto, y especialmente en la consideración de que el pago de la obligación supone solamente un hecho del deudor, la anterior nota 13).

(53) En tal sentido, *vid.*, por todos, THOMAE, «Tilgung...», pág. 627.

(54) *Vid.* NICOLÒ, «L'adempimento...», págs. 28 y 190.

prestación resulte irreplicable debido a la concurrencia de otros factores, no incide sobre la cualificación del supuesto de hecho (55). Remodeladas así las dos categorías (pago indebido subjetivo y cumplimiento por tercero), el problema de la inmediata repetibilidad de la prestación solamente podría ser planteado cuando falte o sea nula la declaración de referir el pago a una relación ajena (56). La declaración del *solvens* representa el punto de apoyo de toda la fenomenología del cumplimiento por tercero, toda vez que precisamente sobre esa declaración es por lo que tal figura asume naturaleza negocial (57), y por lo que la ley reconoce a la prestación

(55) Tal ocurriría, por ejemplo, cuando la irrepeticibilidad suponga una «sancción» al comportamiento culposo del *solvens* que no se haya cerciorado previamente del estado de las cosas (*vid.* al respecto nuestro trabajo «Del pago...», cit., páginas 15 y 24-25).

(56) *Vid.*, en tal sentido, SCHLESINGER, «L'indebito...», pág. 64. Y en torno a los efectos de una falta de declaración por parte del *solvens*, *vid. infra*, epígrafe 4, texto y nota 69.

(57) Así, RESCIGNO, «Ripetizione...», cit., pág. 1230, e *Incapacità naturale e adempimento*, Nápoles, 1950, pág. 232. *Vid.*, en el mismo sentido, BARBERO, *Sistema...*, cit., pág. 33 del vol. II, y NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1966, pág. 215. Este último autor reconstruye el cumplimiento por tercero como un negocio abstracto, en cuya base hallaríamos, según los casos, una liberalidad respecto al verdadero deudor o bien otra causa distinta. En la doctrina francesa, *vid.* CATALA, «La nature...», cit., págs. 265 a 267. Para algunos autores alemanes, de la naturaleza negocial del cumplimiento de la obligación ajena se deriva la consecuencia de que la declaración del *solvens* ha de ser interpretada según los criterios hermenéuticos contenidos en los párrafos 133 y 157 del BGB; así, por todos, THOMAE, «Tilgung...», pág. 267, y ZEISS, «Leistung...», pág. 9.

Bajo el imperio del anterior Codice, NICOLÒ, en su citada obra *L'adempimento...*, págs. 160 y ss., había sostenido, con vigorosos argumentos, la naturaleza contractual del cumplimiento por tercero, reconstruyendo la figura como un supuesto de hecho complejo, compuesto de dos elementos, a saber: la declaración de voluntad de los sujetos y la efectiva imputación (*esplorazione*) por tercero de su actividad solutoria. Tesis que recientemente ha sido reasumida por SCHLESINGER, «L'indebito...», cit., pág. 64. RESCIGNO, en su «*Incapacità...*», págs. 231 y 232, lleva a cabo un planteamiento distinto, al entender que el cumplimiento por tercero asume, bajo la declaración de cumplir una deuda ajena, la misma función y la misma estructura del cumplimiento por parte del deudor, dado que el acto resulta, para el tercero, tan debido como lo hubiera podido ser para el verdadero deudor.

La reconstrucción de la figura como contrato (perfectamente válida bajo el imperio del anterior Codice) ha sido recientemente objeto de reexamen por parte de BARBERO, *Sistema...*, II, págs. 30 a 33. A la luz del actual sistema, parece preferible la tesis de la naturaleza del acto negocial unilateral, habida cuenta de que el cumplimiento por tercero puede tener lugar incluso contra la voluntad del acreedor, siempre y cuando éste no tenga un especial interés en que sea precisamente el deudor quien tenga que cumplir la prestación (art. 1.180, 1). Si, en efecto, no existe semejante cualificado interés, el acreedor no está legitimado para rehusar la *solutio* del tercero; si el acreedor rehúsa injustificadamente, el tercero puede recurrir a la oferta real o al depósito de la cosa debida, con eficacia liberatoria para el verdadero deudor (art. 1.210, 2). *Vid.* al respecto NATOLI, «L'attuazione...», pág. 222. Por otra parte, es de advertir que la eventual adhesión del acreedor a la declaración del tercero resulta irrelevante desde el punto de vista jurídico, dado que no refuerza en modo alguno la intervención de éste, ni se combina con dicha decla-

de tercero la misma función solutoria que la del cumplimiento por el verdadero deudor (58).

Con todo lo hasta ahora expuesto no tratamos de afirmar que el error del *solvens* carezca, siempre y en todo caso, de relevancia jurídica; tratamos solamente de precisar que el tipo de error que atañe al cumplimiento por tercero no es el que recae sobre el carácter ajeno de la obligación, sino el que atañe a la individualización de la persona del acreedor o a una de las modalidades del contenido de la obligación, siempre considerada ajena (59). Si, por el contrario, el tercero declara que cumple una presunta deuda propia, está fuera de lugar hablar de cumplimiento ajeno (60), pues se trataría de pago indebido subjetivo *ex latere solventis*. Cuando la declaración del *solvens* sea anulable, por haber sido emitida bajo amenazas del verdadero deudor, sabiéndolo el acreedor-*accipiens* (61), o sin haber estado en disposición de valorar exactamente el alcance de esa declaración (62), la prestación conserva su aptitud para extinguir la relación ajena (63). Sólo como consecuencia de la anulación del negocio deviene sin causa la prestación del tercero, pues efectivamente la anulación incide sobre uno de los elementos del supuesto que justificaba la atribución llevada a cabo en favor del acreedor, de suerte que así vuelve a revivir la preexistente relación entre el *accipiens* y el verdadero deudor (64).

ración hasta el punto de formar un negocio jurídico bilateral. *Vid.* al respecto recientemente MOSCATI, «Pagamento»..., cit., págs. 187 y 188, nota 19.

(58) Así, por todos, NICOLÒ, *L'adempimento*..., pág. 38, y RESCIGNO, «Incapacità...», págs. 231 y 232. En la doctrina extranjera, CATALA, «La nature...», página 265. *Vid.* también, *supra*, nota 13.

Por otra parte, es precisamente esta declaración, dirigida al acreedor, la que legitima al *accipiens* a rehusar la prestación, cuando existe un interés especial y cualificado para recibirla precisamente del verdadero deudor (art. 1.180, 1), o cuando el acreedor haya manifestado su expresa oposición a la intervención de tercero en la relación obligatoria (art. 1.180, 2). Sobre el poder del acreedor de rechazar el pago, *vid.*, por todos, NATOLI, *L'attuazione*..., I, págs. 216 y ss., y CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Nápoles, 1968, págs. 196 y ss.

(59) En tal sentido, *vid.* G. MIRABELLI, *L'atto*..., pág. 247. G. ANDREOLI, *Apunti*..., pág. 148, nos habla de otro posible caso de cumplimiento por tercero en el que la voluntad está viciada de error. Tal ocurriría cuando el *solvens* declara cumplir la prestación en calidad de tercero, pensando que es otro el verdadero deudor, cuando en realidad lo es él mismo.

(60) NICOLÒ, *L'adempimento*..., pág. 207.

(61) El ejemplo es de SCHLESINGER, «L'indebito...», pág. 66. A destacar, en todo caso, que siempre que la declaración del tercero se halle viciada de error, el acreedor está legitimado para rehusar la prestación que se le ofrece.

(62) RESCIGNO, *Incapacità*..., cit., pág. 234, considera, por el contrario, que difícilmente llega a distinguirse del de pago erróneo de deuda ajena, de suerte que quizá fuese preferible en todo caso conceder inmediatamente al *solvens* la acción de repetición.

(63) En tal sentido, SCHLESINGER, «L'indebito...», pág. 64.

(64) Así, textualmente, SCHLESINGER, loc. últ. cit. En caso de anulación de la declaración del tercero, si hubiese tenido lugar ya la subrogación del *solvens*, ésta caducará juntamente con la *solutio*, que constituye su necesario presupuesto.

EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE SOLVENTIS»

(CONCLUSION).

ANÁLISIS DEL CASO DE PAGO INDEBIDO QUE SATISFACE
EL INTERÉS DEL ACREEDOR. MECANISMO QUE PERMITE
INCIDIR SOBRE UNA RELACION AJENA

La investigación que hemos emprendido no permite trazar un cuadro exhaustivo de relaciones entre las dos figuras si olvidásemos citar el hecho de que algunas veces la prestación de tercero, aunque dirigida hacia una presunta deuda propia, se imputa por la ley a la verdadera relación existente entre el *accipiens* y el verdadero deudor. Esta eficacia para satisfacer el interés del acreedor, excepcionalmente reconocida a la prestación, no supone, empero, una diversa cualificación del hecho. En efecto: no puede hablarse, en sentido técnico, de cumplimiento de obligación ajena, desde el momento que se excluye la posibilidad, incluso como efecto eventual de la realización del interés del acreedor, de que quede liberado el verdadero deudor, aunque quede en pie, siempre que sea irrepetible la prestación ejecutada *sine causa*, la subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor satisfecho. Por otra parte, la necesidad de que concurran ciertas circunstancias, algunas de las cuales son extrañas al comportamiento del tercero o simplemente posteriores al hecho de la *solutio* (65), ayuda a confir-

Sin embargo, si el verdadero deudor, a su vez, ha pagado de buena fe al tercero, queda liberado frente al acreedor originario en los términos del artículo 1.189, pudiendo así ser configurada una hipótesis de pago al acreedor aparente (*rectius*: al tercero que ha cumplido una obligación ajena). *Vid.*, al respecto, NICOLÒ, *L'adempimento...*, pág. 208, nota 22.

(65) Piénsese, junto al hecho del *accipiens* que de buena fe se ha desprendido del título o de las garantías del crédito, en la adquisición por parte del *solvens* de la legitimación pasiva, o en la ratificación del comportamiento del tercero. Según THOMAE, «Tilgung...», pág. 627, en estos casos tendríamos una especie de convalidación del acto dispositivo, habida cuenta de que la prestación ejecutada, aun teniendo como objetivo la presunta relación entre el *solvens* y el acreedor, sería apta para incidir sobre la relación *accipiens*-acreedor, con la consecuencia de que el tercero podrá actuar contra este último. Estableciendo un paralelo con el caso de la ratificación del pago efectuado al no acreedor en el pago indebido *ex persona creditoris* (*vid.*, *infra*, epígrafes 5 y ss. de este trabajo), THOMAE considera posible que el verdadero deudor ratifique la actividad del *solvens*. De esta suerte, el cumplimiento de la presunta deuda propia se transformaría en cumplimiento por tercero. La tesis de THOMAE ya había sido anteriormente planteada en términos de Derecho común, siendo calificado el caso como *gestión de negocios*. *Vid.* ÖRTMANN, «Die Zahlung fremder Schulden», en *Arch. f. civ. Praxis*, 1894, págs. 367 y ss., especialmente 465. A destacar, no obstante, que la mayoría de la doctrina alemana actual se inclina por la solución negativa. En tal sentido, *vid.*, por todos, G. MATER, «Irrtümliche...», pág. 101; VON CAEMMERER, «Irrtümliche...», pág. 151, nota 49, y ESSER, *Schuldrecht*, II, pág. 349.

mar la tesis de que la prestación, no acompañada de una referencia expresa o tácita a la relación ajena, no es apta para producir los mismos efectos que el cumplimiento por el deudor, y de que al mismo tiempo el interés del acreedor ha sido satisfecho solamente desde el punto de vista económico, toda vez que la prestación recibida no puede ser considerada exacta en el aspecto subjetivo (66) (adición del traductor: y jurídico).

Queda aún por identificar el medio técnico a través del cual la prestación llevada a cabo por tercero pueda incidir sobre una relación distinta de aquella a la que previamente había sido imputada la prestación. La solución no parece fácil, desde el momento en que no podemos contar con un criterio legal para la identificación de la relación obligatoria. Es evidente que si el tercero manifiesta que refiere su prestación a una presunta deuda propia, no se puede atribuir a su voluntad relevancia alguna para la determinación, solutoria o no, que haya de asignarse a la prestación (67). No menores son las dificultades que aparecen cuando el tercero no declara a qué relación, propia o ajena, trata de referir su prestación. O en caso de disenso entre *solvens* y *accipiens* acerca de la función de dicha prestación. Por ejemplo: A cumple una prestación en favor de B, considerándose deudor a título de mutuario; B, por el contrario, es acreedor de C, por un título distinto (68). En el primer caso, la falta absoluta de cualquier tipo de referencia, expresa o tácita, a la deuda ajena impide que

En nuestro Ordenamiento jurídico resulta verdaderamente difícil la plena acogida de la tesis de THOMAE. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el tercero no ha actuado en interés del verdadero deudor, desde el momento en que creía estar pagando una deuda propia. Faltan, por consiguiente, los presupuestos de la gestión de negocios, tanto más cuanto que ni siquiera cabría reconocer al *solvens* el carácter de *falsus procurator* del verdadero deudor. En todo caso, admitiendo que pueda hablarse de cumplimiento de tercero en sentido técnico, queda en pie el problema de la protección al *solvens*, al no poder actuar en repetición contra el acreedor satisfecho. Si, en efecto, el tercero no se ha subrogado en los derechos del *accipiens*, termina por tener a su disposición solamente la acción de enriquecimiento.

(66) La subrogación *ex lege* del *solvens* en los derechos del acreedor es la prueba más elocuente de la falta de una satisfacción, incluso en sentido jurídico. *Vid.*, por todos, THOMAE, «Tilgung...», pág. 627.

(67) La prevalencia, normalmente reconocida a la voluntad del *solvens*, de individualizar la relación (art. 1.193, 1), y, más en general, de determinar la *función de la prestación* (subrayado del traductor), es una manifestación más del principio del *favor debitoris*, acogido por el vigente Codice. (Tal es la opinión de NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milán, 1967, pág. 189.) El *accipiens*, en efecto, puede rehusar la prestación, pero no puede asignarle una función distinta. En tal sentido, *vid.*, entre otros, SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 41, nota 13.

(68) El ejemplo es de SCHLESINGER, en la obra últimamente citada, pág. 40. Este autor se pregunta si B puede negarse a restituir la prestación a A, cuando de buena fe se haya desprendido del título o inutilizado las garantías del crédito, o cuando A haya procedido culposamente en la valoración de la realidad de los hechos.

la prestación produzca los efectos típicos del cumplimiento por tercero, al no quedar suficientemente determinada la relación a la que se imputa la *solutio* (69). En el segundo caso, y debido al disenso entre las partes, tampoco existe la posibilidad de una realización objetiva del interés del acreedor, por lo cual, en rigor, se debería excluir cualquier posibilidad de referir la prestación a la relación en que el *accipiens* es parte (70).

El problema que acabamos de denunciar resultaría probablemente insoluble si se razona en términos de cumplimiento por tercero, toda vez que siendo indispensable una referencia a los sujetos de la obligación, jamás podría existir conformidad entre la prestación cumplida y la debida al acreedor (71). Por el contrario, la disciplina del artículo 2.036 demuestra que para justificar la irrepetibilidad de la prestación no es necesario mirar al verdadero deudor; la ligazón entre la *solutio* del tercero y el crédito del *accipiens* ha de apoyarse en un criterio distinto al de la voluntad del *solvens*. Naturalmente, tratándose de prestación no debida, no es suficiente un criterio meramente objetivo de identificación de la relación: es necesario, además, un *nexo de naturaleza exquisitamente subjetiva* (72) (subrayado del traductor; frase textual del autor).

Remitiéndonos a todo cuanto hemos dicho anteriormente en orden a la tutela de la seguridad del *accipiens*, y a la irrepetibilidad de la prestación como sanción al comportamiento culposo del *solvens* (73), nos parece fuera de lugar fijar nuestra atención en la relación que el tercero haya tenido *in mente*; antes bien, conviene precisar si el acreedor ha considerado que la prestación recibida se refería precisamente a su derecho en relación con el verdadero deudor (74). La demostración de esto podría

(69) En el caso expuesto, el *accipiens* no está en disposición de darse cuenta de si el tercero trata de cumplir una deuda ajena o una presunta deuda propia. Así opina RESCIGNO, *Ripetizione...*, pág. 1231, e *Incapacità...*, pág. 219. En idéntico sentido, y entre otros, THOMAE, «Tilgung...», pág. 627, y MOSCATI, «Pagamento...», pág. 188. *Vid.* igualmente los autores citados *supra* en la nota 40.

(70) El disenso entre las partes, en orden a la función que se debe asignar a la prestación, es suficiente, según algunos autores alemanes, para el ejercicio de la *condictio* contra el *accipiens*. *Vid.*, por todos, VON CAEMMERER, «Irrtümliche...», pág. 150. SCHLESINGER, en «La ratifica...», pág. 40, se pregunta si es posible, sobre la base de la intención de una sola de las partes interesadas, ligar la prestación del tercero con la relación jurídica realmente existente.

(71) Observación de SACCO, «Quale azione...», pág. 238, y, en el mismo sentido, SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 37.

(72) Tal SACCO, *ob. ult. cit.*, pág. 239. *Vid.* igualmente G. ANDREOLI, «Appunti...», págs. 136 y 137, al considerar, con toda razón, la necesidad de conjurar los criterios de identidad objetiva y subjetiva, este último desde el ángulo visual activo.

(73) En este punto, permítasenos remitirnos a nuestro estudio «Del pagamento...», *cit.*, págs. 14 y 15, así como a la nota 1, *supra*. A la *ratio* del artículo 2.036 se remiten igualmente SACCO, «Quale azione...», pág. 239, y SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 40.

(74) Tal SACCO y SCHLESINGER, obras *últ. citadas*. De una interpretación conjunta de los artículos 2.036 y 1.189 se deduce el principio de que, al faltar la

venir dada a través de cualquier medio de prueba, incluso a través de hechos concluyentes, como el ejercicio privado del título o de las garantías del crédito, o por haber subrogado a un tercero en sus derechos frente al deudor. De todas formas, se trata de una mera cuestión de hecho, que habrá de ser resuelta caso por caso (75).

EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE ACCIPIENTIS».

PAGO A UN TERCERO NO LEGITIMADO Y DINAMICA DE LA OBLIGACION. EXAMEN ESPECIAL DE LA RATIFICACION DEL PAGO EFECTUADO EN FAVOR DEL NO ACREEDOR

El estudio del pago indebido *ex latere accipientis* replantea la misma problemática que acabamos de exponer: la de individualizar la relación obligatoria a la que se imputa la prestación. También aquí tenemos, por así decirlo, una intromisión del tercero en una relación ajena, dado que la situación que ahora se crea es, en cierto sentido, inversa a la que constituye el sustrato del pago indebido *ex persona debitoris* (76). La discordancia en los sujetos de la obligación afecta ahora al lado activo de la relación obligatoria, toda vez que la prestación se dirige a sujeto distinto del verdadero acreedor o de la persona legitimada para recibir el pago (art. 1.188, apartado 1). Pero este punto de conexión con el pago indebido *ex persona debitoris* no basta por sí solo, sin más elementos exegéticos o sistemáticos, para justificar la elaboración de una segunda categoría de pago indebido subjetivo. Si en este concretísimo caso de pago a tercero (77) tuviésemos,

causa de la atribución, la eventual irrepitibilidad de la prestación se justifica en base a la intención del sujeto, que es parte de la relación obligatoria realmente existente, es decir: el *accipiens* en el pago indebido *ex persona debitoris* y el *solvens* en el pago indebido *ex persona creditoris*. En la doctrina alemana, se considera que en las relaciones trilaterales el objeto de la prestación debe ser determinante desde el punto de vista del *accipiens*. En tal sentido, *vid.*, entre otros, ZEISS, «Leistung...», pág. 9; ESSER, *Schuldrecht*, II, págs. 350 y 351; KUNISCH, *Die Voraussetzungen...*, págs. 31 y 32, en cuyas notas 110 y 111 se cita ulterior bibliografía. En la jurisprudencia alemana, *vid.* la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 31 de octubre de 1963.

(75) En tal sentido, SACCO, «Quale azione...», pág. 239.

(76) Así, por todos, THOMAE, «Tilgung...», pág. 627.

(77) Del «pago a tercero» se puede hablar bajo una doble acepción. La primera de ellas se refiere a todos los casos en que el deudor, que ejecuta la prestación en favor (*nelle mani*) de sujeto distinto al acreedor, cumple exactamente el tenor de la obligación; tal sería la noción de pago a tercero en sentido técnico. Pero he aquí que también cabría hablar de «pago a tercero» para señalar el simple hecho de que la prestación ha sido recibida por quien no es su destinatario en el sentido del artículo 1.188, 1, aunque con posterioridad el deudor resulte liberado por el concurso de ulteriores circunstancias, o aunque surja para el tercero una obligación de restituir al *solvens*. En estos dos últimos casos, el supuesto de

en cualquier hipótesis y como único efecto, el del nacimiento del derecho a la repetición en favor del *solvens*, es evidente que quedaría confirmada la opinión de cuantos, en la doctrina italiana, sostienen que el pago indebido *ex persona creditoris* es una categoría dogmática inútil, al estar privada de toda relevancia respecto a la del pago indebido objetivo (78).

En el caso que ahora nos ocupa, es innegable que el *solvens* cumple con su deber solamente en apariencia: aun cuando él sea el verdadero deudor, de forma que exista una *causa solvendi* válida, la prestación ejecutada no es conforme, desde el punto de vista del destinatario, al contenido de la obligación (79), con lo cual no puede tener lugar el efecto típico de la *solutio*, es decir: la extinción de la relación obligatoria.

A pesar de todo, parece que en ciertos casos el Derecho vigente ofrece cierta base para afirmar la tesis de una autonomía dogmática del pago indebido *ex persona creditoris* (80). La *ratio* de aproximación entre las dos figuras del pago indebido subjetivo radica en el hecho de que la prestación efectuada en favor de un tercero no legitimado para recibirla puede incidir sobre la relación obligatoria constituida entre el *solvens* y el verdadero acreedor. Se trata de casos concretos, en los que el legislador, por razones distintas en cada hipótesis, no solamente reconoce al *solvens* el derecho a repetir, sino que, además, atribuye a la *solutio* la facultad de extinguir la relación obligatoria, configurando así una serie de supuestos de hecho muy distintos del cumplimiento en sentido técnico (81).

Uno de los medios de alcanzar este efecto liberatorio es la ratificación, por el verdadero acreedor, del pago efectuado al no acreedor; con ello se da relieve y trascendencia a la actividad del deudor, cuando ésta se dirige

hecho viene calificado como pago indebido *ex persona debitoris*. Al segundo significado de la expresión «pago a tercero» van dedicados éste y los sucesivos párrafos (subrayado del traductor). Acerca del doble significado de la expresión «pago a tercero», vid. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milán, 1961, pág. 1, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 81.

(78) Vid. en tal sentido los autores citados *supra*, notas 3, 5 y 6.

(79) Sobre este punto, vid., entre otros, SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 48, e *Il pagamento...*, pág. 148; AGHINA, «Il destinatario...», págs. 82 y 83, y, recientemente, MOSCATI, «Pagamento e ripetizione dell'indebito», cit., págs. 87 y 88.

(80) La existencia en nuestro Ordenamiento de la figura del pago indebido *ex persona creditoris*, junto a la del pago indebido *ex persona debitoris*, viene dada, con toda certeza, de una interpretación conjunta de los artículos 1.188, 2, y 1.189. Tal piensan, entre otros, GRECO, «Ripetizione...», pág. 38, e «Il pagamento...», pág. 243; SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 38 y nota 6, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 110, nota 84. La doctrina dominante, sin embargo, sustenta la opinión contraria, como hemos visto antes. Vid., por todos, ANDREOLI, «Appunti...», pág. 142. Más citas doctrinales y jurisprudenciales, *supra*, notas 5 y 6.

(81) Así, textualmente, SHLESINGER, *Il pagamento...*, pág. 135, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 81.

hacia una relación distinta (e inexistente) (82). El mismo artículo 1.188, en su apartado 2, contempla una segunda hipótesis: que el verdadero acreedor se haya aprovechado, incluso indirectamente, de la prestación del tercero (83). Otros casos, en fin, nacen del propio sistema: así, la adquisición del crédito por parte del *accipiens*, la sucesión *mortis causa* del tercero en los derechos del verdadero acreedor, o viceversa (84). Especial mención, dentro de este cuadro, merece el problema del pago al acreedor aparente, aunque no sea más que como consecuencia de su reflejo sobre el problema de la legitimación del verdadero acreedor frente al *accipiens* (85).

El desfase entre las personas del *accipiens* y el destinatario de la prestación no impide que la ley, en base a un mecanismo no distinto al que hemos visto para el pago indebido *ex latere solventis* (86), conecte el pago a la relación auténtica. A través del concurso de una serie de circunstancias, las más de las veces posteriores a la *solutio*, la prestación es válida para satisfacer en algún modo el interés del acreedor, aun cuando se dirija

(82) En tal sentido, *vid.* SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 38, donde analiza las razones que permiten referir el artículo 1.188, 2, incluso a la hipótesis de tercero no legitimado que recibe la prestación como suya. En contra, STOLFI, «In tema di palidità di pagamento», en *Appunti sugli artt. 1.188 e 1.189 Cod. civ., Riv. Dir. Civ.*, 1971, I, pág. 23. Para STOLFI, el artículo 1.188, 2, se refiere solamente al caso de prestación recibida por el *falsus procurator*. Lo mismo opinan SCHLESINGER y NATOLI, *L'attuazione...*, II, págs. 167 y 168. Para NATOLI, la ratificación por parte del verdadero acreedor viene a ser como una renuncia a aprovecharse de la ineficacia del pago hecho a tercero. Evidentemente, más que de una verdadera ratificación, en el sentido del artículo 1.399, se trata de una especie de *convalidación*. *Vid.*, al respecto, *infra*, nota 88.

(83) Existe provecho del acreedor siempre que, de la prestación cumplida por el deudor en favor de tercero, obtenga una ventaja (*profitio*) que, desde un punto de vista objetivo, pueda ser considerada equivalente a la que hubiera obtenido con el cumplimiento exacto (así, SCHLESINGER, *Il pagamento...*, pág. 168; AGHINA, «Il destinatario...», pág. 111, etc.). La noción de «provecho» a que alude el artículo 1.188, 2, difiere del concepto de «utilidad» (*vantaggio*) al que aluden el artículo 2.039 y una serie de normas legales cuyo común denominador es la tutela de los incapaces (arts. 1.190, 1.443, 1.769, 2, y 1.950 *in fine*). La noción de «utilidad» parece remitirse a criterios típicos de administración (y así opina NATOLI en su obra *L'attuazione...*, II, pág. 168), de forma que convendría examinar y fijar, caso por caso, el destino específico de cada prestación (adición del traductor: de *dare*) que ya ha entrado a formar parte del patrimonio del incapaz (en tal sentido, *vid.* MOSCATI, «Pagamento e ripetizione...», pág. 98, y «Del pagamento dell'indebito...», cit., pág. 70). La «utilidad» aparece, en consecuencia, como un criterio de valoración mucho más estricto que el de «provecho»; en este último, han de ser tenidos muy en cuenta, de una parte, el inmediato retorno a la esfera del verdadero acreedor de lo recibido por el tercero, y, de otra, cualquier otro posible destino de la prestación, que de cualquier forma le resulte favorable, por ejemplo: la liberación de una pasividad, o la eliminación de un peligro de daño a las personas o a las cosas (textualmente, NATOLI, ob. cit., págs. 168 y 169).

(84) Más detalladamente, *vid.* SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 38, nota 5.

(85) *Vid. infra*, epígrafe 7.

(86) *Vid. infra*, nota 106.

a sujeto no legitimado para recibirla. En este sentido, la ratificación del pago efectuado a persona distinta del acreedor puede ser considerada con razón la hipótesis paradigmática: la aprobación del verdadero acreedor equivale a afirmar que para él la prestación llevada a cabo en favor de tercero es exactamente la misma que le era debida (87).

De ello se deduce que los efectos de la atribución efectuada en favor del perceptor (atribución que en estricto rigor debería ser considerada como pago indebido, al no existir causa alguna del desplazamiento patrimonial) se consolidan definitivamente en la esfera del tercero (88). Al mismo tiempo, y como consecuencia de la ratificación, aparece una segunda relación (entre el tercero y el verdadero acreedor), añadida a la primitiva entre los sujetos de la obligación (89). De esta suerte, se crea *ex post* una situación que no difiere en sustancia del fenómeno de las atribuciones indirectas (90), dado que el desplazamiento patrimonial entre las esferas del deudor y el tercero se justifica no en base a la (presunta) relación existente entre ellos, sino en virtud de la relación que se viene a constituir entre cada uno de ellos y el verdadero acreedor, que es, en definitiva, el centro propulsor de este mecanismo, desde el momento que, precisamente como consecuencia de su intervención, vienen a producirse los efectos típicos del cumplimiento por el deudor (91). Naturalmente, la liberación del *solvens* no deja de repercutir, a su vez, sobre el ejercicio de la *condic-*

(87) Así, SCHLESINGER, *Il pagamento...*, pág. 168, y «La ratifica...», págs. 43 y 44, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 111.

(88) Algunos autores alemanes han puesto en tela de juicio la posibilidad de ratificar el pago efectuado a persona que no es acreedora; en tal sentido, *vid.*, por todos, ESSER, *Schuldrecht*, II, pág. 375. De ello se inferiría que el verdadero acreedor conserva todos sus derechos frente al *solvens*, el cual podría, a su vez, actuar contra el *accipiens*. Para un nuevo y total replanteamiento del problema, *vid.* ROTH, «Ist eine Genehmigung bei par. 816 II möglich?», en *Juristen Zeitung*, 1972, páginas 150 y ss., esp. 153, donde se propugna una solución más bien restrictiva. En el sentido del texto, *vid.*, por el contrario, KUNISCH, *Die Voraussetzungen...*, página 145, y *supra*, nota 82.

(89) Así, KUNISCH, loc. ult. cit.

(90) En las atribuciones indirectas, una sola prestación vale para realizar y hacer efectivas dos relaciones jurídicas distintas, a saber: la que existe entre el *solvens* y el acreedor y la existente entre este último y el *accipiens*. Dicho con otras palabras: un solo desplazamiento patrimonial realiza dos atribuciones: del *solvens* al verdadero acreedor y de éste al tercero. En el caso que se examina en el texto, falta la justificación causal de la atribución llevada a cabo por el acreedor al *accipiens*, de suerte que deberían entrar en acción los *instrumentos de reacción* contra desplazamientos patrimoniales injustificados. La ratificación del verdadero acreedor elimina la falta de causa de la atribución del verdadero acreedor en favor de tercero (*vid.* SCHLESINGER, *Il pagamento...*, págs. 41 a 43).

(91) Acerca del tema, *vid.*, por todos, NICOLÒ, *L'adempimento...*, págs. 129 y ss. La doctrina alemana distingue tradicionalmente dos categorías de atribuciones indirectas: pago por medio de tercero (*Leistung eines Dritten*) y pago a tercero (*Leistung mittels eines Dritten*). En tal sentido, *vid.* ESSER, *Schuldrecht*, II, páginas, 344 a 348. *Vid.*, igualmente, *supra*, nota 2 de este trabajo.

tio indebiti. Pero de esto deberemos ocuparnos analíticamente, toda vez que, bajo el imperio del actual *Codice*, algunos autores han replanteado la añeja cuestión de la legitimación del verdadero acreedor frente al *accipiens* (92).

EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE ACCIPIENTIS»

(CONTINUACION).

EL PAGO INDEBIDO EX PERSONA CREDITORIS COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DE UN MAS AMPLIO SUPUESTO DE HECHO DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES. MECANISMO DEL PAGO HECHO AL ACREEDOR APARENTE. HETEROGENEIDAD DE LA CATEGORIA DEL PAGO INDEBIDO EX PERSONA CREDITORIS

La autonomía dogmática del pago indebido *ex persona creditoris*, en relación con el pago indebido objetivo, es el reflejo de una relación obligatoria que afecta al autor de la prestación. Si, en efecto, es cierto que el pago hecho a persona no legitimada para recibirlo se halla carente en absoluto de eficacia extintiva directa, no es menos cierto que, en algunos casos, la *solutio* adquiere un relieve propio, como elemento constitutivo de un supuesto de hecho más amplio, del cual viene a formar parte como antecedente indispensable (93). No ocurre lo mismo en el caso del pago indebido objetivo: aquí, por ejemplo, resultaría jurídicamente irrelevante la ratificación de la conducta del *solvens* por parte del pretendido acreedor (94), al faltar por completo una relación jurídica a la que pudiera ser imputada la prestación.

La relevancia del pago indebido *ex persona creditoris* viene reforzada

(92) *Vid., infra*, epígrafe 7.

(93) Así, SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 38, nota 6, e *Il pagamento...*, páginas 166 y 167.

(94) SCHLESINGER, «La ratifica...», págs. 49 y 50, opina lo contrario: la eficacia de la ratificación proveniente del tercero comportaría, por un lado, que éste adquiriera la legitimación pasiva de la *condictio* ejecutada por el *solvens*, y, por otro lado, el derecho de actuar contra el *accipiens* para lograr la restitución de todo cuanto del *solvens* haya obtenido. A este original y agudo planteamiento cabría objetar que, así las cosas, se vienen a complicar en gran medida las relaciones *solvens-accipiens*. En efecto, creemos que la eventual eficacia de la ratificación por parte de tercero debería conducir únicamente a una sucesión de éste al *accipiens* en la titularidad de la obligación de restituir; el tercero no puede pretender nada del *accipiens*, dado que es libre de intervenir o no en la relación (de prestación) existente entre el *solvens* y el receptor. Es innegable, en todo caso, que, sobre la base de nuestra opinión, la ratificación termina por resolverse en una atribución a título gratuito a favor del *accipiens*.

por la propia autonomía normativa, que, sin duda, necesita dar reconocimiento, dentro de ciertos límites, a esta figura: de la misma manera que el artículo 2.036 constituye la base del pago indebido *ex persona debitoris*, se deduce del artículo 1.188, 2, la existencia de una segunda forma de pago indebido subjetivo (95). Se supera así la objeción de algunos autores, para los cuales ya no podría existir, tras la desaparición de una disposición como la del artículo 1.145 del anterior *Codice*, regulación alguna de este fenómeno en el Derecho vigente (96). No parece posible, en efecto, negar que en las dos hipótesis previstas por el artículo 1.188, 2, existe un verdadero y auténtico pago de lo indebido (97). La separación entre el momento de la *solutio* del tercero y aquel en que se produce el efecto extintivo demuestra que la prestación carece de *causa solvendi* en relación con el *accipiens*. Reiterando lo dicho hace poco: la liberación del deudor se debe al concurso de circunstancias posteriores al hecho del pago: la ratificación del acto del *solvens* o el provecho que de cualquier forma obtenga el verdadero acreedor (98).

Análogas consideraciones cabría hacer en orden al pago hecho al acreedor aparente, institución regulada en el artículo 1.189, y que constituye otra de las hipótesis invocadas para sostener la autonomía del pago indebido *ex persona creditoris* (99). También en este caso es innegable que la prestación se ha efectuado en favor de un tercero no legitimado para recibirla, desde el momento en que es la propia ley la que habla de «legitimación aparente». La liberación del deudor no es automática, sino subordinada a la existencia de algunos requisitos ulteriores (100). *Solamente con el concurso de todas estas circunstancias puede justificarse la prevalencia del interés del solvens (extinción de la obligación) sobre el del verdadero acreedor* (lograr la prestación) (101) (subrayado del traductor).

(95) En tal sentido, SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 38, nota 6, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 110, nota 84.

(96) Los artículos 1.145 y 1.146 del *Codice* anterior se referían al pago indebido subjetivo en su conjunto; concretamente, el 1.145 se ocupaba de la condición psicológica del *accipiens indebiti*, estableciendo la irrelevancia, a efectos de repetición, de su estado de buena o mala fe. Acerca de este punto, *vid.* CARNELUTTI, «Prova dell'errore per la ripetizione dell'indebito», en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1938, II, págs. 81 y ss., esp. 83.

(97) SCHLESINGER, *Il pagamento...*, pág. 167.

(98) *Vid.*, entre otros, al respecto, SCHLESINGER, *ob. cit.*, págs. 166 y 167, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 110.

(99) ... sobre todo por parte de GRECO, «Ripetizione...», pág. 38, e «Il pagamento...», pág. 243, y SACCO, «Quale azioni...», pág. 242. *Vid.* recientemente BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Nápoles, 1964, págs. 143 y 177. Autores como SCHLESINGER y AGHINA dan mayor importancia, a efectos de autonomía de la figura, al artículo 1.188, 2.

(100) AGHINA, «Il destinatario...», pág. 113.

(101) Sobre este punto, *vid.*, entre otros, FALZEA, epígrafe «Apariencia», en *Enc. del Dir.*, II, Milán, 1958, págs. 682 y ss., esp. la 698, y las citadas obras de SCHLESINGER y AGHINA, *loc. ult. cit.*

La ley, evidentemente, ni obliga ni autoriza al deudor a pagar al aparentemente legitimado: se limita a tutelar la buena fe no negligente (*incolpevole*) del *solvens* (102). Cuando éste no se haya cerciorado bien del estado efectivo de las cosas o haya pagado a quien aparece legitimado por circunstancias evidentes, aunque el *solvens* conozca la falta de legitimación del *accipiens*, jamás podrá tener lugar la extinción de la obligación respecto al verdadero acreedor y vendrá obligado a pagar por segunda vez (103).

Por el contrario, la valoración del comportamiento del deudor cambia radicalmente cuando la aparente legitimación del *accipiens* concurre con la buena fe no negligente del *solvens*, dado que la prestación, aun cuando ha sido indebidamente recibida por tercero, es considerada por la ley como una auténtica y verdadera realización de la obligación (104). Existen, en efecto, elementos objetivos válidos para admitir que la prestación sea imputada a la verdadera relación (105); como consecuencia de la exacta identificación de la relación obligatoria (106), el pago sirve para

(102) La buena fe no solamente ha de ser excusable (*incolpevole*), sino también demostrada por el *solvens*; mas he aquí que también es necesaria la presencia de un elemento objetivo, representado por la situación de apariencia. Acerca de este punto, *vid.*, por todos, GIORGIANNI, epígrafe «Acreedor aparente», en *Noviss. Dig. it.*, IV, Turín, 1959, págs. 1156 y ss.; SCHLESINGER, «La ratifica...», página 41, e *Il pagamento...*, pág. 140; AGHINA, «Il destinatario...», pág. 115, texto y nota 100, etc. Más concretamente, FALZEA, en su citada obra, pág. 698, opina que la buena fe excusable cumple una función convalidadora, al suplir la carencia de legitimación del *accipiens*.

(103) *Vid.* SCHLESINGER, *Il pagamento...*, pág. 145, nota 19, y AGHINA, «Il destinatario...», págs. 113 a 115, nota 104, con citas jurisprudenciales.

(104) Una vez cumplido el acto, ya no existe diferencia alguna sustancial entre legitimación aparente y legitimación sustancial, a efectos de liberación del *solvens*. (Tal opina SCHLESINGER, *Il pagamento...*, pág. 144.) Tal diferencia aparece, por el contrario, antes de ser ejecutada la prestación; la irrelevancia de la legitimación aparente hasta el momento de la *solutio* en manos de tercero consiente al deudor rehusar el pago que le exija el que aparece legitimado para recibirlo sobre bases aparentemente incuestionables (*in base a circostanze univoche*).

(105) Así, SCHLESINGER, *Il pagamento...*, págs. 140 y 141; MOSCATI, «Pagamento e ripetizione...», pág. 89, y G. MAIER, «Irrtümliche...», págs. 106 y 107. La cualidad de legitimado aparente, por parte del *accipiens*, es un elemento de hecho que justifica, sobre bases objetivas, la buena fe del *solvens*. Acerca de este extremo, *vid.* NICOLÒ, *L'adempimento*, pág. 54.

(106) El problema de la identificación de la relación obligatoria sigue sin ser resuelto en los casos contemplados por el artículo 1.188, 2, y más concretamente cuando el *solvens* haya ejecutado la prestación en favor de tercero por considerar que es éste el verdadero acreedor. STOLFI, en la página 23 de su citado trabajo «In tema di palidità...», considera que este caso, en el que el tercero recibe la prestación en nombre propio, es ajeno por completo al supuesto de hecho contemplado por el artículo 1.188, 2, que se refiere única y exclusivamente al *falsus procurator*. Ciertamente, la solución es más factible si el tercero hubiera cobrado la suma de dinero en nombre del verdadero acreedor, incluso careciendo de poder para ello; aquí, efectivamente, aunque la prestación del *solvens* carezca de por sí de eficacia alguna extintiva de la obligación, dado que el *falsus procurator* es un

liberar al deudor por más que, en base a un error de ejecución, la prestación haya sido cumplida en favor de un tercero (107).

No supone obstáculo para reconocer autonomía normativa al pago indevido *ex persona creditoris*, el hecho de que los artículos 1.188, 2, y 1.189 hayan sido colocados bajo la rúbrica legal «del cumplimiento de las obligaciones» y no en la que hubiera sido más apropiada de «pago de lo indevido». Este emplazamiento legal se explica razonablemente a poco que se observe el aspecto bajo el cual los citados artículos contemplan esta figura (108): en ambos preceptos, el pago a tercero, antes que hacer surgir un derecho a la repetición en favor del *solvens*, se inserta en un mecanismo complejo, dando lugar a la liberación del deudor. De la coordinación entre los artículos 1.188, 2, y 1.189 con el apartado 1 del artículo 1.188 se deduce el principio de que siempre que la prestación haya sido cumplida en favor (*nelle mani*) de sujeto no legitimado para

tercero no legitimado para recibirla, no existe, en cambio, la menor duda en orden a la determinación de la relación obligatoria. De no haber faltado la legitimación del *accipiens*, el acto del deudor habría incidido sobre la relación que realmente existe entre éste y el verdadero acreedor. Tal es la opinión de SCHLESINGER en *Il pagamento...*, pág. 167.

Mayores dificultades aparecen cuando el *solvens* considera que el tercero es el verdadero acreedor, dado que entonces la prestación va dirigida hacia una presunta e inexistente relación entre *accipiens* y deudor. La liberación del *solvens*, que establece el artículo 1.188, 2, significa que, a pesar de todo, existe una referencia de la *solutio* a la relación existente y válida. Al igual que en el pago indevido *ex persona debitoris*, también aquí el nexo entre pago y relación obligatoria aparece como algo de naturaleza exquisitamente subjetiva, incluso siendo distinto, en otro aspecto, del que considerábamos en el epígrafe 4. Más concretamente: la ligazón entre la *solutio* al tercero y el derecho del verdadero acreedor se establece en base a la intención manifestada por el *solvens*. En cambio, carece totalmente de relevancia la función que el *accipiens* pueda atribuir a la prestación, dado que cuando el tercero no está legitimado para recibirla surge, a su cargo, la obligación de restituirla. No existiendo, en caso tal, razón alguna para tutelar al *accipiens* en mayor grado que al *solvens*, toma nuevo vigor el principio, consagrado por nuestro Ordenamiento, a cuyo tenor la voluntad del *accipiens* se halla subordinada a la del *solvens*, a efectos de determinar la función de la prestación. (Acerca de este punto, *vid.* SCHLESINGER, «La ratifica...», pág. 41, nota 13.)

La *ratio* de los artículos 1.188, 2, y 1.189 es ciertamente distinta de la contenida en el artículo 2.036, dado que aquéllos tienden a proteger al *solvens*, que es el verdadero deudor. Más concretamente, la eficacia liberatoria de la prestación dirigida a tercero, en los casos de ratificación o de aprovechamiento por el verdadero acreedor, se justifica con el hecho de que el deudor-*solvens* ha soportado el sacrificio económico que le venía impuesto como consecuencia de una relación obligatoria, por lo que, una vez haya tenido lugar el consentimiento del verdadero acreedor o la realización, incluso indirecta, del interés de este último, carecería de sentido mantener con vida la obligación. (Así, SCHLESINGER, *ob. últ. cit.*, pág. 41, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 110.)

(107) En tal sentido, MOSCATI, «Pagamento...», pág. 89.

(108) *Vid.*, en tal sentido, GRECO, «Ripetizione...», pág. 38, e «Il pagamento...», pág. 243.

recibirla, se debe hablar de pago indebido *ex persona creditoris* (109). Al propio tiempo, los artículos 1.188, 2, y 1.189 parecen indicar que el pago a tercero puede ser considerado, en nuestro ordenamiento, desde dos puntos de vista. Precisando: cuando la prestación sirve para extinguir, aunque con ayuda de otros factores, la obligación del deudor, la disciplina del pago indebido *ex persona creditoris* será la contenida en los artículos 1.188, 2, y 1.189; si, por el contrario, nace en favor del *solvens* un derecho a la repetición, el pago entra en la órbita general del artículo 2.033 (110).

Dicho con otras palabras: no existiendo, en el segundo caso, diferencias apreciables de trato jurídico respecto al pago indebido objetivo y sus consecuencias, vuelve a tomar vigor el principio de la causalidad de las atribuciones patrimoniales. Se comprende, al respecto, el porqué de la falta de una norma específica en el título relativo al «pago de lo indebido». La exigencia de una disposición que contemple, con carácter general, la figura del pago indebido subjetivo *ex latere accipientis*, desaparece una vez se considere que los artículos 1.188, 2, y 1.189 cubren, junto con el artículo 2.033, la totalidad del área de incidencia del pago a tercero no legitimado.

Después de todo lo dicho, resulta evidente que el pago indebido *ex persona creditoris* no constituye una categoría homogénea. Para sostener la hipótesis contraria habría que demostrar que el deudor queda liberado de su obligación respecto al verdadero acreedor por el solo hecho de haber cumplido la prestación a la que objetivamente estaba obligado, sin dar importancia al hecho de que el pago haya sido recibido por persona distinta al destinatario. Con otras palabras: habría que afirmar que en nuestro Ordenamiento existe un principio general, según el cual la liberación del deudor no se subordina a la realización del interés del acreedor, sino al hecho de que la prestación se dirija precisamente a la relación de la que el *solvens* es sujeto pasivo (111).

Por las razones indicadas hay que rechazar, sin duda alguna, la extensión del efecto liberatorio a cualquier tipo de pago a tercero: la prestación cumplida en favor de éste no produce otro efecto que el derecho a la repetición en favor del *solvens*, a menos que exista ratificación, provecho

(109) En el mismo sentido, GRECO, «Il pagamento...», pág. últ. cit., y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 119.

(110) Tal SACCO, «Quale azione...», cit., pág. 242, y GRECO, obras últ. cit. Este último autor, sin embargo, considera que el reconocimiento de la *condictio* en favor del deudor-*solvens* hallaría su fundamento en una aplicación analógica de los establecidos en el artículo 2.033.

(111) Así opina G. MAIER, «Irrtümliche...», págs. 106 y 107. Para una solución negativa, *vid.* recientemente, MOSCATI, «Pagamento dell'indebito...», págs. 193 y 194.

del verdadero acreedor o pago al acreedor aparente (112). Fuera de las hipótesis previstas en los artículos 1.188, 2, y 1.189, el pago indebido *ex persona creditoris* carece de cualquier tipo de autonomía dogmática y normativa. En estos dos casos, por el contrario, la figura se enriquece con nuevos elementos que relegan a un segundo plano el aspecto de la falta de causa en la atribución. La prestación del *solvens* se considera por la ley como una forma de actuación de la obligación, y ello repercute profundamente sobre el mecanismo típico del pago de lo indebido.

**BREVE RECAPITULACION DE TODO LO HASTA AHORA
EXPUESTO: HABLA EL TRADUCTOR, BAJO SU EXCLUSIVA
RESPONSABILIDAD**

1. Planteamiento general.—*El trabajo del profesor MOSCATI trata de demostrar (y a mi modesto entender lo consigue con creces) que, dentro del marco general de la causalidad de las atribuciones patrimoniales, cabe hablar de autonomía dogmática, no ya de la genérica figura del pago indebido, sino también de cada una de sus dos vertientes, objetiva y subjetiva, y aún más: de la doble faceta del pago indebido por razón del sujeto.*

En línea de principio, es evidente que una obligación de dare, constituida entre A y D, ha de traducirse en una prestación del segundo en manos del primero. Mas he aquí que la ley, en determinados casos, permite el pago por tercero o a tercero, con su secuela inmediata de extinción del vínculo, y mediata de un posible derecho a la repetición. Añádase a esto una eventual conexión con la teoría general del error (o del silencio), súmese a ello la protección a la buena fe del solvens o del accipiens, agréguese una posible ratificación o provecho del acreedor..., y se podrá calibrar, al menos en principio, la indudable trascendencia práctica de la agudísima impostazione de MOSCATI, que inmediatamente pasamos a detallar.

2. Pago indebido «ex latere solventis».—*La normativa legal de esta figura la hallamos, dentro del Derecho italiano, en los artículos 2.033 (principio general de repetición de todo pago indebido), 2.036 (hipótesis concretísima de error excusable)... y 1.180, siendo de notar que este último precepto se halla inmerso en la disciplina general del cumplimiento de las obligaciones y no en la sedes materiae del pago indebido.*

(112) En tal sentido, *vid.* SACCO, «Quale azione...», pág. 242, y AGHINA, «Il destinatario...», pág. 119. En Jurisprudencia, la sentencia de casación de 26 de febrero de 1959.

El artículo 1.180 sienta un principio básico: puede la prestación ser cumplida por un tercero, salvo interés cualificadísimo del acreedor u oposición expresa del deudor. (Nuestro primer cuerpo legal, en su art. 1.158, párrafo 1, admite igualmente esa hipótesis genérica, sin hacer alusión a aquel interés ni a aquella oposición.)

Hasta ahora todo va bien, pero... he aquí que ni el Codice ni el Código responden, al menos directa e inmediatamente, a una serie de preguntas que de forma refleja brotan incontenibles de los labios del intérprete. Por ejemplo: ¿cuál es el criterio a seguir para conectar, sin asomo de dudas, la prestación del tercero a la relación preexistente? ¿En qué medida y con qué límites puede el tercero alegar ex post un error excusable? ¿Cómo se compaginan el interés del acreedor con el del solvens, toda vez que de ese pago resulta directa e injustamente beneficiado—al menos, en principio—el deudor? Vayamos por partes.

2-A) «Objetivación» de la prestación: El pago llevado a cabo por tercero extingue la obligación siempre que, por circunstancias objetivas, pueda deducirse que la prestación ejecutada es precisamente la contemplada en la relación obligatoria. Tal ocurriría cuando el objeto a entregar reuniese una serie de características propias e inconfundibles o cuando el solvens aludiese a la concretísima contraprestación del acreedor... En estos y en otros casos, el acreedor abandonaría la escena, que sería inmediatamente ocupada por el solvens y el deudor, con un derecho de repetición del primero contra el segundo.

La objetivación de la prestación de tercero ha sido defendida a ultranza (ocioso fuera decirlo) por la doctrina alemana, fiel a la línea general del BGB, que, como es bien sabido, protege, al menos en línea de principio, los intereses del adquirente y del acreedor, en aras del sacrosanto principio de la seguridad del tráfico (y de la efectividad de los créditos)...

La doctrina italiana hila más fino, demostrando una mayor ecuanimidad en la «jurisprudencia de intereses». Así, y previendo, junto a la inicial satisfacción del acreedor, la hipótesis de que el solvens, en vía de regreso, se encuentre con la desagradable sorpresa de la insolvencia del deudor, se ha hablado de un posible derecho de elección del solvens a repetir contra el acreedor o contra el deudor. O mejor aún: de actuar contra el acreedor alegando error en el pago, con lo que el derecho a repetir vendría a ser consecuencia de la impugnación del acto o negocio solutorio.

2-B) Declaración del «solvens»: *Es cierto que en determinadas hipótesis, la misma esencia de la prestación reclama a voces ser imputada a una concreta relación obligatoria. Pero igualmente cierto resulta afirmar que la prestación es en sí un hecho incoloro, que solamente toma su cromatismo cuando es conectada a una relación obligatoria anterior. La ma-*

nera normal de conectar una prestación con su lógicamente anterior relación obligatoria no puede ser otra que... la declaración del solvens de que imputa su pago a una relación ajena (o presuntamente propia).

La regla general de necesidad de imputación se refuerza aún más, si cabe, cuando el acreedor es también acreedor del solvens. ¿A cuál de las dos relaciones ha de ser imputado el pago? Así las cosas, es evidente que la ley ni puede ni debe proteger el comportamiento negligente del solvens; en consecuencia, no podrá éste, ex post a su «prestación silenciosa», alegar posibles vicios de error ni, por consiguiente, repetir contra el acreedor ni contra el deudor.

3. Pago indebido «ex latere accipientis».—La figura viene regulada por el Derecho italiano a través de los artículos 2.033 (con carácter general) y 1.188 y 1.189 (con carácter específico y muy cualificado). Mientras que los dos últimos preceptos centran su atención en el cumplimiento de una obligación, marcando los límites de su eficacia solutoria, el artículo 2.033 regularía una hipótesis complementaria: el derecho a la repetición precisamente cuando falten aquellos requisitos. Todo ello partiendo de la base que apuntábamos al comienzo de esta glosa: la prestación ha de ser cumplida en manos del acreedor, sin que en esta hipótesis encontremos, con carácter general, precepto alguno semejante al contenido en el artículo 1.180 del Codice (o 1.158, 1, del Código).

La normativa general del pago, desde el punto de vista del que lo recibe, viene regulada por el Codice en su artículo 1.188, 1, plenamente concorde con nuestro artículo 1.162: solamente el acreedor o una persona expresamente autorizada puede recibir válidamente el pago. Con carácter excepcional, el pago recibido por tercera persona sirve para extinguir la obligación. Esas hipótesis, un tanto anómalas, son: a) que el acreedor ratifique el pago a tercero o se aproveche del mismo (art. 1.188, 2, del Codice, y solamente en la segunda hipótesis, nuestro 1.163, 2); b) que entre en juego un tercero aparentemente legitimado para recibir el pago, y el deudor haya procedido con excusable buena fe. El deudor queda liberado, pero el que recibió el pago está obligado a entregarlo al acreedor (artículo 1.189 del Codice y, en muy pequeña medida—efecto liberatorio del pago hecho a quien estuviera en posesión del título—nuestro 1.164). De no concurrir ninguna de estas dos hipótesis, repetimos, entraría en juego, con su tremenda vis atractiva, la disciplina general del pago indebido contenida en el artículo 2.033 con su elemental secuela de repetición de lo indebidamente pagado.

Así las cosas, queda clara por demás la autonomía dogmática del pago indebido subjetivo ex latere accipientis, a pesar de no tener esta figura una específica regulación en la sedes materiae de los artículos 2.033 y si-

guientes. Pero, repetimos, la ausencia de una tipificación legal no equivale a negar su autonomía dogmática... e incluso normativa, como resultado de la interpretación «a sensu contrario» de los artículos 1.188 y 1.189, en relación con el principio rector del artículo 2.033.

EL PAGO INDEBIDO SUBJETIVO «EX LATERE ACCIPIENTIS»

(CONCLUSION)

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACION DEL VERDADERO ACREEDOR CONTRA EL ACCIPIENS. LIMITES DE LA DELEGACION. NATURALEZA DE LA ACCION CONCEDIDA AL VERDADERO ACREEDOR, EN CASO DE PAGO A PERSONA APARENTEMENTE LEGITIMADA

El reconocimiento al pago indebido *ex persona creditoris* de una autonomía dogmática y normativa, circunscrita a los casos previstos por los artículos 1.188, 2, y 1.189, supone el punto de partida para el reexamen de uno de los aspectos más controvertidos del problema de la legitimación activa en la repetición del pago indebido. Las inevitables repercusiones de la extinción de la obligación sobre el ejercicio de la *condictio* por parte del *solvens*, y la diversidad de formulación del actual artículo 1.189 respecto a su correlativo del anterior *Codice*, han llevado a algunos autores a afirmar que el legislador de 1942 ha intentado resolver positivamente, a través del citado precepto, apartado 2, el añejo problema de la atribución al verdadero acreedor de una acción propia contra el tercero que haya recibido la prestación (113). El artículo 1.189, 2, vendría así a llenar una

(113) Así, explícitamente, GRECO, «Ripetizione...», págs. 38 y 39, y en el mismo sentido, DISTASO, «Leggitimazione attiva...», págs. 191 y ss. La solución afirmativa había sido sostenida, sobre todo, por la doctrina extranjera menos reciente: *vid.*, en tal sentido, y entre otros, BOLZE, «Zur Lehre von der Condiktionen, insonderheit von der *Condictio sine causa*», en *Arch. f. civ. Praxis*, 1892, págs. 422 y ss., esp. 432; DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit., I, 3, pág. 164, y LENOAN, «Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement á sa place», en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1923, págs. 925 y ss. A destacar, no obstante, que los citados autores, aun reconociendo al verdadero acreedor una acción directa contra el tercero *accipiens*, hablan no ya de *condictio indebiti*, sino de *actio negotiorum gestorum contraria* (BOLZE), o de acción de enriquecimiento (DEMOGUE y LENOAN). En Jurisprudencia, es fundamental al respecto la sentencia francesa de casación de 6 de noviembre de 1871; en Italia, la de apelación de Turín de 23 de julio de 1915, confirmada en casación de 16 de mayo de 1916. Para una solución afirmativa, *vid.* la sentencia de casación de 30 de junio de 1936, que considera indiferente el ejercicio de la acción de repetición por parte del *solvens*, o de quien, siendo el verdadero acreedor, ha sufrido un daño por no haber recibido la prestación. En este sentido, *vid.* las sentencias de casación de 14 de julio de 1949.

laguna anterior en la disciplina de esta institución (114), y a través de él se explicaría incluso el silencio del 1.188, 2, en orden a las relaciones entre el verdadero acreedor y el *accipiens*. Dado que el artículo 1.189 es una disposición general en materia de pago indebido *ex persona creditoris*, el 1.188, 2, ha de ocuparse exclusivamente del problema relativo a la liberación del deudor, desentendiéndose de la *condictio* que se atribuiría al *solvens* (115).

Remitiéndonos al planteamiento que en su momento diéramos al problema de la legitimación activa y pasiva en la repetición de lo indebido (116), creemos que el carácter de acción personal que la *condictio* ha conservado en el Derecho vigente representa el mayor de los obstáculos para la acogida de esta tesis. Efectivamente, la solución del problema se halla estrechamente conectada con la naturaleza jurídica de la acción de repetición. Si se considera que la disciplina de la *condictio* se justifica sobre la base de los principios que regulan la «causa» del negocio, con la consecuencia de que la acción de repetición tenga un puesto propio en el sistema de la invalidez (colocándose junto a él o resolviéndose, sin más, en una acción de nulidad) (117), resulta más factible desvincularse del

En la doctrina italiana anterior al vigente Codice, solamente D. STOLFI, en su «In tema di legittimazione...», págs. 1294 y ss., propugnaba, decididamente, el reconocimiento al verdadero acreedor de una acción propia y directa contra el *accipiens*. BIGIARI, en su «Legittimazione attiva e passiva nella ripetizione dell'indebito», en *Riv. Dir. Comm.*, 1929, II, págs. 273 y ss., aun siendo, en línea de principio, partidario de la tesis afirmativa, termina por adherirse a la tesis de la doctrina francesa (LENOAN y DEMOGUE) y por considerar la acción del verdadero acreedor como una acción de enriquecimiento (pág. 276). El alemán KUNTSCH, en su reciente y citada obra *Die Voraussetzungen...*, págs. 143 y ss., esp. 147, se ha replanteado íntegramente el problema, resolviéndose en una solución positiva, al pensar que no existiría enriquecimiento alguno del tercero en perjuicio del deudor, sino en perjuicio del acreedor, que no ha recibido la prestación que le era debida.

(114) En tal sentido, GRECO, «Ripetizione...», pág. 39, y DISTASO, «Legittimazione...», pág. 1195.

(115) Sobre la función general de la normativa del pago al acreedor aparente en el ámbito del pago indebido *ex persona creditoris*, vid. BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milán, 1963, pág. 259.

(116) El problema de la legitimación activa del verdadero acreedor viene estrechamente conectado a otros problemas de más amplia proyección, de suerte que, según sean las soluciones en esta más amplia faceta, así serán los resultados a que se llegue en esa faceta más restringida. Séanos permitido remitirnos a nuestro «Pagamento dell'indebito...», págs. 194 y 195.

(117) En tal sentido, vid. en doctrina CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milán, 1958, págs. 204 y ss., y en Jurisprudencia, las sentencias de casación de 7 de julio de 1959 y 31 de enero de 1968, así como las de apelación de Bolonia de 8 de junio de 1948 y Nápoles de 31 de octubre de 1966.

Para una crítica de este planteamiento, y en el sentido de que nuestro Ordenamiento regula la «justa causa» de la atribución independientemente de todo lo demás relativo a requisitos de validez y eficacia del negocio jurídico, resulta fundamental la obra «Causa del negocio jurídico», de GIORGIANNI (traducción española del profesor LUIS Díez-PICAZO, publicada en la *Revista de Derecho Notarial*,

rígido sistema *solvens-accipiens* (118) y reconocer al verdadero acreedor el poder de actuar contra tercero. Si, por el contrario, se acepta la tesis de que la acción de repetición es un remedio de carácter personal, encaminado a realizar un mero derecho de crédito del *solvens*, resulta harto difícil atribuir la *condictio* al acreedor, que es un sujeto extraño a la relación de prestación llevada a cabo entre el deudor y el *accipiens* (119).

El segundo de los planteamientos presenta, sin embargo, notables inconvenientes en todos los casos en que preexista una «relación a tres» entre el deudor, el acreedor y un tercero: es evidente que el pago indebido hace surgir, a cargo del *accipiens*, una obligación de restitución, que interfiere en distinta medida, según los casos, sobre la relación existente entre el *solvens* y el verdadero acreedor (120). Pensemos, por ejemplo, en el mecanismo de la delegación. Si el deudor-delegado ejecuta la prestación en favor del delegatario, y posteriormente se demuestra que la relación de valuta no existe o es inválida, es indudable que el supuesto de hecho a que da lugar el pago por parte del delegado será calificado como pago indebido *ex persona creditoris*, desde el momento que el delegatario viene a encontrarse en posición idéntica a la de un tercero no legitimado para recibir, no pudiendo ser considerado como «persona indicada por el acreedor» (art. 1.180, 1), o más en general, como *adiectus solutionis causa* (121). Partiendo de estas consideraciones, se plantea el problema de si el *accipiens* está obligado a la restitución frente al delegado o al delegante; si,

1976, págs. 67 a 129). En esta misma huella, BARCELLONA, «Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione», en *Riv. Trim.*, 1965, páginas 11 y ss. En torno al debate surgido al respecto, *vid.* DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milán, 1967, págs. 267 y ss.; SANGIORGI, epígrafe «Justa causa», en *Enc. del Dir.*, XIX, Milán, 1970; G. PALERMO *Funzione illecita e autonomia privata*, Milán, 1970, págs. 218 y ss.; MOSCATI, «Pagamento e ripetizione...», páginas 92 y ss.; LENER, «*Expressio causae* e astrazione procesuale (Notas preliminares a un estudio sistemático sobre la abstracción)», en los *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, III, Nápoles, 1972, págs. 1 a 31; GAZZONI, «La giustificazione causale del negozio attributivo di conferma», en *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, páginas 269 y ss., esp. 286 y ss.

(118) Como hace, por ejemplo, la sentencia de casación de 14 de julio de 1949, citada en la nota 113.

(119) En la Jurisprudencia, *vid.* en tal sentido la sentencia de casación de 1 de agosto de 1960 y la de apelación de Nápoles de 12 de noviembre de 1964. Bajo el anterior Codice, G. ANDREOLI, en su obra *La ripetizione dell'indebito*, Padua, 40, págs. 140 y ss., había propugnado la solución negativa. (Aun cuando este autor se adhirió a la tesis de la ineficacia traslativa del pago indebido y construyese, en consecuencia, la acción de repetición como una *condictio possessionis*, dirigida a reaccionar contra un hecho, la *solutio sine causa*, lesiva de la posesión y concurriendo alternativamente con la reivindicatoria. *Vid.* pág. 62 de su citada obra.)

(120) Sobre este punto, *vid.* MOSCATI, «Pagamento e ripetizione...», pág. 88, en la que se remite a BIGIARI, «Legittimazione...», pág. 277.

(121) *Vid.* SCHLESINGER, *Il pagamento...*, cit., págs. 71 y ss.

en efecto, es cierto, por una parte, que la prestación ha sido materialmente cumplida por el delegado, no hay que olvidar, por otra parte, que cuando el pago tenga lugar «por delegación» es como si la prestación recibida por el delegatario hubiese sido ejecutada por el delegante (122).

La doctrina resuelve el problema sugiriendo distintas soluciones, según que se trate de delegación pura o de delegación escrita (123) (adición del traductor: el profesor MOSCATI emplea la palabra *titolata*). Si la prestación ha sido cumplida sin referencia alguna a la relación básica, y siempre que sea válida la relación de provisión (124), la *condictio* corresponderá siempre al delegante (125). Las cosas se complican si la delegación ha tenido lugar por escrito, toda vez que el artículo 1.271, apartado 3, reconoce al delegado el derecho a la repetición (126). De esta suerte, sin embargo, viene a crearse una legitimación concurrente entre delegado y delegante, habida cuenta de que la imputación (*riferimento*) son parte del *solvens* a la relación de valuta no puede hacer que la postura del

(122) Vid., por todos, SCHLESINGER, «Adempimento del terzo e delegazione di pagamento», en *Temi*, 1958, págs. 572 y ss., esp. 580, donde se remite al conocido pasaje del *Digesto* (50, 17, 180) «quod iussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset». Lo mismo, bajo el anterior Codice, NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, Messina, 1932, pág. 215.

(123) Sobre este punto, vid. RESCIGNO, epígrafe «Delegación (Derecho Civil)», en *Enc. del Dir.*, XI, Milán, 1962, págs. 929 y ss., esp. 964. Advierte este autor que, si no se ha hecho referencia alguna a la relación básica, la nulidad de la deuda originaria no incide sobre la promesa del delegado al acreedor-delegatario. Análogamente opina NICOLÒ, en su últ. citada obra, págs. 214 y 215, refiriéndose a la delegación de pago. Sin embargo, el delegante podrá invocar la inexistencia o la nulidad de la relación de valuta, aunque el delegatario actúe contra él, tras haber hecho excusión inútilmente contra el delegado.

(124) Si, por el contrario, existe nulidad en ambas relaciones de base, la *condictio indebiti* contra el delegatario corresponderá al delegado, y entre estos dos sujetos tendrá lugar la relación de prestación. Vid. al respecto NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, cit., pág. 215; M. ANDREOLI, *La delegazione*, Padua, 1937, pág. 295; SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, cit., pág. 124; GRECO, epígrafe «Delegación (Derecho Civil)», en *Noviss. Dig. it.*, V, Turín, 1960, págs. 327 y ss., esp. 348.

(125) En tal sentido, NICOLÒ, *Il negozio delegatorio*, pág. 214; SCHLESINGER, *Adempimento del terzo...*, pág. 580; GRECO, epígrafe «Delegación», cit., pág. 348, etcétera. En caso tal, y partiendo de la base de ser válida la relación de provisión, el delegado quedará liberado frente al delegante, por lo cual corresponderá a este último el poder de actuar contra el delegatario a efectos de obtener la restitución de la prestación indebidamente recibida. Por el contrario, si la relación de provisión adoleciera de algún vicio, mientras sea válida la relación entre delegante y delegatario, el pago efectuado por el delegado en favor del delegatario permanece firme, dado que este último es extraño a los intereses entre su deudor-delegante y el deudor de este último. Naturalmente, el delegado podrá actuar contra el delegante para restablecer el equilibrio patrimonial perturbado (así, NICOLÒ, ob. últ. citada, pág. 215, y SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, pág. 124, texto y nota 127).

(126) En tal sentido, BIGIARI, *La delegazione*, Padua, 1940, pág. 317, al que se remite SCHLESINGER en su *Adempimento...*, pág. 580. Vid. igualmente, y en el mismo sentido, GRECO, epígrafe «Delegación», cit., pág. 348.

delegante hacia tercero desemboque en peor situación (127). Evidentemente, no se ve en base a qué principio pueda negarse al delegante el poder de actuar contra el *accipiens* en la delegación escrita, cuando tal derecho le ha sido concedido en la delegación pura. En cualquier caso, y a falta de una norma que resuelva el conflicto entre delegado y delegante, cabe preguntarse si el tercero que restituya la prestación a uno de ellos queda liberado, incluso en relación con el otro. Si así sucediera, llegaríamos a la consecuencia, legalmente absurda, de que la restitución, llevada a cabo en favor de aquel de los dos que primero hubiese actuado contra el *accipiens*, vendría, en definitiva, a frustrar la realización del interés del segundo en caso de quiebra o de posterior insolvencia del que se haya beneficiado de la restitución (128). Por el contrario, todos estos inconvenientes quedarían eliminados si se atribuyese la legitimación para actuar (incluso en la delegación escrita) solamente al delegante (*rectius*: al verdadero acreedor). En tal caso, la acción directa del verdadero acreedor es, sin duda, el instrumento más idóneo, dado que el ejercicio de la *condictio* por parte del *solvens* (*rectius*: delegado), si, por una parte, sirve para restablecer la situación anterior al pago llevado a cabo en favor de *tercero* (*rectius*: delegatario), no agota, por otra parte, las relaciones pre-existentes entre los sujetos de la obligación (129).

Sin embargo, y aun cuando la utilidad de la acción directa del verdadero acreedor resulte incontestable (tanto más cuanto que de esta forma se evitaría una duplicación de procesos) (130), la solución afirmativa no puede ser acogida fuera del caso previsto en el artículo 1.189. Es necesaria, en efecto, la liberación del deudor: la atribución al verdadero acreedor de una acción contra tercero no puede fundarse en otra cosa que en la extinción de la obligación del *solvens* (131). De otro modo, vendrían a reproducirse los mismos inconvenientes que en su momento veíamos comportaba la delegación titulada. Aun partiendo de otras consideraciones, conviene acogerse a la solución restrictiva, incluso en los casos en

(127) La observación es de SCHLESINGER, loc. últ. cit.

(128) Así, SCHLESINGER, *Adempimento...*, pág. 580, texto y nota 30. Acerca de los medios de tutela dispensados al delegatario para evitar una doble condena a la restitución, *vid.* GRECO, epígrafe «Delegación», cit., pág. 348.

(129) En tal sentido, BIGIARI, «Legittimazione...», pág. 274, en opinión que suscribe MOSCATI, «Pagamento dell'indebito, adempimento...», pág. 190.

(130) BIGIARI, en su últimamente citada obra, pág. 276, hace notar que no se puede, «en aras de esquemas lógicos, multiplicar los procesos, especialmente cuando tal multiplicación engendra graves injusticias». *Vid.* igualmente LOUSSOUARN, «La condition d'erreur du *solvens* dans la répétition de l'indu», en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1949, págs. 212 y ss., esp. 224.

(131) Opinión muy extendida; *vid.* al respecto, y recientemente, MOSCATI, «Pagamento dell'indebito...», págs. 193 y 194. En Jurisprudencia, la sentencia de casación de 29 de octubre de 1971.

que el verdadero acreedor ratifique la prestación o se aproveche de ella, y a pesar de que la propia ley disponga la liberación del deudor.

Lo cierto es que el mecanismo del artículo 1.189, 2, que permite al verdadero acreedor dirigirse contra el *accipiens*, no representa una desviación de los principios de la *condictio* (132): la citada disposición entraña una auténtica confirmación del carácter personal de la acción de repetición. El verdadero acreedor ejerce, frente al tercero, el mismo derecho que ostentaba frente al deudor liberado (133). Mientras que el *solvens* actúa en base a un título nuevo (el que se deriva de haber cumplido una prestación no debida), el verdadero acreedor, por el contrario, hace valer su derecho originario y, por consiguiente, actúa en base a un título preexistente (134). La frustrada realización del interés creditorio (que ésta y no otra es la verdadera *ratio* del art. 1.189, 2) (135) nos permite comprender por qué no es admisible la concesión al verdadero acreedor de una *condictio* cuando existe ratificación o provecho de la prestación cumplida por el *solvens*. Queda, evidentemente, a la plena discrecionalidad del verdadero acreedor la decisión de liberar al deudor que haya cumplido la prestación en favor de tercero no legitimado para recibirla (136). La ratificación del comportamiento del deudor equivale a afirmar que para el acreedor son absolutamente equivalentes la prestación a él debida y la realizada en favor de tercero (137). Por otra parte, el hecho de que el

(132) Vid. AGHINA, «Il destinatario...», pág. 116.

(133) En tal sentido, vid. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., página 55, nota 71, y MOSCATI, epígrafe «Pago y repetición de lo indebido», cit., página 89, nota 36.

(134) Vid. al respecto MOSCATI, loc. ult. cit.

(135) El mecanismo del artículo 1.189, 2, permite al verdadero acreedor obtener la realización (en sentido meramente económico) de su propio interés a través de la restitución de la prestación por parte del *accipiens* (tal RESCIGNO, *Incapacità naturale...*, pág. 153).

(136) AGHINA, en «Il destinatario...», pág. 112, texto y nota 88, opina que el verdadero acreedor, al ratificar el comportamiento del deudor, demuestra no tener interés alguno (a causa de sus relaciones con el tercero *accipiens*) en recibir directamente la prestación, y, al mismo tiempo, a que le sea reconocida la *condictio* frente a dicho *accipiens*. SCHLESINGER, en «La ratifica...», págs. 46 a 48, opina, por el contrario, que en nuestro Ordenamiento existe un principio general a cuyo tenor, siempre que el pago indebido tenga eficacia extintiva de la relación obligatoria, debe reconocerse, en favor de la persona que haya soportado el peso económico de la atribución (al *solvens*, en el pago indebido *ex persona debitoris*, y al verdadero acreedor, en el pago indebido *ex latere accipientis*), el derecho a actuar contra la persona que se haya aprovechado de dicho pago, es decir: contra el verdadero deudor, en el primero de los casos, o contra el *accipiens*, en el segundo, como medio de restablecer el equilibrio entre los respectivos patrimonios (subrayado del traductor). Asistimos, por tanto, a un subingresso automático del verdadero acreedor en los derechos del deudor contra el *accipiens indebiti*.

(137) En tal sentido, SCHLESINGER, *Il pagamento...*, cit., pág. 168. Por su parte, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, cit., pág. 168, remodela la ratificación como una especie de convalidación.

acreedor se haya beneficiado de la prestación parece indicar que el acreedor ha recibido, aunque indirectamente, aquello que le era debido (138). En ambos casos, la realización de su interés excluye la posibilidad de actuar contra el *accipiens*.

ENRICO MOSCATI

Catedrático de la Universidad de Perugia

Traducción y notas de

TOMÁS DE ZUMALACÁRREGUI Y M.-CÓRDOVA

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad

(138) Así, AGHINA, «Il destinatario...», pág. 111. Para una detallada exposición de casos en los que el verdadero acreedor obtiene provecho de la prestación llevada a cabo en favor de tercero, *vid.* SCHLESINGER, loc. últ. cit.