

Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar

PEDRO DEL OLMO GARCÍA*

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: *Introducción.*—1. *Ideas preliminares.*—2. *Legitimación del tercero según la voluntad de las partes:* 2.1 La voluntad del deudor ante un pago de tercero. 2.2 La voluntad del acreedor ante un pago de tercero. 2.3 Pago del tercero interesado.—3. *Pago del tercero y consignación:* 3.1 El debate en nuestra doctrina: 3.1.1 Opiniones que afirman que los terceros sí están legitimados para consignar; 3.1.2 Opiniones que niegan que los terceros estén legitimados a consignar. 3.2 La cuestión en el Código alemán. 3.3 La mora del acreedor, la protección del deudor y la legitimación del tercero para consignar. 3.4 La legitimación del tercero para consignar en los actuales Códigos italiano y portugués: 3.4.1 La consignación en el Código italiano actual; 3.4.2 La situación en el Código portugués actual. 3.5 Nuestra posición en el Derecho español. 3.6 Recapitulación: legitimación para el pago y legitimación por la consignación.—4. *Otros límites al pago del tercero. El artículo 1161:* 4.1 El artículo 1161 y las obligaciones de hacer. 4.2 La extensión del artículo 1161 a las obligaciones de dar: 4.2.1 La extensión del artículo 1161, sobre la base de un interés del acreedor en la prestación personal del deudor; 4.2.2 Los límites al pago de un tercero en las obligaciones de dar. 4.3 Existencia de un pacto entre acreedor y deudor como límite al pago de un tercero: 4.3.1 Existencia de un pacto para excluir el pago de tercero, en obligaciones de hacer; 4.3.2 Significado de un pacto que excluye el pago de tercero, en obligaciones de dar.—*Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se estudian los límites específicos del pago de un tercero, esto es, los casos en los que un tercero —contra la regla general— no puede compeler al acreedor a aceptar el pago *perfecto* que le ofrece. Así, se estudiará, por un lado, el alcance de la voluntad contraria a la intervención del tercero de acreedor y deudor y, por otro lado, los límites al pago de un tercero que tengan su origen en alguna especialidad de la

* Para escribir este trabajo, he tenido la suerte de poder aprovechar comentarios y discusiones con los profesores Pantaleón, Rodríguez Tapia, Basozábal y Revilla, en absoluto responsables de los errores que subsistan.

obligación de que se trate (por ejemplo, el supuesto del art. 1161 CC: obligaciones contraídas *intuitu personae*).

Al lado de estos dos límites específicos al pago de un tercero, se aborda otra cuestión íntimamente relacionada: la de determinar si todo tercero debe estar legitimado para consignar la prestación debida o si es preferible discriminar entre distintas clases de *solvens*.

El trabajo está ordenado de la siguiente manera:

1. En primer lugar, se propone un concepto de pago de tercero y se explica brevemente la colocación que conviene darle a esta figura respecto a los demás casos de pago (pago del deudor, pago de un delegado, pago de un representante del deudor, etc.).

2. Se estudia, en segundo lugar, cómo influye la voluntad de las partes de la relación obligatoria en la legitimación para pagar de los terceros. La aportación fundamental en este punto consiste en entender que sólo los terceros que tienen *interés en el cumplimiento* (los que se subrogan por el pago) pueden intervenir en deuda ajena cuando acreedor y deudor, conjuntamente, se opongan al proyecto de pago de ese tercero; es decir, que un tercero cualquiera *—sin interés—* no está legitimado para pagar en esas condiciones.

3. En tercer lugar, se estudia qué tipo de sanción (*mora creditoris* o *mora creditoris* más consignación) es preferible para los casos en los que el acreedor se resiste injustificadamente a aceptar el pago perfecto que un tercero le ofrece. En este trabajo se propone una limitación de la legitimación para consignar de los terceros sin especial cualificación.

4. En cuarto y último lugar, se estudia el significado del artículo 1161 del Código Civil, precepto que limita las intervenciones de los terceros en las obligaciones de hacer de carácter personal. En este punto, se explica por qué es preferible entender, a diferencia de la mayor parte de nuestra doctrina, que es imposible extender ese precepto mecánicamente a las obligaciones de dar. Este apartado termina con un estudio sobre el significado que tiene un pacto por el que acreedor y deudor excluyan la intervención de los terceros ya desde el momento mismo de la constitución de la relación obligatoria.

1. IDEAS PRELIMINARES

Para estudiar qué sujetos están legitimados para pagar, el punto de partida en nuestro Derecho está en el artículo 1158, cuyo párrafo primero establece: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor».

Sobre esta base, los autores establecen que puede pagar, en primer lugar, el deudor; junto a él, también están legitimados para pagar sus sucesores, *inter vivos* o *mortis causa*, sea a título universal o a título particular. Estas personas se pueden servir de representante, voluntario o legal, para cumplir. Además, también están legitimados los terceros¹.

¹ En la doctrina española, véase, por todos, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* (en *Obras completas*, III), Madrid, 1988, pp. 209-210.

Para basar el concepto de pago de tercero no hay que partir, como hace gran parte de la doctrina, de la idea de espontaneidad (pago de tercero como pago realizado por un sujeto no obligado a pagar)². Creo que es preferible atender a la *veste* con la que el *solvens* se presenta ante el acreedor, es decir, a la legitimación que el tercero ejercita para pagar³.

Desde este punto de vista, se puede decir que estamos ante un pago de tercero cuando el *solvens* no justifique su aparición en el acto del pago ni haciendo referencia al hecho de estar obligado frente al acreedor (ser parte en la obligación), ni haciendo referencia a una legitimación específica que el deudor (o la ley) le haya conferido (ser representante del deudor o de otro sujeto obligado para con el acreedor). Estamos ante un pago del tercero cuando el *solvens* paga en calidad de tal, en *nombre propio*. Es una categoría de pago y de legitimación residual y negativamente determinada⁴.

Con esta idea inicial se puede obtener una clara diferencia entre el pago de un tercero y el pago de un representante (directo) del deudor⁵.

En los autores franceses más recientes, a diferencia de los comentaristas más antiguos, la cuestión de la legitimación para pagar se trata muy brevemente, limitándose a comentarios sucintos sobre el artículo 1236 del *Code*. Me limitaré, por ello, a dar la siguiente referencia sobre los mismos: AUBRY y RAU por BARTIN, *Cours de Droit Civil français*, IV, 6.ª ed., París (sin fecha), pp. 220-221; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil française. Obligations*, VII, 2.º, París, 1931, pp. 480-481; MAZEAUD, JEAN, HENRY y LEÓN, *Lecciones de Derecho Civil*, III, 2.º, Buenos Aires, 1960, pp. 121 y 127; MARTY y RAYNAUD, *Droit Civil. Les obligations*, II, 1.º, París, 1962, p. 601; RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*, V, 2.º, Buenos Aires, 1965, p. 378; CARBONNIER, *Droit civil*, 4.º, París, 1969, p. 470; STARCK, *Droit Civil. Obligations*, 2.º, París, 1972, p. 719, y WEILL y TERRE, *Droit Civil. Les obligations*, París, 1980, p. 127.

² Se puede ver esa insistencia en la necesidad de espontaneidad en BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, p. 23. En la doctrina italiana, véase, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1948, pp. 107 y 140; MICCIO, «Delle obbligazioni in generale», en *Commentario del Codice Civile redatto a cura di magistrati e docenti*, Turín, 1982, p. 89; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1974, pp. 180 y 182. En la doctrina portuguesa, por todos, ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1979, p. 720.

³ DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bolonia-Roma, 1986, p. 527; BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milán, 1990, pp. 283-284. Igualmente, CARPINO, «Del pagamento con surrogazione», *Commentario Scialoja-Branca* (arts. 1201-1205), Bolonia-Roma, 1988, p. 47. Bajo el *Codice* anterior, MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Turín, 1924, p. 124.

⁴ DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 527.

⁵ La doctrina es casi unánime al afirmar las diferencias entre el pago de un tercero y el pago de un representante. Se puede ver DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 480; LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, 1.º, Barcelona, 1994, p. 143; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 40 y 50, o BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, p. 278. Puede verse también SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1899, p. 259; SÁNCHEZ BARBUDO, *El pago*, Sevilla, 1900, p. 29; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, XIX, Madrid, 1957, p. 966; CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y foral*, III, Madrid, 1988, p. 386; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 209.

Para el Derecho francés, véase DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXVII, París, 1872, pp. 49-50; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, IV, 7.ª ed., París, 1873, p. 545; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, Bruselas, 1878, p. 472; BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, II,

Esta diferencia no es fácil de encontrar si partimos de la idea de pago de tercero como pago espontáneo y caracterizamos el pago del representante como pago impulsado por el deudor⁶. La diferencia última entre estos dos casos de pago por sujeto no obligado al mismo respecto del acreedor radica, probablemente, en la idea de que el tercero sólo puede influir directamente sobre la esfera del deudor si su intervención ha producido efectos *favorables* para ese deudor (extinción de la deuda, puesta en mora del acreedor, básicamente) y no en otro caso⁷.

Con esa idea inicial de definir el pago del tercero atendiendo a la legitimación que se ejercita para pagar, también queda claro que podemos estar ante un auténtico pago de tercero a pesar de que el *solvens* esté obligado *respecto del deudor* a realizar el pago (casos de asunción simple de deuda y algunos casos de representación encubierta, fundamentalmente)⁸.

Milán, 1915, p. 506. Para el Derecho italiano, véase, TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 7.^a ed., Milán, 1986, pp. 410 y 412; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 107; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., pp. 278-279; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto civile*, 3.º, Turín, 1989 (reimpresión de 1990), pp. 80-81; CANNATA, «L'adempimento in generale», en *Trattato di diritto privato*, 9.º, 1.º, Turín, 1984 (reimpresión de 1991), p. 82; DI MAJO, «Delle obbligazioni in generale», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1988, p. 403; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 89; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1974, p. 178. Para el Derecho portugués, véase CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, IV, Coimbra, 1931, p. 713; LEITE SAMPAIO *et al.*, *Direito civil português*, p. 21; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 719; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, Coimbra, 1992, p. 25; MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, 2.º, Lisboa, 1980, p. 198.

⁶ Lo explica con claridad BIANCA, «Dell'inadempimento delle obbligazioni», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1979, p. 461.

En ocasiones, la diferencia —entre un pago de tercero y un pago de representante— será inapreciable en la práctica. Sin embargo, existen diferencias que serán fundamentales en otros muchos casos: la imposibilidad de que el acreedor oponga al pago del representante un «interés contrario» a su intervención a los efectos de impedirlo, cosa que sí puede hacer —como veremos— frente a un tercero; por otro lado, el deudor que designó representante tiene la carga de revocar el poder cuando pretenda oponerse al pago del mismo y, por último, la posibilidad de que el acreedor controle la corrección del poder de representación que el tercero dice ostentar. Véase, DI MAJO, *Le modalità...* cit., pp. 528-529, y NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 196. A esas diferencias, Bianca añade la de que el tercero se puede subrogar por el pago, mientras que no puede el representante, cuyo pago extingue siempre las garantías y libera a los terceros, pues es como si el mismo deudor hubiera pagado. Además, según el mismo autor, la legitimación del representante es más vigorosa, por lo que hay casos (cuando el pago supone disponer de derechos de titularidad del deudor) en los que cabe cumplir por medio de representante y no cabe el pago del tercero. Véase, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 279; también, NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, p. 20, y VAZ SERRA, *Sub-rogação nos direitos do credor*, Lisboa, 1953, p. 24.

⁷ Véase, BIANCA, «L'inadempimento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 450 y ss. Se puede encontrar un estudio profundo y heterodoxo sobre el pago de un tercero y el pago de un representante en NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 17 y ss.

⁸ Para la idea de que en los casos de asunción simple de deuda estamos ante casos de pago de tercero, BIANCA *Diritto...*, IV, cit., p. 283; CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 82; CICALA, «Accollo», en *Enciclopedia del Diritto*, I, 1958, p. 284; RESCIGNO, «Accollo», en *Novissimo Digesto Italiano*, I, 1981, p. 142; DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 527; SCHLESSINGER, *El pago al tercero*, Madrid, 1971, p. 46; RESCIGNO, «Delegazione» (diritto civile), en *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, p. 945. Para una crítica de esta concepción del *accollo*, véase, NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 182. En nuestra doctrina, ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en Derecho Civil*, Granada, 1996, pp. 246 y 247, entiende también que el asumente interno paga como tercero, en nombre

Para acabar de perfilar la noción de pago de tercero hay que recordar dos cosas más:

a) Que es necesario que el tercero sea consciente de que la deuda es ajena. Con este requisito del *animus solvendi debiti alieni* estamos despejando los casos de pago de lo indebido en los que el *solvens* paga en la creencia errónea de estar obligado a hacerlo⁹.

b) Que es necesario que el tercero cumpla los requisitos de regularidad del pago (también el deudor está sometido a esos requisitos). Esta idea es conforme a la justificación de la admisibilidad del pago del tercero por referencia a la función satisfactiva del pago¹⁰. Lo que el tercero ofrece

propio (sin embargo, expresa algunas dudas en p. 269). Ideas similares, recientemente, en RUBIO GARRIDO, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, Madrid, 1997, pp. 122 y ss. En contra, BADOSA COLL, *Dret...*, cit., p. 274, entre otros autores. También en contra, últimamente, TUR FAUNDEZ, *El derecho de reembolso*, Valencia, 1996, p. 46. Para la idea de que el pago del representante indirecto es un caso de pago de tercero, entre otros, GIORGIANNI, «Pagamento», *Noviss. Dig. It.*, XII, 1957, p. 330, o PESSOA JORGE, *Lições de direito das obrigações*, Lisboa, 1975-76, p. 351.

Para las relaciones entre pago de tercero y delegación de pago, véase, BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 142, y BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., pp. 280 y 283, que defienden una aproximación entre estas dos figuras. Para la doctrina española, una argumentación similar en LAGUNA IBÁÑEZ, «La delegación en el Derecho Civil español», *Temis*, 1958, p. 168. Véase también BELTRÁN de HEREDIA y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 136. Por el contrario, hay otros autores que entienden que la posición del delegado de pago se debe aproximar a la del representante directo; en este sentido véase NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 179-180 y 195; TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 413; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 91; RESCIGNO, «Delegazione», *Enc. Dir.*, XI, cit., p. 945; GRECO, «Delegazione» (dir. civ.), *Noviss. Dig. It.*, V, 1957, p. 347. Véase también SCHLESSINGER, «Adempimento del terzo e delegazione di pagamento», *Temis*, 1958, 572 y ss. En la doctrina portuguesa parece apuntar en esta dirección ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 27, nota 1.

⁹ Esta idea está unánimemente admitida por la doctrina. Para una muestra, se puede ver, estudiando tanto el pago del tercero, como el pago de lo indebido, las opiniones de, entre otros muchos, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 482 y 521; SÁNCHEZ BARBUÑO, *El pago*, cit., p. 30; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, I, Madrid, 1948, p. 479; GULLÓN, «Cobro de lo indebido», en *Estudios de Derecho Civil en honor a Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, p. 368; LACRUZ, «El pago de lo indebido», en *Libro homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 505; DE LOS MOZOS, «Pago o cobro de lo indebido», *R. D. P.*, 1988, p. 658.

En la doctrina francesa, se puede ver, también entre otros muchos: DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, VII, Bruselas, 1841, p. 9; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, II, Bruselas, 1862, p. 145, y *Théorie et pratique des obligations*, III, Bruselas, 1863, p. 404; más recientemente, GHESTIN y BILLIAU, «Répétition de l'indu», *Enc. Dalloz*, VII, p. 3; DEROUIN, «Le paiement de la dette d'autrui. Répétition de l'indu et enrichissement sans cause», *Rec. Dalloz Sirey*, 1980, p. 202; GHESTIN, «L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu», *Rec. Dalloz Sirey*, 1972, p. 278. En la doctrina italiana, por todos, VENEZIAN, «Azione di regresso da pagamento indebito», en *Opere giuridiche*, I, Roma, 1917, p. 586; SCUTO, «Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano», *Riv. Dir. Civ.*, 1917-I, pp. 64 y 80; BIGIARI, «Legittimazione attiva e passiva nella ripetizione dell'indebito», *Riv. Dir. Comm.*, 1929-II, p. 278; CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 36. En la portuguesa y argentina, por todos, VAZ SERRA, *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*, Lisboa, 1953, p. 47, nota 49; para el Código actual, GALVAO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1989, p. 220; MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, II, Buenos Aires, 1928, p. 504.

¹⁰ En relación a la justificación de la admisibilidad del pago de tercero por referencia a la función satisfactiva del pago, véase, por todos, VALPUESTA FERNÁNDEZ *et al.*, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Valencia, 1995, p. 144.

al acreedor ha de ser, pues, un pago *perfecto*, es decir, idéntico al debido por el deudor. Con este requisito, apartamos los casos que Nicolò denominaba casos de *cumplimiento indirecto de deuda ajena*¹¹. Las figuras a través de las cuales se puede articular ese «cumplimiento indirecto» unas veces implican que el tercero se obligue personalmente frente al acreedor (expromisión, delegación perfecta y asunción de deuda) y otras veces se alcanza la liberación del deudor original sin recurrir al instrumento de crear una obligación a cargo del tercero (dación en pago efectuada por el tercero y compensación de un crédito que el tercero tenía contra el acreedor a cambio de que éste libere al deudor originario)¹². La diferencia fundamental entre estos casos y el verdadero pago de tercero radica en que el acreedor puede rechazar libremente lo que un tercero le ofrece y que no coincide con lo que el deudor le debía, mientras que el Ordenamiento tiene prevista una sanción (mora, consignación) para los rechazos injustificados de una oferta de pago perfecto realizada por tercero.

2. LEGITIMACIÓN DEL TERCERO SEGÚN LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Vamos a ver a continuación la irrelevancia de la oposición unilateral del deudor al pago del tercero; veremos asimismo que el acreedor, por su parte, tampoco puede oponerse injustificadamente a la intervención del tercero. Analizaremos después qué eficacia cabe atribuir a la oposición conjunta del acreedor y deudor a la intervención de un tercero y, acto seguido, analizaremos si ese acuerdo entre las partes de la relación obligatoria debe ser o no oponible a los terceros *interesados* (aquellos que se subrogan legalmente por el pago).

2.1 LA VOLUNTAD DEL DEUDOR ANTE UN PAGO DE TERCERO

El artículo 1158 prevé con claridad las distintas actitudes que el deudor puede adoptar respecto del pago del tercero. Esas actitudes –aprobación del pago, ignorancia o incluso oposición al mismo– son decisivas para determinar los efectos del pago entre el deudor y el *solvens*, porque son índices de las relaciones subyacentes existentes entre ellos (incluso en los casos en que, además, se pueda producir la subrogación legal o

Entre los autores más antiguos, sin embargo, se justificaba el pago del tercero por referencia al interés del deudor. La evolución de una opinión a otra puede verse comparando a TOULLIER, *Droit civil français*, VII, 5.^a ed., París, 1830, p. 17, con HUC, *Commentaire théorique & pratique du Code Civil*, VIII, París, 1895, p. 14, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 507. Para una visión actual que atiende al interés del acreedor, DI MAJO, *Le modalità...*, cit., pp. 546-547.

¹¹ NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 237 y ss.

¹² Para una presentación de este tipo de intervenciones del tercero, se puede ver la obra de Nicolo citada anteriormente y la de BARASSI, *La teoria...*, III, cit., pp. 103 y ss.

convencional, ya que el tercero puede optar por ejercitar su propia acción en vez de la del acreedor satisfecho¹³), pero por lo que ahora interesa, y el mismo tenor literal del precepto lo afirma con claridad, no influyen en la legitimación para pagar que ostenta el tercero. El tercero puede pagar cualquiera que sea la actitud unilateral del deudor frente a su intervención. Como dice Borrell Soler, el Código, para evitar interpretaciones restrictivas, se preocupa de aclarar que también puede pagar el tercero en los casos más discutibles, como el de pago contra la oposición expresa por parte del deudor¹⁴.

Nuestro Código deja muy claro que el deudor no va a poder oponerse eficazmente al pago del tercero. A salvo de lo que más tarde veamos sobre la virtualidad de una oposición conjunta por parte de acreedor y deudor al pago del tercero, la única manera que tiene dicho deudor de evitar ese pago es proceder él mismo a realizarlo¹⁵. Está muy extendida la idea de que esa inoperancia de la oposición del deudor al pago del tercero deriva del hecho de que en ningún caso dicho deudor va a ver empeorada su posición a raíz de la intervención del tercero; en ese sentido, se ha llegado a decir que lo peor que le podría ocurrir al deudor es quedar obligado frente al tercero *en los mismos términos* –por efecto de la subrogación– en que lo estaba frente al acreedor¹⁶.

El artículo 1236 del *Code* (traducido casi literalmente en el art. 1238 del *Codice* de 1865) establece la admisibilidad del pago del tercero en Derecho francés. En ese precepto no se especifica nada sobre las posibles actitudes del deudor frente al pago del tercero¹⁷. Algunos autores, como Toullier o Larombière, admitían sin dificultad la posibilidad de pago del tercero contra la voluntad del deudor basándose en que es lícito mejorar la condición de los demás en su ignorancia e incluso contra su voluntad¹⁸.

¹³ He estudiado las complejas relaciones entre derecho personal subyacente y crédito original adquirido por subrogación en DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, Civitas, 1998, 233 y ss.

¹⁴ Véase, BORRELL SOLER, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de obligaciones contractuales civiles*, Barcelona, 1954, p. 23. Este mismo autor manifiesta reticencias de índole moral a la admisibilidad del pago del tercero contra la voluntad del deudor y, con resonancias de otras épocas, se pregunta «¿Es admisible que un sujeto pague deudas de una mujer casada contra la voluntad de su marido, y aun que, mediante ese pago quede convertido en acreedor de la mujer? ¿Puede admitirse que otro lo haga para humillar a un competidor rival que se halla en situación económica precaria?». Actualmente, ideas similares en PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 243.

¹⁵ Esta idea, expresamente, en POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Verona-Padua, 1898, p. 158; DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, II, 1.º, Madrid, 1977, p. 107; y bajo el nuevo *Codice*, NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 182, y BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 106.

¹⁶ Véase, por ejemplo, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 27-28.

¹⁷ El artículo 1236 del Código francés establece: «Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressé, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier».

¹⁸ Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 17, y LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 144. Esta idea estaba ya en POTHIER, *Traité des obligations, en Oeuvres de Pothier annotées et*

Esta afirmación, directamente derivada de fundar la posibilidad del pago del tercero en el interés del deudor, no tiene el mismo alcance que en nuestro Derecho, ya que, al menos para Toullier, el pago realizado contra la voluntad del deudor no otorga al tercero ninguna acción contra aquél¹⁹.

En una opinión aislada, pero esclarecedora, Laurent afirma que no se puede pagar contra la voluntad del deudor en ningún caso²⁰. Este autor afirma que el fundamento del pago del tercero está en el interés del deudor y que, por ello, no se puede pagar contra su voluntad. Si el tercero está empeñado en realizar el pago contra la voluntad del deudor y, por su parte, el acreedor desea recibir satisfacción, les quedaría, dice Laurent, la posibilidad de realizar una cesión.

Otros comentaristas del *Code* afirman decididamente... posibilidad de que el tercero pague contra la voluntad del deudor y que tal pago producirá una acción del tercero contra ese deudor²¹. Otros autores, en una posición más desarrollada, distinguen según el acreedor esté o no dispuesto a recibir el pago. Así se dirá que, cuando el acreedor esté de acuerdo en recibir el pago del tercero, este podrá pagar en cualquier caso, aunque el deudor se oponga. En cambio, si a la oposición del deudor al pago viene a sumarse la oposición del acreedor, el tercero no podrá realizar ese pago²².

2.2 LA VOLUNTAD DEL ACREEDOR ANTE UN PAGO DE TERCERO

Respecto de si el tercero puede *intervenir* en la deuda ajena contra la voluntad del acreedor, tampoco parece haber mucha dificultad. En efecto, se da por sentado en la doctrina que el acreedor no puede rechazar injustificadamente el pago perfecto que le ofrece un tercero. Si tal ocurriese, el tercero tendría abierta la posibilidad de consignar, al menos en una primera opinión habitual bajo los Códigos de la órbita de la codificación francesa²³.

mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle (por Bugnet), París, 1890, p. 272, núm. 499. Es una idea tomada del *Digesto*, Libro 46, Título 3, Ley 53.

¹⁹ También ARNTZ, *Cours de droit civil Français*, III, 2.ª ed., Bruselas-París, 1879, p. 92, recoge estas ideas de TOULLIER.

²⁰ Véase, LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., pp. 476-478. Sin embargo, este autor incluye expresamente, en el Anteproyecto de reforma del Código Belga (*Avant-Projet de révision du Code Civil*, IV, Bruselas, 1884), la posibilidad de que el tercero actúe contra el deudor con una acción de *in rem verso*, cuando pagó contra su voluntad.

²¹ Así, LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 145; MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, II, 6.ª ed., París, 1863, p. 678; MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., p. 548; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 16.

²² Estas ideas se pueden ver en DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 55-57; COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique du Code Civil*, V, 2.ª ed., París, 1883, p. 306; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 509. Una posición más dubitativa en DURANTON, *Cours...*, VII, cit., p. 12.

²³ Véase, por todos, BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 26. Véase también, BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 106; NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 115-118; DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, 1966, p. 285; GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 220, MACHADO, *Exposición...*, II, cit., pp. 504 y 508.

La posibilidad de que el tercero intervenga en la deuda ajena contra la voluntad del acreedor se fundamenta en la consideración de que ese acreedor no tiene más interés que el ver satisfecho su crédito²⁴. Si la prestación que el tercero ofrece es conforme a la debida, el acreedor no puede oponer ningún otro interés en que cumpla el deudor personalmente. El acreedor, evidentemente, sí puede rechazar la oferta de cumplimiento que le hace el tercero cuando se incumpla alguno de los requisitos de regularidad del pago o –lo que no parece ser muy distinto– se trate de prestaciones infungibles (arts. 1176, 1.º y 1161). En esos casos, la negativa del acreedor a recibir el pago, estará plenamente justificada.

En nuestro Derecho, es frecuente apoyar esta conclusión de que el tercero puede intervenir en la deuda ajena contra la voluntad del acreedor, con una interpretación *a contrario* del artículo 1161. Tal precepto señala que en cierto tipo de obligaciones (básicamente, las que implican prestaciones de hacer infungibles por razón de la persona del deudor) el acreedor «no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero». El argumento *a contrario* consiste en decir que, cuando no se trate de ese tipo especial de obligaciones, el acreedor sí podrá ser compelido a recibir de manos de un tercero²⁵. Se trata de un argumento que da por sentada la posibilidad de que cualquier tercero acuda al procedimiento de consignación y que, más adelante, volverá a salirnos al paso.

Sobre la posibilidad de que el tercero intervenga en deuda ajena contra la voluntad del acreedor, no hubo tampoco especiales dificultades en la doctrina francesa tradicional. Ya Pothier admite que, ante la negativa del acreedor, el tercero puede poner en mora al acreedor e incluso consignar²⁶.

Sin embargo, sí dio lugar a polémica, y una polémica quizá relacionada con el oscuro y difícil inciso final del artículo 1236 del *Code*, una afirmación de Pothier según la cual el acreedor sí puede oponerse a recibir el pago en caso de que la deuda fuese simplemente quirografaria. El razonamiento de este autor arranca de una justificación del pago del tercero por referencia al interés del deudor, preponderante entre los autores más

²⁴ Esta idea está especialmente clara en LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 144; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 471, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 507. En nuestra doctrina se manejan ideas similares; se puede ver, entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133; CASTÁN, *Derecho...*, III, cit., p. 368; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 216, o BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 35.

²⁵ Se puede ver, en este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 50; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 241; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII, 1.º, 6.ª ed., Madrid, 1967, p. 604, y BONDÍA ROMÁN, «La subrogación en el crédito», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Dr Lacruz Berdejo*, II, Madrid, 1993, p. 992. Un razonamiento similar, en la doctrina italiana, en NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 115.

²⁶ Véase, POTHIER, *Traité...*, cit., p. 273, núm. 500. Idea unánime entre los exégetas del *Code*: véase, por todos, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 51. Para un reflejo de estas ideas en el proceso de elaboración de dicho cuerpo legal, se puede ver las palabras de Jaubert recogidas en FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIII, París, 1836, p. 341.

antiguos. Con esa base, Pothier afirma que el pago del tercero será admisible cuando suponga la paralización de la persecución iniciada por el acreedor, o ponga fin al devengo de intereses o sirva para cancelar las hipotecas. Pero, sigue este autor, «si le paiement offert ne procurait aucun avantage au débiteur, et n'avait d'autre effet que de lui faire changer de créancier, ces offres ne devraient pas être écoutées»²⁷.

Toullier asume estas ideas, pero el resto de los exégetas son de la opinión de que el *Code* no siguió las enseñanzas de Pothier en este punto²⁸. El argumento fundamental que se aduce para apartarse de las ideas de este autor, además del tenor literal del artículo 1236, está en las enormes dificultades prácticas y los numerosos litigios que se producirían si el *solvens* tuviera que probar el interés del deudor cada vez que se efectuara un pago.

En estas ideas que estamos examinando hay algo que no está del todo claro. En efecto, ¿cómo explicar el razonamiento de Pothier de que el pago del tercero —puro y simple, es decir, *sin* subrogación— va a producir un «cambio de acreedor»? La explicación para este sinsentido nos la brinda Duratón: lo que sucede es que, en los casos de deuda simplemente quirografaria, el *solvens* va a disponer de una acción contraria de gestión de negocios contra el deudor y esa acción será, en su alcance práctico, igual a la que tenía el acreedor pagado. Por eso Pothier dice que el pago del tercero va a producir un cambio de acreedor. Pero, en realidad, como dice Demolombe, no cambia el acreedor sino que cambia la obligación misma.

En cualquier caso, descartadas estas ideas de Pothier, sigue siendo posible encontrar algún rastro de ellas en algunas afirmaciones, hoy plenamente vigentes, como la de que el tercero siempre puede forzar al acreedor al pago (o, al menos, constituirlo en mora), pero lo que no puede hacer es forzarlo a consentir una subrogación (ya que ahí sí que habría un cambio de acreedor)²⁹.

²⁷ Véase, POTHIER, *Traité...*, cit., p. 273, núm. 500. El artículo 1236 del *Code* dice así: «Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressé, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, *s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*» (las cursivas señalan el inciso problemático).

²⁸ Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 18, frente a DURANTON, *Cours...*, VII, cit., pp. 10-11; LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 145; MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 677; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 51; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 474; COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., pp. 303-304; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 15; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 508.

²⁹ Véase, incluso, la opinión de Jaubert en su discurso ante el *Tribunat* en FENET, *Recueil...*, XIII, p. 341. Según DE GÁSPERI, *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*, III, Buenos Aires, 1946, p. 30, ahí podría estar el origen del artículo 729 del Código argentino, según el cual: «El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, ya pagando a nombre propio, ya a nombre del deudor; pero no estará obligado a subrogar en su lugar al que hiciere el pago». Sin embargo, bajo el *Codice* de 1865, se encuentran autores como SIMONCELLI, *Introduzione alle scienze giuridiche*

2.3 PAGO DEL TERCERO CONTRA LA VOLUNTAD CONCORDE DE ACREEDOR Y DEUDOR

En resumen, tenemos, por un lado, que el artículo 1158 afirma con claridad la posibilidad de que pague un tercero con independencia de la voluntad del deudor. Por otro lado, tenemos que el acreedor no puede rechazar el pago del tercero injustificadamente y que, si así lo hiciera, incurriría en cierta *sanción* (mora o mora y consignación). La cuestión que quedaría por resolver sería la de si es posible que intervenga un tercero contra la voluntad concorde de acreedor y deudor.

Sobre esta cuestión de la voluntad conjunta de acreedor y deudor, nada dice nuestro Código y la doctrina española se encuentra dividida. Entre nosotros, se puede citar a Bercovitz y Valladares como exponentes de los autores que niegan expresa y tajantemente la posibilidad de que el acuerdo entre el acreedor y el deudor pueda suponer algún límite al poder de pagar que el artículo 1158 atribuye al tercero³⁰. Los argumentos para defender esta postura parecen derivarse simplemente de la ausencia de previsión legal al respecto: el artículo 1158 no pone límites a la posibilidad de que pague un tercero y no se encuentran razones, en el silencio de la ley, para establecerlos. El razonamiento de Albaladejo es similar y consiste en afirmar que, de un lado, el deudor no se puede oponer al pago (art. 1158) y, de otro lado, el acreedor no tiene ningún interés en oponerse, por lo que el tercero podrá pagar contra la voluntad de ambos.

Otros autores no abordan la especie con claridad, pero parece deducirse de su exposición que tampoco admiten este límite a la legitimación del tercero para intervenir en deuda ajena³¹.

Por otro lado, hay algunos autores en nuestra doctrina que afirman que el tercero no puede pagar contra la oposición conjunta de acreedor y deudor³². El argumento fundamental para negar la posibilidad de intervención del tercero radica en que, si se permitiera pagar a ese tercero también en estas circunstancias, se estaría permitiendo una injerencia indebida y arbitraria en los negocios ajenos contra la oposición explícita de los interesados. Es decir, estaríamos permitiendo injerencias en la

e istituzioni di diritto civile, Roma, 1907, p. 508, que todavía incurren en el mismo error que POTHIER.

³⁰ BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., pp. 26-27 y 285. En la misma línea se puede citar a CAMPUZANO TOMÉ, «La intervención del tercero en una deuda ajena», A. C., 1989-III, p. 3504, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, p. 109, nota 162; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, 1.º, 9.ª ed., Barcelona, 1994, p. 147; EYRÉ VARELA, «Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial», R. J. C., 1946, p. 37, y, aparentemente, PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 245, y CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 201.

³¹ Así, MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 968, y SÁNCHEZ BARBUDO, *El pago*, cit., p. 29. No queda clara la opinión de LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., p. 145.

³² Es la postura de BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 136, y de PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*, III, 1.º, Barcelona, p. 317. También, quizá, la de DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481. Véase también CABALLERO LOZANO, *La mora del acreedor*, Barcelona, 1992, p. 197.

esfera ajena que carecerían de toda posible justificación. Además, y también es una idea muy extendida, es lógico que el acreedor no incurra en mora (y el tercero no pueda consignar) si, siguiendo instrucciones del deudor, rechaza la oferta de un tercero, puesto que esa *sanción* se pone para defensa de los intereses del deudor³³.

Esta última opinión es la que me parece más fundada. Para defenderla, se puede destacar que las opiniones de los autores que trabajaron sobre los Códigos que, como el nuestro, no contienen regulación expresa sobre el asunto, son opiniones mayoritariamente favorables a la solución de que un tercero cualquiera no pueda por sí mismo vencer la voluntad conjunta de acreedor y deudor que se oponen a su intervención³⁴. El argu-

³³ Véase, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas» al *Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolf*, II-1.º, Barcelona, 1954, p. 120. Recordemos, entre los que sí admiten la consignación por tercero, la opinión de LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., pp. 476-478, y la de NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 124, entre otros autores que ya irán apareciendo a medida que avance la exposición. En el siguiente epígrafe se explica que, en ocasiones, la mora y la consignación se ponen al servicio del interés de determinado tipo de tercero.

³⁴ En ese sentido, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 55-57; COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., p. 306; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 16, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Tratado...*, II, cit., p. 510. Todavía un paso más, desde la posición que niega la posibilidad de pago del tercero ya desde el momento en que se le oponga la voluntad unilateral del deudor, LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 477. Cfr., por otro lado, la opinión de MARCADÉ, *Explicación...*, IV, cit., p. 547.

En la doctrina argentina, cuyo Código también guarda silencio respecto del supuesto en cuestión, la opinión es unánime en el sentido de que no cabe una injerencia del tercero contra la voluntad de las partes de la obligación. Véase, COLMO, *De las obligaciones en general*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1961, pp. 389-390; MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 509; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1928, p. 419; LAFAILLE, *Derecho Civil*, VI, Buenos Aires, 1947, p. 305; DE GÁSPERI, *Tratado...*, III, cit., p. 30; RIVAROLA, *Instituciones del Derecho Civil argentino*, I, Buenos Aires, 1901, p. 168; BASSO y TABANERA, *Sinopsis de Derecho Civil argentino*, Buenos Aires, 1926, p. 138, y BORDA, *Tratado de Derecho Civil argentino*, I, 6.ª ed., Buenos Aires, 1989, p. 514, texto y nota 1074. En el mismo sentido, para la doctrina portuguesa, DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria...*, cit., p. 285; CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, IV, cit., p. 719, y ALVES MOREIRA, *Instituições do direito civil português*, II, Coimbra, 1911, p. 242. Sobre esta materia también se puede ver la opinión de DIAS FERREIRA, *Código Civil português anotado*, II, 2.ª ed., Coimbra, 1895, p. 75, y la de LEITE DE SAMPAIO *et al.*, *Direito...*, cit., p. 51. La opinión de estos autores viene facilitada por el hecho de que parten del artículo 747 del viejo Código portugués, el cual, después de sentar la legitimidad al pago de los terceros, contiene un párrafo final del siguiente tenor literal: «O credor nao pôde, comtudo, ser constringido a receber de terceiro a prestação, havendo no contracto declaração expressa em contrario, ou se com isso for prejudicado».

Entre los autores italianos que trabajaban sobre el Código de 1865, en el silencio del artículo 1238, se habían mantenido en la doctrina todas las soluciones posibles para esta especie del pago de un tercero contra la voluntad concorde de acreedor y deudor. Hay un buen resumen de las distintas posturas en NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 187, y DI MAJO, *Le Modalità...*, cit., p. 545. Para ver directamente las distintas posturas se puede ver CARBONI, *Della obbligazione nel diritto odierno*, Turín, 1912, pp. 196-197, y BORSARI, *Commentario del Codice Civile*, III, 2.º, Turín, 1877, pp. 615-616. La opinión que se defiende en el texto y que acabó triunfando en el Codice de 1942 se puede ver en NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 124. También SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, p. 61, y MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padua, 1933, p. 74, nota 2. Con argumentos similares, GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII, Madrid, 1930, pp. 149-150. Aparentemente en contra, DE RUGGIÈRO, *Instituciones...*, II, 1.º, cit., p. 106.

mento siempre es el mismo: no se ve razón para que un tercero cualquiera (no interesado) pueda violentar la voluntad contraria a su intervención que manifiestan las partes de la obligación.

Por otra parte, los Códigos más modernos que el nuestro, siguiendo la línea del B. G. B. (par. 267, II), aceptan esta misma solución³⁵.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 1180 del Código italiano de 1942 dice: «Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione».

El significado de la norma es claro: se trata de una declaración de voluntad que el deudor dirige al acreedor y que hace que ese acreedor pueda aceptar o rechazar la prestación que le ofrece el tercero³⁶. Si el acreedor decide rechazar la oferta del tercero no incurrirá en sanción alguna. Si, por el contrario, el acreedor decide aceptar el pago del tercero, lo hará válidamente y el deudor sólo podrá hacer valer su oposición en las relaciones internas que existan o se establezcan entre él y el *solvens*.

La solución adoptada por el citado artículo 1180, 2.º del *Codice* supone que se da cierta relevancia a la voluntad del deudor a los efectos de impedir un pago no deseado del tercero, pero compatibilizando tal interés del deudor con las exigencias relativas a la efectiva realización del derecho del acreedor³⁷. En efecto, la posición del acreedor es decisiva y resulta un claro indicio de que el legislador juzga preponderante el interés del acreedor³⁸. La decisión del acreedor de aceptar o rechazar el pago del tercero contra la oposición del deudor, es enteramente libre y lo normal será que el acreedor realice un juicio de conveniencia que tendrá en cuenta la mayor o menor posibilidad de cobrar su crédito del deudor si decide rechazar el pago del tercero³⁹.

El Código portugués actual contiene una normativa similar a la del precitado artículo 1180, 2.º del Código italiano, aunque más completa, en la medida en que también aborda la cuestión del derecho a cumplir por

³⁵ Véase, ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, II, 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1954, p. 119; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, p. 255, y HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, III, Madrid, 1958, p. 137.

³⁶ Según CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 80, y NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 187-188, se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia. Para una explicación general del artículo 1180, 2.º, similar a la que se recoge en el texto, se puede ver TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 413, BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., p. 81, BARBERO, *Sistema del derecho privado*, III, Buenos Aires, 1967, p. 37, MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 88; GIORGIANNI, «Pagamento...», *Noviss. Dig. It.*, XII, cit., p. 331; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 285; DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 545, y BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 106.

³⁷ Son ideas de NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 187-188.

³⁸ La observación es de DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 546.

³⁹ Son ideas de BIGLIAZZI GERI, *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., p. 81. Sobre la idea de que la decisión del acreedor es libre, véase, DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 547, y NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 187-188. Por otro lado, tanto DI MAJO (en el lugar precitado) como MICCIO («Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 93), se hacen eco de la idea de que también es libre e incondicionada la decisión de oponerse que adopta el deudor, sin que pueda el tercero, o el Juez, venir a suplir su voluntad.

parte del tercero interesado. El artículo 768 del Código portugués empieza diciendo que si el acreedor rechaza el pago del tercero incurre en mora y el párrafo segundo añade: «É, porém, lícito ao credor recusá-la, desde que o devedor se oponha ao cumprimento e o terceiro nao possa ficar sub-rogado nos termos do artigo 592.º; a opposição do devedor nao obsta a que credor aceite validamente a prestação» (el art. 592 regula la subrogación legal)⁴⁰.

En nuestro Derecho, creo que es posible defender esta misma solución. Además del respaldo de las doctrinas de otros países cuyos Códigos no difieren mucho del nuestro en esta materia y de la postura de los Códigos más recientes, se podría aportar dos argumentos más:

a) El primero consiste en decir que empeñarse en mantener que un tercero cualquiera puede pagar en todo caso lleva a resultados prácticos extraños. Si el acreedor y el deudor quisieran a toda costa evitar la intervención de un tercero cualquiera (por ejemplo, porque acreedor y deudor mantienen relaciones duraderas en las que no quieren ver entrometido a ese tercero que les inoportuna), siempre podrían hacerlo a pesar de que entendamos que el Ordenamiento concede a cualquier tercero el poder de doblegar las voluntades concordes de las partes. En efecto, acreedor y deudor podrían pactar un prórroga, por ejemplo, con lo que impedirían la intervención de un tercero (no interesado) que, por definición, ha de cumplir los requisitos de regularidad del pago. Claro que, si esto hicieran, los efectos de esa prórroga no tendrían por qué detenerse ahí (véase, por ejemplo, el art. 1851). ¿Tiene algún sentido negar a las partes lo que pueden lograr de otro modo y obligarles a buscar alternativas en caminos tan artificiosos como el descrito?

b) El segundo es un argumento relativo a la justificación del pago de un tercero y relativo a los intereses que están en juego. Desde este punto de vista, tenemos, por un lado, el interés del deudor en liberarse de la deuda, incluso a través del pago de un tercero; por otro lado, tendremos el interés del acreedor en cobrar su crédito sea quien sea el *solvens* (con el límite, puesto en su interés, del art. 1161); por último, está el interés del tercero en pagar la deuda de otro, interés que puede ser más o menos relevante y que, desde luego, no es ilimitado en todos los casos⁴¹.

⁴⁰ Sobre este precepto, véase, por todos, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II, 3.ª ed., Coimbra, 1986, p. 14. Sobre esta materia, en general, se puede ver también ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 27-28; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, 2.º, cit., p. 197; GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 220; PESOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 349; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 720, y ABÍLIO NETO, *Código Civil anotado*, 8.ª ed., Lisboa, 1994, pp. 538-540.

⁴¹ La descripción de este conflicto de intereses está muy extendida; se puede ver en BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 47; PESOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 349, y ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 27-28, entre otros muchos. Creo que conviene destacar que, al admitir el pago de un tercero, se está favoreciendo también la fluidez y agilidad del tráfico. LAURENT (*Principes...*, XVII, cit., pp. 474 y ss.) es el que lo ve con mayor claridad. Desde este punto de vista, la cuestión sería determinar

Así las cosas, es claro que no se puede dar al acreedor el poder de oponerse al pago perfecto que le ofrece un tercero. El único interés protegible de aquél está en ver satisfecho su crédito. Esta idea de que el acreedor no puede obstinarse en mantener vivo su derecho ha dado lugar a enfáticas palabras como las de Jaubert ante el *Tribunat*: «Ne serait-il pas injuste que le créancier pût malicieusement s'obstiner á conserver la faculté de tourmenter son débiteur, qu'un fils ne pût éteindre l'obligation de son père, un père celle de son fils, un ami l'obligation de son ami, un homme bienfaisant celle d'un infortuné ou d'un absent?»⁴².

Por otro lado, es todavía más claro que no se puede dar al deudor la posibilidad de oponerse eficazmente al pago del tercero, so pena de reconocerle una posición en la que se puede hacer fuerte en perjuicio del acreedor. En efecto, la regla que admite el pago del tercero implica que el deudor no puede poner límites al derecho del acreedor de recibir satisfacción. Huc lo explica con toda claridad cuando dice que el acreedor debe tener el derecho de recibir el pago de cualquier persona y de ahí se deriva, como corolario de este derecho, que el pago pueda ser efectuado por un tercero⁴³. Parece, en efecto, que si reconociéramos el derecho del deudor a oponerse al pago del tercero, le estaríamos reconociendo un derecho que no tiene; en último extremo, reconocer tal derecho al deudor llevaría a la absurda consecuencia de que el tercero y/o el acreedor tendrían que obtener el consentimiento del deudor —¿mediante precio?— para poder proceder al pago o cobro de la deuda.

En esta situación, parece bueno el camino que señala Giorgi. Este autor, dice que la regla que admite la posibilidad del pago del tercero (art. 1238 del *Codice* de 1865) tiene como finalidad «defender el interés del acreedor o del deudor (en el pago) contra la caprichosa negativa del otro interesado»⁴⁴. También son muy claras las palabras de Alves Moreira: «siendo el interés del acreedor que la obligación sea cumplida y el interés del deudor el verse libre de ella, no sería justo que el acreedor no pudiese recibir la prestación de un tercero, por el hecho de que el deudor se oponga, ni tampoco lo sería que el deudor no pudiese ser favorecido por el pago del tercero, por el hecho de que el acreedor rehusara aceptarlo»⁴⁵.

Si esto es así, parece que no habría problemas en admitir que el acreedor y el deudor, de acuerdo, pudiesen oponerse eficazmente al pago

si la fluidez y agilidad del tráfico son capaces de justificar la intromisión de un tercero no interesado en la esfera ajena contra la voluntad de los dueños del negocio. La respuesta parece obvia.

⁴² Véase, FENET, *Recueil...*, XIII, cit., p. 342. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, p. 590, las recoge casi literalmente.

⁴³ Véase, HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 14. Las mismas ideas también en NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 187.

⁴⁴ Véase, GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., pp. 149-150. La misma idea, bajo el *Codice* de 1942, en FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 1947, p. 235.

⁴⁵ Véase, ALVES MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., p. 242 (la traducción es mía). Ya bajo el Código actual, PESSOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 348, recoge esta misma idea. Para un razonamiento similar en Argentina, véase, COLMO, *De las obligaciones...*, cit., p. 390.

del tercero. De esa manera, el acuerdo de los dos beneficiarios de la norma que nuestro Código recoge en el artículo 1158, sería bastante para excluir el pago del tercero. Desde este punto de vista, el pago del tercero se presentaría, simplemente, como instrumento para proteger el interés del deudor (liberarse de la obligación) frente a la oposición del acreedor y, simétricamente, proteger el interés del acreedor (cobrar) frente a la oposición del deudor. La admisibilidad del pago del tercero se configura, de esta manera y en palabras de Huc, como un corolario de los derechos del acreedor y deudor.

2.4 LA LEGITIMACIÓN PARA PAGAR DEL TERCERO INTERESADO

La idea de que el acuerdo del deudor y el acreedor es bastante para excluir el pago de un tercero cualquiera parece aceptable desde el momento en que tiene en cuenta los intereses de las partes de la relación y la *ratio* del artículo 1158. Sin embargo, todavía es incompleta. Falta coordinar esta solución con el eventual interés del tercero en efectuar el pago.

En efecto, aparte de los intereses respectivos del acreedor y el deudor, hay terceros que ocupan una especial posición respecto de la relación obligatoria, para los cuales es necesario limitar el alcance de la oposición conjunta de acreedor y deudor⁴⁶. Como se decía entre los exégetas del *Code*, hay terceros que no realizan un acto «completamente libre» al pagar porque están sujetos al poder de agresión del acreedor. Un fiador, por ejemplo, no puede ser forzado a esperar que el acreedor y el deudor acepten su pago (véase, llevando las cosas hasta el final, el art. 1851). En último extremo, se trataría de privilegiar la protección de los terceros cuya posición sí se ve *especialmente* afectada por la existencia o no de la relación obligatoria sobre la que tienen la intención de intervenir (fiadores, poseedores de finca hipotecada, dueños de la cosa pignorada...).

Es necesario tener en cuenta, pues, que el tercero tiene su propio interés en efectuar el pago y que, en ocasiones como las que hemos mencionado, puede tratarse de un interés jurídicamente relevante hasta el punto de reconocerle un *derecho a cumplir*, como sucede en el sistema alemán (par. 268 B. G. B.)⁴⁷. La virtualidad de reconocer a ciertos terceros un

⁴⁶ Una exposición muy clara de esa necesidad en VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., p. 54.

⁴⁷ El B. G. B. establece en el parágrafo 268 dos casos en los que el tercero tiene *derecho a cumplir* la obligación ajena. Esos dos casos son:

a) El titular de un derecho real sobre un objeto perteneciente al deudor cuando, por una ejecución forzosa promovida por el acreedor, se ve en peligro de perder su derecho en la subasta judicial.

b) El poseedor de una cosa si corre el peligro de perder la posesión por la ejecución forzosa, como por ejemplo el arrendatario (el ejemplo es de ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., p. 120, nota 5). Por otro lado, este mismo autor (en p. 119, nota 4) advierte que, fuera de los casos de ejecución forzosa, el propietario de una finca hipotecada para garantía de deuda ajena tiene derecho de satisfacción frente al acreedor hipotecario (parágrafos

derecho a cumplir supone, precisamente, que a ese tercero le sean inoponibles los límites que en general se admiten a la intervención sobre deuda ajena, de tal forma que se privilegia de forma incondicionada el interés del tercero en cumplir⁴⁸.

Al lado del B. G. B., hay que destacar, por su regulación completa de estas cuestiones, la normativa del Código portugués vigente. En efecto, la alusión que hace el artículo 768, 2.º del texto portugués al artículo 592 significa que, pese a la oposición de ambas partes de la relación obligatoria, el tercero podrá pagar cuando sea uno de esos terceros que pueden conseguir la subrogación legal por pago, es decir, se trate de un tercero *interesado*⁴⁹. Lo anterior significa que los terceros interesados tienen un auténtico derecho a cumplir y no podía ser de otra manera ya que, como explica Vaz Serra, la ley se encuentra en la necesidad de tutelar específicamente el interés del tercero al cumplimiento desde el momento en que se admite la eficacia de una oposición conjunta de acreedor y deudor al pago del tercero⁵⁰.

La situación de los demás Ordenamientos sobre los que venimos trabajando no es tan clara como la alemana o la portuguesa actual. Sin embargo, se puede descubrir una fuerte corriente de opinión favorable a admitir esa legitimación reforzada de los terceros interesados.

1142, 1143, 1150 y 1171). Sucede lo mismo respecto del dueño de cosa mueble pignorada en garantía de una deuda ajena (parágrafos 1223 y 1224), así como respecto de los titulares de derechos reales, por ejemplo el usufructuario, que perderían su derecho real (más reciente) a resultados de la enajenación de la prenda (parágrafo 1249). Sobre todo esto, también LARENZ, *Derecho...*, I, cit., pp. 255 y ss.

⁴⁸ Véase, DI MAJO, *Le modalitá...*, cit., p. 529. Conviene detenerse un momento en aclarar que esta especial legitimación al pago del tercero interesado que estamos comentando permite superar sin problemas el límite generalmente puesto al pago del tercero consistente en oposición conjunta de acreedor y deudor. Pero que ya los exégetas del *Code* pusieron de relieve que eso no ocurre así con el otro límite general a la admisibilidad del pago del tercero: el que nuestro Código recoge en el artículo 1161. El ejemplo, muy ilustrativo y usual entre esos autores, era el de un fiador –tercero interesado– que no puede forzar al acreedor a recibir el pago en caso de obligación personalísima. Véase, por todos, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 26.

⁴⁹ El artículo 768 del Código portugués, después de prever mora para el acreedor que rechaza el pago perfecto del tercero, tiene un párrafo segundo que añade: «É, porém, lícito ao credor recusá-la, desde que o devedor se oponha ao cumprimento e o terceiro nao possa ficar sub-rogado nos termos do artigo 592.º; a opposição do devedor nao obsta a que credor aceite validamente a prestação». Por otro lado, ese artículo 592 establece: «1.º Fora dos casos previstos nos artigos anteriores ou noutras disposições da lei, o terceiro que cumpre a obrigação só fica sub-rogado nos direitos do credor quando tiver garantido o cumprimento, ou quando, por outra causa, estiver directamente interessado na satisfação do crédito».

⁵⁰ Sobre ese derecho a cumplir por parte de ciertos terceros, siguiendo los pasos del B. G. B., se pueden ver las explicaciones que da VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., pp. 54-57. Para una explicación del artículo 768, 2.º, por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 27-28. Es de señalar que entre estos terceros que tienen derecho a pagar la deuda ajena no se encuentra, literalmente, el codeudor solidario, dado que, en el Código portugués, éste no se subroga legalmente por el pago; véase, sin embargo, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, p. 14, y *Código Civil anotado*, I, 3.ª ed., Coimbra, 1986, p. 609.

Entre los exégetas del Código de Napoleón no es frecuente especificar si el acuerdo del acreedor y el deudor por el que se oponen a la intervención del tercero será o no oponible al tercero interesado⁵¹. Sin embargo, lo cierto es que al exponer la virtualidad de esa oposición conjunta, estaban estudiando el caso del pago del tercero *no interesado*⁵². Por otro lado, la analogía que suelen establecer entre la legitimación para efectuar el pago del deudor (que está legitimado porque está obligado) y la legitimación para pagar de los terceros interesados parece que también apuntaría a negar la posibilidad de que el acuerdo entre acreedor y deudor se pueda oponer a la intención del tercero interesado de efectuar el pago⁵³.

En la doctrina portuguesa surgida bajo el Código de 1867, así como en la argentina, se admitía como regla general la eficacia de una oposición conjunta al pago por parte del acreedor y deudor; además, algunos autores destacaban que tal oposición conjunta no impide el pago del tercero *interesado*⁵⁴.

En la doctrina italiana surgida bajo el Código de 1942, dado que el texto legal se limita a admitir que acreedor y deudor paralicen conjuntamente la intervención del tercero, las opiniones están más divididas, si bien se admite mayoritariamente la legitimación reforzada de algunos terceros. Así, Bianca explica que la legitimación del tercero al pago está concebida como protección al deudor –y, añadiríamos nosotros, también del acreedor– y no tutela un interés del *solvens*, por lo que se puede decir que el tercero tiene el poder de pagar, pero no el derecho. Sin embargo, sigue Bianca, el tercero puede tener en ocasiones un interés apreciable en cumplir, como sería el caso de que estuviera expuesto a la acción de acreedor (fiador, tercero poseedor de finca hipotecada, etc.), por lo que la

⁵¹ Sólo HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 16, especifica que el tercero *sin interés* no puede pagar contra la oposición conjunta de acreedor y deudor. En la doctrina italiana que trabaja sobre el Código de 1865, también lo hace GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., p. 149.

⁵² Véase, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 55-57; COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., p. 306, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pp. 509-510. En esos lugares estaban estudiando el supuesto previsto en el artículo 1236 del *Code* de que pagara un tercero no interesado, y es al hilo de ese estudio cuando exponen su opinión de que el tercero *sin interés* no puede vencer la común resistencia al pago del acreedor y deudor.

⁵³ Para esa analogía, se puede ver DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 49; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 470; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 506; también, LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 144, y COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., p. 302. Además, entre los autores franceses más recientes, se encuentra la idea de que el tercero puede vencer la oposición (al pago) conjunta de acreedor y deudor si existe una actuación *fraudulenta* por parte de éstos. Así, AUBRY y RAU por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 220, nota 1; PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Encyclopédie Dalloz*, VI, 1991, p. 2.

⁵⁴ Así, DIAS FERREIRA, *Código...*, II, cit., p. 75, y DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoría...*, cit., p. 285. También, BORDA, *Tratado...*, I, cit., p. 514; BASSO y TABANERA, *Sinopsis...*, cit., p. 138, y, aparentemente, MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 509. En contra, CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, IV, cit., pp. 714 y 719, donde argumenta, de forma poco ajustada, diciendo que el acreedor siempre puede conceder al deudor una moratoria, o perdonarle la deuda o querer extinguirla por compensación o novación. Es claro que tal cosa puede suceder, pero también es claro que los efectos no tienen por qué detenerse ahí (cfr., por ejemplo, art. 1851 de nuestro Código).

exigencia de tutela del interés del tercero ha de llevar a reconocerle un derecho a cumplir⁵⁵.

El reconocimiento de la especial legitimación al pago del tercero interesado es admitido por otros autores italianos de forma más restringida. Así, Cattaneo, al estudiar en qué términos está el tercero legitimado para realizar la oferta formal previa a la consignación, se preocupa de advertir que, incluso contra la voluntad de acreedor y deudor, la oferta del tercero será válida cuando se trate de un adquirente del bien hipotecado. Caso al que, según Carpino, habría que añadir el del tercero que consintió una hipoteca sobre un bien propio, pero en garantía de una deuda ajena⁵⁶.

Por su parte, Di Majo opina que es difícil admitir tal construcción en el sistema italiano debido a la ausencia de previsión legal específica; para este autor estamos ante una auténtica laguna legal, dado que el legislador no ha abordado el problema de tutelar un específico interés del tercero en pagar deuda ajena⁵⁷.

En nuestra doctrina la situación es bastante decepcionante. Como hemos visto, o no se aborda la cuestión de qué sucede cuando acreedor y deudor no son propicios al proyecto de pago que abriga el tercero, o se tiende a afirmar que el acuerdo entre deudor y acreedor no quita para que el tercero pueda pagar válidamente.

Es curioso observar que la posición –muy extendida– de los autores españoles que, como Bercovitz y Valladares o Albaladejo, creen que el tercero puede pagar a pesar de la oposición de las dos partes de la relación obligatoria, lleva al mismo resultado práctico que los Códigos más modernos y gran parte de las doctrinas extranjeras proponen exclusivamente para el tercero *interesado*: proteger hasta el máximo sus posibilidades de cumplir la deuda ajena. Según esta posición doctrinal, en nuestro Ordenamiento cualquier tercero tendría *derecho* a cumplir en todos los casos⁵⁸.

Los autores que en nuestra doctrina se muestran partidarios de que ese pacto entre acreedor y deudor sí tenga la virtualidad de excluir el pago del tercero, no abordan la cuestión de si ese pacto será también oponible a los terceros *interesados*. Sólo Caballero Lozano, en su estudio

⁵⁵ BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., pp. 288-289. Un reconocimiento igualmente amplio de este derecho del tercero interesado en FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 235; BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milán, 1958, p. 23; CIAN y TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 3.ª ed., Padua, 1988, p. 843.

⁵⁶ Véase, CATTANEO, «Della mora del creditore», en *Commentario Scialoja-Branca* (art. 1206-1217), Bolonia-Roma, 1973, p. 100, y CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 96.

⁵⁷ Sin embargo, Di Majo parece alcanzar resultados similares a los que se llegaría a afirmar el derecho a cumplir de los terceros interesados, pero a través de una limitación de la posibilidad de oposición por el deudor al pago del tercero. En efecto, Di Majo exige que el deudor tenga un interés «apreciable» para que pueda oponerse al pago del tercero. Cfr., DI MAJO, *Le modalità...*, cit., pp. 547-548.

⁵⁸ El siguiente párrafo de BERCOVITZ y VALLADARES (*Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 75) es buena muestra de que se alcanza ese resultado tan exagerado: «De acuerdo con el artículo 1158 se reconoce a cualquier tercero el *poder* de pagar una obligación ajena y ese poder sólo puede ser renunciado eficazmente por el propio tercero». Más que de «poder de pagar» parece que estos autores deberían hablar de «derecho a pagar».

sobre la mora del acreedor, se preocupa, incidentalmente, de advertir que la voluntad contraria al pago manifestada por el deudor no le es oponible al tercero interesado⁵⁹.

Ésta sería para mí la solución más correcta. De los argumentos que hemos ido destacando entre los que se manejan por autores extranjeros, creo que es especialmente importante el de que el tercero *interesado* está sometido al poder de agresión del acreedor de forma análoga a como lo está el mismo deudor. Ante el silencio de nuestro Código en todas estas cuestiones, creo que este hecho de que el tercero interesado esté sujeto al pago debe ser decisivo⁶⁰. Por otro lado, no conviene olvidar que el argumento de que hay que evitar injerencias indebidas del tercero en la esfera ajena no se puede aplicar, si estamos ante un tercero con interés: su injerencia en la esfera de acreedor y deudor, incluso contra la voluntad de ambos, está perfectamente justificada.

3. PAGO DEL TERCERO Y CONSIGNACIÓN

Sabemos ya que un tercero puede intervenir en deuda ajena cualquiera que sea la actitud unilateral de las partes de la obligación. También hemos dicho que es preferible entender que sólo los terceros interesados pueden intervenir en esa deuda cuando acreedor y deudor se oponen conjuntamente a su intervención. En este apartado vamos a estudiar el tipo de sanción en que incurre un acreedor que rechaza injustificadamente el pago de un tercero, para tratar de avanzar más allá de la respuesta mecánica de que todo tercero puede consignar. Hay que determinar, pues, si un tercero cualquiera puede proceder a la liberación coactiva del deudor o si es preferible entender que ese procedimiento sólo está abierto a determinado tipo de tercero⁶¹. Sobre esto, la doctrina se encuentra dividida y las cosas tampoco se plantean con mucha claridad.

3.1 EL DEBATE EN NUESTRA DOCTRINA

3.1.1 OPINIONES QUE AFIRMAN QUE LOS TERCEROS SÍ ESTÁN LEGITIMADOS PARA CONSIGNAR

La pregunta es sencilla –¿puede consignar un tercero la prestación debida por otro?– y también la respuesta que cabe deducir a primera vista: evidentemente sí, ya que si el tercero, según hemos visto, puede

⁵⁹ Véase, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 197.

⁶⁰ Sobre el alcance que ha de darse a la noción de tercero *interesado*, véase la nota 138, más adelante.

⁶¹ Hay que darse cuenta de lo limitado de la cuestión que nos planteamos. Se trata tan sólo de saber qué tipo de legitimación tienen los terceros para recurrir al procedimiento de liberación coactiva del deudor y si coincide plenamente o no con la que tiene el mismo deudor. Dejamos de lado, pues, otras importantes cuestiones relativas a este procedimiento por entender que desbordan los límites de este trabajo. Un planteamiento similar de la cuestión en NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 116.

intervenir sin contar con la voluntad del acreedor, tiene que existir algún medio para vencer la resistencia injustificada de éste a recibir el pago que le ofrece ese tercero. Cuando el acreedor se resista sin motivo —«sin razón», dice el artículo 1176— a recibir el pago perfecto que un tercero le ofrece, ese tercero podrá proceder a consignar lo debido siguiendo el procedimiento diseñado por el Código Civil.

Éste es el argumento sustancial que se ha manejado por la doctrina, tanto española como la de otros países cuyos Códigos pertenecen a la órbita de la codificación francesa, para defender que el tercero, sin más caracterizaciones, pueda consignar la prestación debida por otro⁶². En este sentido, es muy clara la versión de este argumento que ofrece Manresa, el cual, partiendo de que la consignación es una forma de pago, dice que «es indudable que cualquiera, aun no siendo interesado en la obligación, puede hacer aquélla (la consignación), porque de lo contrario quedaría sin eficacia el artículo 1158, como dependiente que en tal caso sería la realización del pago de la voluntad del acreedor»⁶³.

Con estas mismas ideas, se dice que el tercero podrá consignar en todos los casos en que pueda lícitamente sustituirse en el pago de la deuda⁶⁴. La

⁶² Para Francia, se puede empezar por POTHIER, *Traité...*, cit., p. 273, núm. 500 y p. 306, núm. 574. Comentando el artículo 1258 del *Code*, se puede ver a LAURENT, *Principes de droit civil*, XVIII, 3.^a ed., Bruselas, 1878, pp. 178 y 180; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 49-51, y *Cours de Code Napoléon*, XXVIII, París, 1872, p. 58; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 712; TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 260; MARCADE, *Explication...*, IV, cit., p. 592, y MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 711; ZACHARIAE, *Manuale del diritto civile Francese*, II, Milán, 1907, p. 331, nota 2. Las mismas ideas, básicamente, en los trabajos preparatorios del Código, en los discursos de Jaubert y Bigot-Préameneu (FENET, *Recueil...*, XIII, cit., pp. 532 y 272, respectivamente). En la doctrina francesa más reciente: MARTY y RAYNAUD, *Droit...*, II, 1.^o, cit., p. 635; SAVATIER, *Théorie des obligations*, 4.^a ed., París, 1979, p. 376; CARBONNIER, *Droit...*, 4.^o, cit., pp. 572-573; PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 22; JOSSERAND, *Derecho Civil*, II, 1.^o, Buenos Aires, 1951, p. 683; Aubry y Rau por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 295, nota 1, y RIPERT y BOULANGER, *Tratado...*, V, 2.^o, cit., p. 382. En Italia, para el Código anterior, GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., p. 301, SCUTO, *La mora...*, cit., p. 58; MAGINI, *La surrogazione...*, cit., p. 95. Sobre oferta y consignación se puede ver también: PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, 2.^a, I, 3.^a ed., Padua, 1941, p. 386; SIMONCELLI, *Introduzione...*, cit., p. 444, y CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, Turín, 1889, p. 59, entre otros. Para el antiguo Código portugués, DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoría...*, cit., p. 285; CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, IV, cit., p. 767; ALVES MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., pp. 248 y ss. Para el Derecho argentino, DE GÁSPERI, *Tratado...*, III, cit., p. 60; LAFAILLE, *Derecho...*, VI, cit., p. 304; MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 508. Se puede ver también RIVAROLA, *Instituciones...*, I, cit., p. 173; BASSO y TABANERA, *Sinopsis...*, cit., p. 156; BORDA, *Tratado...*, I, cit., p. 569. En esta línea tradicional está también el artículo 1108, 1.^o del Proyecto español de 1851.

⁶³ Véase, MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.^o, cit., p. 726. En el mismo sentido, con el mismo argumento, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, IV, 1.^o, Madrid, 1946, p. 184; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.^o, cit., p. 285; CANO MATA, «La consignación», *A. D. C.*, 1969, p. 760. Optan también por la afirmativa, ALBADALEJO, *Derecho...*, II, 1.^o, cit., p. 156; LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.^o, cit., p. 145; HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., p. 80, nota 113; ADAME MARTÍNEZ, *Asunción...*, cit., p. 262, nota 375, y VATTIER FUENZALIDA, «Notas sobre la subrogación personal», *R. D. P.*, 1985, p. 495.

⁶⁴ Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación judicial*, Barcelona, 1952, p. 64; MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 1009, y VALPUESTA FERNÁNDEZ *et al.*, *Derecho...*, cit., p. 168.

expresión más contundente de la idea es, esta vez, de Bercovitz y Valladares: «puesto que cualquier tercero puede pagar, es consecuencia de ello que cualquier tercero pueda acudir al pago por consignación...»⁶⁵. Esta idea se puede expresar en términos probablemente más ajustados y generales si decimos que, en opinión de un amplio sector doctrinal, el que está legitimado para el cumplimiento está también legitimado para el procedimiento de liberación coactiva del deudor⁶⁶.

Con ello, la justificación de la posibilidad de que el tercero consigne se remite a la justificación, lógicamente anterior, de la admisibilidad del pago del tercero. Es muy gráfica la expresión de Mucius Sacevola cuando dice: «es indudable que la consignación puede hacerse no sólo por el mismo deudor sino por un tercero, en todos aquellos casos en que a éste le es lícito sustituirse en el pago de la deuda. Este punto queda ya anteriormente explicado, y no necesitamos insistir en los razonamientos que le (*sic*) justifican»⁶⁷. También se puede ver la opinión de Cano Mata cuando acude, para justificar la posibilidad de consignación realizada por tercero, al tradicional argumento de apoyo a la admisibilidad del pago del tercero, consistente en decir que el deudor se puede ver beneficiado por la intervención de ese tercero y *nunca* perjudicado⁶⁸.

Si pasamos a examinar el articulado del Código Civil, encontramos que el artículo 1176, 1.º, primero de los dedicados a regular el ofrecimiento de pago y la consignación, parece querer limitar la consignación al propio deudor cuando dice que: «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, *el deudor* quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». Este tenor literal no ha sido obstáculo para el sector de nuestra doctrina que afirma que cualquier tercero puede consignar la prestación debida por otro.

Para ese sector doctrinal, la base legal que permite que consigne un tercero se encuentra en el artículo 1177, 2.º: «La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago». Dentro de esas normas reguladoras del pago se encuentra el artículo 1158, que permite el pago del tercero, con lo que queda probado que ese tercero, en los límites del artículo 1158, puede proceder a la consignación de lo debido, y con más motivo si consideramos que la consignación es un equivalente jurídico del pago⁶⁹.

⁶⁵ Véase, BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 285.

⁶⁶ Véase, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 274.

⁶⁷ Véase, MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 1009, donde estudia la consignación. En el texto citado se está refiriendo a la p. 968, donde estudia el pago del tercero. En la doctrina italiana, NICOLÒ (*L'adempimento...*, cit., pp. 115-116) y SCUTO (*La mora...*, cit., pp. 59 y 176, nota 14) emplean argumentos similares.

⁶⁸ Véase, CANO MATA, *A. D. C.*, 1969, p. 760.

⁶⁹ Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 65; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., p. 327; REINO CAAMAÑO, «De la consignación», *R. G. L. J.*, 1926, p. 316; EYRÉ VARELA, *R. J. C.*, 1946, p. 36; PUIG PEÑA, *Tratado...*, IV, 1, cit., p. 184, y «Consignación», *N. E. J. S.*, V, 1985, p. 191; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 491; BORRELL SOLER, *Cumplimiento...*, cit., p. 158; BERCOVITZ y

Además, esta conclusión se puede reforzar con una interpretación *a contrario* del artículo 1161, que también está dentro de las normas reguladoras del pago a que se remite el artículo 1177, 2.º, en los mismos términos en que vimos que se proponía para justificar la intervención de un tercero contra la voluntad del acreedor: si ese artículo dispone que en cierto tipo de obligaciones de hacer, el acreedor «no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero», entendiéndolo *a contrario*, llegaremos a que en las demás obligaciones el tercero sí podrá «compeler» al acreedor a recibir el cumplimiento⁷⁰. Esa «compulsión» se obtendrá a través del procedimiento de consignación.

Para cerrar este apartado, sólo quedaría advertir que, dentro de este sector doctrinal que afirma que cualquier tercero puede consignar lo debido por otro y que hasta ahora hemos tratado como un bloque homogéneo, existen ciertas divergencias perfectamente comprensibles y que aluden a cuestiones de legitimación para realizar el pago que ya hemos tratado. Todos los autores de este sector parten expresa o tácitamente de que la legitimación para pagar implica la legitimación para consignar. Por ello, es lógico que se reproduzca aquí el debate que ya recogimos sobre los términos en que el tercero está legitimado para el pago; en concreto, la discusión de si el tercero puede proceder al pago incluso contra la voluntad concorde de acreedor y deudor⁷¹.

3.1.2 OPINIONES QUE NIEGAN QUE LOS TERCEROS ESTÉN LEGITIMADOS PARA CONSIGNAR

Veamos ahora las opiniones de otros autores españoles que niegan la posibilidad de que el tercero pueda consignar la cosa debida por otro. Evidentemente, estos autores no niegan que el tercero pueda pagar la deuda ajena, cuestión que queda clara en el artículo 1158. Estos autores

VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 292; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, Madrid, 1978, p. 89, nota 133; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 207; NÚÑEZ BOLUDA, «Notas para un estudio sobre la consignación», *R. G. L. J.*, 1982, p. 186; CANO MATA, *A. D. C.*, 1969, p. 760, y, refiriéndose al ofrecimiento de pago, LÓPEZ ALARCÓN, «El pago por consignación y otras instituciones afines», *Pretor*, 1953-13.º, p. 15; SABATER BAYLE, «Contribución al estudio de la mora del acreedor», *A. C.*, 1989-II, p. 2005, nota 39; LINARES NOCI, «Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago», *R. D. P.*, 1991, p. 176; MALUQUER DE MOTES, «Ofrecimiento de pago», *N. E. J. S.*, XVIII, 1986, p. 430, y CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, 1988, p. 73.

⁷⁰ Así, en esta sede, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 491, cuando estudia la consignación. También se puede ver la misma idea, cuando estudian la legitimación al pago, en BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 241; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 50; BONDÍA ROMÁN «La subrogación...», *Estudios...*, II, cit., p. 992, y también MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 604.

⁷¹ La disputa, en esta sede, se puede ver comparando BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 285 y nota 43, con BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 491, donde a los argumentos que ofrece este autor en p. 136, ya vistos, relativos a la injerencia indebida del tercero en los asuntos de acreedor y deudor, añade una alusión a «la propia especialidad del acto de ofrecimiento» como impedimento a la consignación del tercero contra la voluntad de acreedor y deudor.

lo que niegan, solamente, es la legitimación de un tercero cualquiera para consignar la prestación debida. Ninguno lo dice, pero lo que tratan es de romper, en Derecho español, la identificación mecánica entre legitimación para pagar y legitimación para consignar. Lo cierto es que tampoco resultan muy convincentes en ese empeño.

Nart es uno de los primeros autores que plantean en España la cuestión de la legitimación del tercero para realizar la consignación, y llegan a la conclusión de que tal legitimación no existe. Para este autor el artículo 1176, 1.º del Código —«... *el deudor* quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida»— debe ser interpretado en sentido literal, de forma que sólo el deudor pueda proceder a la consignación y no el tercero. El argumento que aduce consiste en decir que «sólo el pago hecho por el deudor es pago en el sentido de hecho extintivo de la obligación, que es el fin propio de la consignación»⁷². Añade este autor que «el pago hecho por un tercero (salvo que éste haga posteriormente una liberalidad al deudor) no es liberatorio, pues el pagador se subroga en la posición del acreedor (art. 1205) o en caso de haber pagado contra la voluntad del deudor siempre tendrá éste que reembolsarle lo que hubiera sido útil el pago. El artículo 1176 debe entenderse, pues, literalmente: *sólo el deudor podrá consignar, porque sólo él puede extinguir la obligación*»⁷³.

Puig Brutau sigue esta opinión de Nart y, partiendo de que la consignación es un instrumento que tiene el deudor para liberarse, dice que «tendría ciertamente poco sentido permitir la consignación de un tercero, esto es, dejar que se desligue quien no está atado ni vinculado al cumplimiento de la obligación que pretende extinguir». Unas líneas más abajo, se puede leer que «la consignación tendría tal vez el sentido de una prestación a favor de tercero, o del deudor y del acreedor; pero sin duda no cabe disponer para tal fin de la colaboración judicial»⁷⁴.

Pascual Estevill asume estas ideas y argumenta diciendo que sólo el pago del deudor es extintivo de la obligación y que el tercero no puede presionar al acreedor para que le libere de una obligación que previamente nunca contrajo. Añade la idea de que el recurso al artículo 1158 no aclara nada, porque mientras en él se atiende a la satisfacción del interés del acreedor, aquí se trata de liberación del deudor⁷⁵.

Por su parte, Beltrán de Heredia, antes de optar por la postura de que los terceros puedan consignar, ofrece argumentos que se oponen a tal conclusión. En primer lugar, dice que el ofrecimiento previo a la consignación tiene carácter personal (del deudor), porque el procedimiento de liberación coactiva está concebido para satisfacer el interés del deudor en la relación obligatoria. En segundo lugar, dice que la consignación por tercero no es lo

⁷² Véase NART, «Pago por consignación», *R. D. P.*, 1951, p. 213

⁷³ Véase NART, *R. D. P.*, 1951, pp. 213-214.

⁷⁴ Véase, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, I-2.º, Barcelona, 1956, p. 292, nota 45.

⁷⁵ Véase, PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383.

mismo que el pago del tercero «y no lo es porque se parte de la base de que el acreedor se ha negado a aceptar el pago (art. 1176, 1º) y, por tanto, sería igual a permitir desde fuera, externamente, la solución del problema interno planteado en la obligación, sin que uno de los intereses (el más importante cual es el del acreedor) se tenga en cuenta para nada, porque conviene no olvidar que con este procedimiento se libera al deudor, pero queda sin satisfacer el interés del acreedor, y no cabe duda de que extinguir la obligación sin contar con este interés, puede acarrearle graves perjuicios»⁷⁶.

Los argumentos que se manejan no parecen claros ni completos. Por un lado, Nart incurre en el error de no considerar liberatorio un pago puro y simple –sin subrogación– realizado por tercero⁷⁷. Por otro lado, si el argumento que se maneja para negar que pueda consignar un tercero es el de que sólo el pago del deudor es liberatorio ¿quiere eso decir que tampoco un fiador o el poseedor de la finca hipotecada –que se subrogan legalmente por el pago– van a poder realizar la consignación? Respecto a las opiniones de Puig Brutau, se podría oponer la idea de que la consignación realizada por tercero no pretende liberar al consignante, el cual evidentemente no tiene por qué estar vinculado: lo que el tercero pretende a través de la consignación es la liberación del deudor. Las ideas de que se hace eco Beltrán de Heredia tampoco son mucho más claras. De un lado, parece que el carácter *personal* que se predica del acto de ofrecimiento (previo a la consignación) conduciría a la improbable consecuencia de que un tercero cualquiera no pueda realizar una oferta de pago; por otro lado, no deja claro a quién puede «acarrearle graves perjuicios» el hecho de que el deudor se libere sin satisfacción correlativa del acreedor.

Con todo, conviene ya destacar el hecho de que Nart y Puig Brutau, sin negar que un tercero cualquiera pueda pagar la deuda ajena (legitimación para realizar el pago), afirman que el derecho a la liberación sólo incumbe al deudor (legitimación para la consignación). Ésta es una afirmación valiosa pero que, como veremos, requiere, por una parte, una explicación previa de las diferencias entre la mora del acreedor y la consignación que sólo va a ser posible a partir del B. G. B. y, de otra parte, una clara clasificación de la legitimación de los terceros, para intervenir en deuda ajena, realizada a partir de la idea de interés.

Hasta aquí hemos recogido los argumentos que se dan en nuestra doctrina a favor y en contra de la posibilidad de que un tercero cualquiera pueda poner en marcha el procedimiento de liberación coactiva del deudor. Así las cosas, la primera opinión –permitir que consignent los terceros– parece más fundada y clara que la segunda. Sin embargo, no nos podemos detener ahí y conviene profundizar en las doctrinas y textos legales extranjeros para saber qué se esconde de verdad bajo esta polémica. Un primer indicio de que, en efecto, hay algo poco claro en esta discusión es que autores como Lacruz incurren en patente contradicción y

⁷⁶ Véase, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 490.

⁷⁷ En esto se equivoca igualmente PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 238.

otros, como Díez-Picazo, no acaban de pronunciarse ⁷⁸. En efecto, Lacruz, en la misma obra afirma, por un lado, que «si el acreedor se niega *sin razón*, puede el tercero consignar la prestación» y, por otro lado, que «es discutible si la consignación pueda hacerla un tercero, el cual no puede alegar su derecho a liberarse» ⁷⁹.

También puede ser indicio de que las cosas no están del todo claras el hecho de que, desde el sector que afirma que el tercero puede vencer por la consignación la resistencia injusta del acreedor a recibir el pago, De Diego Lora ofrezca argumentos favorables a limitar la posibilidad de la consignación por tercero a los casos en que se trate de terceros *interesados* en el cumplimiento. Desde el punto de vista del Derecho procesal, este autor se pregunta por la causa, en sentido técnico, del proceso de consignación y alude al derecho del deudor a liberarse y a que es imprescindible que el que pretende la liberación tenga un *interés* atendible ⁸⁰. Sin embargo, cuando este autor estudia los sujetos activamente legitimados para instar el procedimiento, dice que lo está cualquier tercero, si bien él mismo advierte que «parece, con esto, quedar contradicho lo que anteriormente dejamos sentado, pero esta contradicción desaparece si no olvidamos que el proceso de consignación no es más que un equivalente jurídico del pago» ⁸¹.

3.2 LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO ALEMÁN

En el B. G. B. también se admite el pago por tercero como regla general y salvo los casos de prestación personalísima del deudor (par. 267). Sin embargo, según la doctrina dominante, sólo puede consignar el tercero que, conforme al parágrafo 268, tenga *derecho de satisfacción* ⁸². Esta solución escapa totalmente a la lógica del sistema francés tradicional en el que, desde Pothier, se defiende la consignación por un tercero cualquiera ⁸³.

Si sólo los terceros con un interés en la obligación especialmente cualificado pueden consignar ¿cómo se las ingenia el sistema alemán para que no desaparezca la posibilidad real de que un tercero cualquiera intervenga en deuda ajena sin contar con la voluntad favorable del acreedor? La respuesta es sencilla: a través de la figura de la mora del acreedor. En el sistema alemán, lo que puede hacer cualquier tercero no es consignar, sino poner en mora al acreedor. La sanción en que incurre el acreedor que incumple la *carga* de cooperar con el tercero que le ofrece la satisfacción integral de su derecho no es, como en el sistema de Pothier, la posibilidad

⁷⁸ Véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 485 y 535. Tampoco BADOSA COLL (*Dret...*, cit., p. 274) acaba de definir su postura.

⁷⁹ Véanse, respectivamente, la p. 145 y la p. 190 de LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit.

⁸⁰ Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 56.

⁸¹ Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 65.

⁸² Véase, ENNECCERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., pp. 119 y 324, nota 6; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 256, y HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 138.

⁸³ Véase, POTHIER, *Traité...*, cit., p. 273, núm. 500 y p. 306, núm. 574.

de consignación; la sanción es, simplemente, el incurrir en *mora accipiendi*. Por ello, en el sistema alemán se rompe el binomio *legitimación para pagar-legitimación para consignar* y se sustituye por el de *legitimación para el pago-legitimación para poner en mora al acreedor*.

En el B. G. B. se contiene una regulación detallada de la mora del acreedor, cosa que falta en el Código de Napoleón y en los que, como el nuestro, le siguen en este punto. En la obra de Pothier y en los Códigos de influencia francesa de la primera etapa de la codificación no existe la mora del acreedor, mientras que sí está presente, tras los pasos del B. G. B., pero con diferencias que veremos, en los Códigos actuales de Italia y Portugal⁸⁴.

Ciertamente, la idea de *mora accipiendi* no es completamente extraña ni a la obra de Pothier, ni a los primeros Códigos de influencia francesa⁸⁵. Sin embargo, como dice Cattaneo, la existencia de una verdadera mora del acreedor en sentido técnico, supone, por un lado que la obligación permanece en vida (el deudor sigue estando obligado) y, por otro, la introducción en el régimen jurídico de esa obligación de ciertos efectos (atribución de riesgo, paralización del devengo de intereses, indemnización de gastos, etc.) que vienen a modificar la posición del acreedor bajo la idea de exonerar al deudor de cualquier agravamiento de su responsabilidad que pudiera derivarse del retraso en el cumplimiento por causas imputables al acreedor⁸⁶.

Los efectos de la mora del acreedor se pueden resumir, a nuestros efectos, y para simplificar la exposición, en la siguiente fórmula: atribución al acreedor del riesgo por imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor y paralización del devengo de intereses⁸⁷.

⁸⁴ Así, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., pp. 50 y ss. y 245.

⁸⁵ Así, en el núm. 283 del *Tratado de las obligaciones*, II, Barcelona, 1878, hablando de obligaciones genéricas, Pothier se cuida de advertir que el riesgo de pérdida de la cosa ofrecida por el deudor y rechazada por el acreedor lo soporta este último. Se puede ver ese núm. 283, *in fine*, en la p. 238 del *Tratado...*, cit. Por su parte, Domat, cuando estudia la compraventa sí se preocupa de cuestiones de riesgo e indemnizaciones desde el punto de vista de la mora del acreedor. Véase, DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, I, 2.ª ed., Barcelona, 1844, pp. 151 y ss. (Libro I, Título II, secciones II y III).

Según CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 6-7, y SCUTO, *La mora...*, cit., p. 9, el hecho de que el Código de Napoleón obviara una regulación sistemática de la mora del acreedor, figura conocida en el Derecho Común, se debe al influjo de la obra de Pothier. En efecto, se pueden ver los números 572 y ss. del *Traité...*, cit., pp. 305 y ss. (en la versión traducida, *Tratado...*, II, cit., pp. 236 y ss.). Es la misma visión que se trasluce ya en la obra de DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1844, p. 261 (Libro IV, Título I, sección II, núm. 8).

En el Código argentino tampoco hay una regulación sobre la mora; sin embargo, Vélez Sarsfield, en la nota de comentario al artículo 509, relativo a la mora del deudor, sí señala la posibilidad de que el acreedor incurra en mora, haciéndose eco de ideas de Maynz, al que cita. Para el *Codice* anterior, por todos, SCUTO, *La mora...*, cit., p. 9; para nuestro Código, por todos, PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 367.

⁸⁶ Véase, CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 7, entre otras. La misma idea en nuestra doctrina, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 249.

⁸⁷ Véase, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 393. Parece útil transcribir los preceptos fundamentales en que el B. G. B. regula los efectos de la mora del acreedor (en la versión de Melón Infante): *par. 300.I* «Durante la mora del acreedor el deudor sólo ha de responder del dolo y de la culpa grave»; *par. 301* «Por una deuda dineraria que produce

En el sistema alemán, pues, la consecuencia jurídica de que el acreedor se resista sin motivo a recibir la prestación que le ofrece un tercero cualquiera es la *mora accipiendi*, que supone la producción de ciertos efectos que vienen a modificar el régimen de la obligación en perjuicio del acreedor y para que el deudor no sufra las consecuencias de un retraso en el cumplimiento no imputable a él mismo⁸⁸. Los terceros con un interés especialmente cualificado –los que tienen *derecho de satisfacción*– pueden también hacer que el acreedor incurra en mora y, además, pueden proceder a la consignación. La consignación queda, de esta manera, limitada al mismo deudor (y a su representante) y a una cier-

interés, el deudor no ha de satisfacer intereses durante la mora del acreedor»; *par. 302* «Si el deudor ha de entregar o indemnizar los provechos de un objeto, se limita su obligación durante la mora del acreedor a los provechos que perciba»; *par. 303* «Si el deudor está obligado a la entrega de una finca, puede abandonar la posesión después de la producción de la mora del acreedor. El abandono debe ser antes conminado al acreedor, a no ser que la conminación sea irrealizable»; *par. 304* «En el caso de mora del acreedor, el deudor puede exigir indemnización por los mayores gastos que tuviese que hacer para el ofrecimiento sin resultado, así como para la conservación y mantenimiento de la cosa debida». Sobre estos preceptos se puede ver ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., pp. 297 y ss.; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., pp. 383 y ss., y HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 189.

El precepto básico para determinar los efectos de la mora del acreedor en el actual Código italiano es el artículo 1207, cuyos dos primeros párrafos son del siguiente tenor literal: «*Effetti.*— Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Non sono più dovuti gli interessi né i frutti della cosa che non siano stati percepiti dal debitore.

Il creditore è pure tenuto a risarcire i danni derivati dalla sua mora e a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta». Sobre este precepto, entre otros, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 396; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., pp. 201 y ss.; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., p. 78; NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 71; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., pp. 99 y ss.; RAVAZZONI, «Mora del creditore», *Noviss. Dig. It.*, X, 1957, p. 903; GIACOBBE, «Mora del creditore» (diritto civile), *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, pp. 969 y ss.; CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 102 y ss.; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975, pp. 137 y ss., y FALZEA, *L'offerta...*, cit., pp. 268 y ss.

En el Código portugués vigente los efectos básicos de la mora del acreedor están recogidos en los siguientes preceptos: art. 814 «**Responsabilidade do devedor.**—1. A partir da mora, o devedor apenas responde, quanto ao objecto da prestação, pelo seu dolo; relativamente aos proventos da coisa, só responde pelos que hajam sido percebidos. 2. Durante a mora, a dívida deixa de vencer juros, quer legais, quer convencionais»; art. 815 «**Risco.**— 1. A mora faz recair sobre o credor o risco da impossibilidade superveniente da prestação, que resulte de facto nao imputável a dolo do devedor. 2. Sendo o contrato bilateral, o credor que, estando em mora, perca total o parcialmente o seu crédito por impossibilidade superveniente da prestação nao fica exonerado da contraprestação; mas se o devedor tiver algum benefício com a extinção da sua obrigação, deve o valor do benefício ser descontado na contraprestação»; art. 816 «**Indemnização.**— O credor em mora indemnizará o devedor das maiores despesas que este seja obrigado a fazer com o ofrecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto». Sobre estos preceptos, ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 781; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 161; GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., pp. 306 y ss.; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., pp. 88 y ss.; ABÍLIO NETO, *Código...*, pp. 592-593.

⁸⁸ Sobre la posibilidad de que un tercero cualquiera ponga en mora al acreedor, véase ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., pp. 119 y 292; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 255; HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 188.

ta categoría especial de terceros⁸⁹. En Derecho alemán, pues, la legitimación para efectuar el pago es requisito *necesario pero no suficiente* para consignar.

3.3 LA MORA DEL ACREEDOR, LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR Y LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO PARA CONSIGNAR

El hecho de admitir la mora del acreedor en sentido propio marca algunas diferencias fundamentales entre el sistema alemán y el sistema tradicional francés, que tienen su reflejo en la protección a que el deudor puede aspirar en cada uno de esos dos sistemas frente a retrasos en el cumplimiento que no le sean imputables. Asimismo, la existencia de la verdadera *mora creditoris* determina, en mi opinión, la respuesta a la pregunta de si cualquier tercero puede consignar la prestación debida por otro.

En el sistema del *Code*, al no existir una normativa sobre la mora del acreedor, el deudor –y el tercero tras él– sólo cuenta con el mecanismo de la oferta real y consignación para protegerse de los retrasos imputables al acreedor⁹⁰. La oferta por sí misma, ni produce la liberación del deudor, ni tampoco tiene los efectos plenos de una auténtica mora del acreedor: los intereses se siguen devengando hasta el día del depósito de la cosa debida y los riesgos de imposibilidad sobrevinida de la prestación siguen pesando sobre el deudor hasta el efectivo depósito⁹¹.

⁸⁹ Ya hemos citado a ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., p. 324, nota 6; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 256, y HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 138.

⁹⁰ Véase, CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 6-7. También CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 50.

⁹¹ En efecto, el artículo 1257, 2.º, del Código de Napoleón se contiene un último inciso que es del siguiente tenor literal: «...et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier». Además, el artículo 1259, 2.º, exigía como requisito de validez de la consignación «Que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt». El *Code* está recogiendo en estos textos ideas de POTHIER, *Traité...*, cit., p. 307, núm. 580. Sobre los preceptos transcritos, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., pp. 100 y ss.; TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 275; MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., pp. 590-591; MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., pp. 710 y ss.; LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., pp. 226 y ss.; BAUDRY-LACANTINIERE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pp. 734 y ss.

En la misma línea del Código francés, el artículo 1109 del Proyecto de García Goyena es del siguiente tenor literal: «El ofrecimiento seguido de la consignación pone la cosa a riesgo del acreedor y surte los demás efectos de verdadero pago». El artículo 761 del Código portugués de 1867, en versión de Alberto AGUILERA (*Código Civil portugués, comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*, Madrid, 1879, p. 112), dice: «Si el depósito no fuese impugnado, la cosa será de riesgo del acreedor y se considerará extinguida la obligación desde la fecha del mismo depósito; pero si hubiese impugnación, aquellos efectos no principiarán sino desde la fecha de la sentencia firme que apruebe el depósito». Sobre este precepto, entendiéndolo de forma similar a las ideas de los comentaristas franceses antes citados, DIAS FERREIRA, *Código...*, II, cit., p. 86. En el Código argentino se puede ver el primer inciso del artículo 759, que dice: «La consignación hecha por depósito judicial, que no fuese impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago». Sobre la cuestión, DE GÁSPERI, *Tratado...*, III, cit., p. 59, y BORDA, *Tratado...*, I, cit., pp. 89-91.

En el sistema francés, ciertamente, la oferta no seguida de consignación produce determinados efectos, como el de evitar que el deudor incurra en *mora solvendi* y el de evitar que el acreedor le pueda dar trato de incumplidor⁹²; por ejemplo, la oferta no seguida de depósito evita una resolución del contrato por incumplimiento a instancias del acreedor. Pero esos no son los efectos de una verdadera mora del acreedor⁹³.

En cambio, en un sistema como el alemán, o en el actual Código italiano que sigue sus pasos, con una detallada regulación de la mora del acreedor, es posible distinguir dos momentos en la tutela del deudor ante retrasos en el cumplimiento imputables al acreedor, que se corresponden con dos intereses distintos del deudor que, así, pueden recibir tutela de forma autónoma: por un lado, el interés del deudor en no ver agravada su situación por imposibilidades temporales de cumplimiento imputables al acreedor; ese interés se tutela, por sí solo, a través de la constitución del acreedor en mora, con las modificaciones del régimen de la obligación que comporta. Por otro lado, el interés del deudor en verse definitivamente libre de la obligación, interés que se protege a través del depósito liberatorio de lo debido⁹⁴.

Lo que en Francia se concibe como un único efecto –liberación–, en el sistema alemán se divide en dos: el deudor puede poner al acreedor en mora y, si juzga que eso no basta para tutelar su interés, es decir, si se quiere ver definitivamente libre del vínculo obligatorio, *puede liberarse* a través de la consignación⁹⁵. En cambio, en el sistema de Pothier, si el deudor quiere evitar que se sigan devengando intereses o si quiere dejar de soportar el riesgo de pérdida de la cosa debida, no tendrá más remedio que proceder a la consignación. La consignación produce la liberación igual que si de un pago se tratase (art. 1257, 2.º *Code*) y esa liberación plena implica –no podía ser de otra manera– dejar de soportar los riesgos y dejar de deber intereses⁹⁶. Esta forma de funcionar fue criticada aguda-

⁹² Sobre esos efectos de la oferta por sí misma, véase, por todos, LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., pp. 217 y ss. Para el *Codice* de 1865, por todos, GIORGI, *Teoria...*, VII, cit., pp. 321-322. En el Código italiano de 1942 se requiere una oferta solemne para constituir al acreedor en mora, pero basta una simple oferta no solemne (art. 1220) para que se produzcan esos efectos más limitados a que aludimos respecto del *Code*. Estos efectos más limitados también fueron acogidos en la primera línea jurisprudencial de nuestro TS, como se explica un poco más adelante.

⁹³ Se puede ver una buena recensión de las opiniones de la doctrina francesa sobre la relevancia de la *mora creditoris* en CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., pp. 93-98. Lo mismo, para la doctrina italiana surgida bajo el Código de 1865, la cual sí fue claramente evolucionando hacia posturas favorables a la admisión del instituto, en CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 9-12. Bajo el *Codice* anterior, pero manejando ideas muy claras sobre la *mora accipiendi*, se puede ver SCUTO, *La mora...*, cit.

⁹⁴ Véase, por todos, MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 189.

⁹⁵ Véase, ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., p. 297; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 387; HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 189, donde se coloca la *facultad* de consignar como uno de los efectos de la mora.

⁹⁶ En este sentido, es gráfica la expresión del artículo 1109 del Proyecto español de 1851 cuando dice que la oferta y consignación «pone la cosa á riesgo del acreedor, y surte los demás efectos de verdadero pago».

mente por Scuto, el cual se quejaba amargamente de esa identificación entre mora y consignación presente en el *Codice* de 1865; este autor decía que lo propio de la *mora creditoris* era el producir ciertos efectos, pero manteniendo la obligación en vida⁹⁷.

Así las cosas, es perfectamente comprensible que Pothier no albergara duda alguna sobre la posibilidad de que un tercero consigne. Por un lado, se necesita alguna consecuencia jurídica para integrar la norma de que el tercero puede pagar la deuda ajena sin contar con la voluntad del acreedor, y en el sistema francés la única disponible, en ausencia de una regulación detallada de la *mora accipiendi*, era la liberación coactiva del deudor⁹⁸. Por otro lado, y por la misma razón de estar faltos de regulación sobre la mora del acreedor, la justificación del pago del tercero que se suele dar, alcanza para justificar también la consignación realizada por cualquier tercero. En efecto, se suele decir que el pago del tercero puede ser beneficioso para el deudor y en ningún caso puede ser perjudicial, pues los efectos de ese pago entre deudor y tercero son diseñados por la ley con respeto a esta idea. Por ello, se permite la intromisión del tercero en la deuda ajena no autorizada por el deudor. Desde este punto de vista, la consignación del tercero también va a ser *siempre* favorable para el deudor, pues tiene los mismos efectos liberatorios que el pago: detiene el devengo de intereses, traslada el riesgo de la prestación al acreedor y extingue el vínculo.

Desde el momento en que, por obra de la doctrina alemana y del B. G. B., se pueden escindir esos efectos, el planteamiento cambia. La auténtica mora del acreedor supone ya la detención del devengo de intereses y la transmisión de los riesgos; la liberación es un efecto ulterior y autónomo. Está claro que los efectos que tiene la mora del acreedor sobre la obligación son, *necesariamente*, favorables al deudor y que, en esa medida, se puede ponerlos a disposición de cualquier tercero sin que con ello estemos permitiéndole tomar decisiones que incumben al deudor (la ley diseña los efectos de la *mora creditoris* precisamente para que el deudor no vea empeorada su propia posición en la obligación por causa de retrasos que no le sean imputables). Pero el efecto *ulterior y facultativo* de la liberación ¿es siempre favorable para el deudor? Permitir a cualquier tercero –incluso no interesado en la obligación– que lo obtenga ¿no es un paso más que supone una injerencia indebida en la esfera del deudor y que para ser justificable requeriría algún requisito adicional en el legitimado para obtenerlo? Es razonable pensar que sí, pero veamos, sin

⁹⁷ Véase, SCUTO, *La mora...*, cit., p. 10.

⁹⁸ Bajo el Código italiano de 1865, que como sabemos sigue fielmente al francés en este punto, Nicolò argumenta para defender que el tercero pueda consignar, diciendo justamente que es necesario dar eficacia a la *carga* que pesa sobre el acreedor de cooperar con el tercero que le ofrece un cumplimiento integral de su derecho. Véase, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 117-118, y SCUTO, *La mora...*, cit., p. 59. La misma idea, bajo el *Codice* vigente, en D'ONOFRIO, «Offerta reale», *Noviss. Dig. It.*, XI, 1957, p. 767.

embargo, qué ha ocurrido en el Código italiano de 1942 y el Código portugués de 1967.

3.4 LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO PARA CONSIGNAR EN LOS ACTUALES CÓDIGOS ITALIANO Y PORTUGUÉS

3.4.1 LA SITUACIÓN EN EL CÓDIGO ITALIANO ACTUAL

En los artículos 1206 a 1217, el *Codice* asume los avances técnicos introducidos por la doctrina alemana en el B. G. B., de forma que la protección del deudor ante los retrasos en el cumplimiento imputables al acreedor se va a articular a través de dos momentos –mora del acreedor y depósito liberatorio– no necesariamente unidos: cabe la mora del acreedor, con sus peculiares efectos básicos relativos a riesgos e intereses, sin que necesariamente haya que consignar lo debido⁹⁹.

Así, la pregunta de si cualquier tercero puede poner en marcha el procedimiento de liberación coactiva del deudor que nos planteábamos, dentro de los esquemas de tradición francesa de nuestro Código, es necesario plantearla distinguiendo esos dos momentos diferentes en los que está en juego el interés del deudor; lo que, en el sistema italiano actual hay que preguntarse es, de un lado, si cualquier tercero puede poner al acreedor en *mora accipiendi* y, de otro lado, si cualquier tercero puede realizar el depósito liberatorio. La base legal para obtener respuesta a estos dos interrogantes se encuentra en los artículos 1208, 2.º y 1210.

Según ese artículo 1208: «*Requisiti per la validità dell'offerta.*—Affinché l'offerta sia valida è necessario: ... 2.º che sia fatta da persona che può validamente adempiere». Este precepto es la base sobre la que se afirma que el tercero, cualquier tercero, puede proceder a la oferta solemne y obtener, con ella, la constitución en mora del acreedor, en los límites en que es admisible el pago del tercero según el artículo 1180¹⁰⁰.

⁹⁹ Sobre esa distinción entre mora del acreedor y consignación, CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., ya en p. 2, NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975, pp. 32 y ss.; FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 103; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 95; VISINTINI, «Mora del creditore», en *Trattato di diritto privato*, 9.º, 1.º, Turín, 1991, p. 148; GIACOBBE, «Mora...», *Enc. Dir.*, XXVI, cit., p. 968; RAVAZZONI, «Mora...», *Noviss. Dig. It.*, X, cit., p. 903; D'ONOFRIO, «Offerta...», *Noviss. Dig. It.*, XI, cit., pp. 767 y 770; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., pp. 188-189; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., pp. 77-78; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 395. A la regulación contenida en los preceptos antedichos hay que unir el artículo 1220, en el que se regula una oferta no formal del deudor que produce unos efectos más débiles que la oferta solemne regulada en los artículos 1206 a 1217. En concreto, la oferta no formal, sin alterar el régimen de la obligación en lo relativo a riesgos e intereses, va a suponer la exclusión de la *mora solvendi* para el deudor y también la exclusión del resto de las consecuencias (resolución por incumplimiento, ejecución forzosa, etc.) que, en otro caso, podrían derivarse de la omisión por el deudor de la conducta debida. Así las cosas, BIANCA (*Diritto...*, IV, cit., p. 382) ha llegado a decir que son tres los institutos a través de los cuales el Ordenamiento italiano tutela el interés del deudor en no sufrir perjuicios por el retraso imputable al acreedor: oferta no formal, oferta formal y liberación coactiva.

¹⁰⁰ Véase, NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 188; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 77; FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 230; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 106; BIANCA,

Por otro lado, el artículo 1210 del *Codice* vigente dice: «*Facoltà di deposito e suoi effetti liberatori.*—Se il creditore rifiuta di accettare l'offerta reale o non si presenta per ricevere le cose offertegli mediante intenzione, il debitore può eseguire il deposito». De ahí los autores deducen que el tercero, también en los límites en que es admisible el pago del tercero, y previa la oferta formal, puede obtener la liberación definitiva del deudor¹⁰¹.

Así, encontramos que el *Codice* es muy claro, en su artículo 1208, 2.º, respecto de la posibilidad de que cualquier tercero pueda poner al acreedor en mora, dentro de los márgenes en que ese tercero está legitimado para el pago. Sin embargo, el precepto sobre el que la doctrina afirma que puede consignar un tercero cualquiera, no es tan claro y, literalmente, se refiere sólo al deudor como activamente legitimado. Los argumentos que se manejan en la doctrina para dar el paso adelante que supone decir que cualquier tercero puede también proceder al depósito liberatorio parece que nos vuelven a colocar en la vieja tradición francesa de la obra de Pothier de identificación mecánica entre legitimación para pagar y legitimación para consignar. Eso sí, para esta última se pone un peldaño más, a raíz de la existencia de una auténtica mora del acreedor. En esta línea, Cattaneo viene a decir que el que está legitimado para el pago está legitimado para realizar la oferta formal y quien está legitimado para realizar esa oferta, está también legitimado para la consignación¹⁰².

En la doctrina italiana no he encontrado quién dé argumentos adicionales para justificar que cualquier tercero pueda consignar; los autores, más bien parecen moverse en los esquemas tradicionales de la doctrina de Pothier, en la cual esa legitimación del tercero para realizar el depósito liberatorio va de suyo y no necesita ser justificada¹⁰³. Estas ideas ya

Diritto..., IV cit., pp. 274, 384 y 401, nota 37; VISINTINI, «Mora...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., pp. 142-143; CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 99 y 144-145; GIACOBBE, «Offerta reale» (dir. civ.), *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, p. 788; D'ONOFRIO, «Offerta...», *Noviss. Dig. It.*, XI, cit., p. 768. Sobre la posibilidad de que el tercero realice una oferta no formal, BIANCA, «Dell'inadempimento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 224.

¹⁰¹ Véase, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 411; VISINTINI, «Mora...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 149; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 170; CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 185; FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 347; NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 188 y 190; GIACOBBE, «Offerta...», *Enc. Dir.*, XXIX, cit., p. 798; D'ONOFRIO, «Offerta...», *Noviss. Dig. It.*, XI, cit., p. 770, nota 12. Se discute en la doctrina italiana, particularmente, si puede proceder a la liberación coactiva del deudor el delegado de pago (art. 1269 del *Codice*). Normalmente se dice que sí está legitimado a ello, como cualquier otro tercero, pero que no está obligado a recurrir al procedimiento en el caso de que el acreedor se resista a aceptar el pago ofrecido. Así, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 401, nota 37, y NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., pp. 78-80. En contra, MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 207. Por su parte, GIACOBBE, «Offerta...», *Enc. Dir.*, XXIX, cit., p. 788, se limita a mostrar su escepticismo.

¹⁰² Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 144 y 185. También FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 347; GIACOBBE, «Offerta...», *Enc. Dir.*, XXIX, cit., pp. 788 y 798; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 170.

¹⁰³ En este sentido, es significativo que Cattaneo, entre otros, se apoye en que el artículo 1180 es muy claro cuando dice que el tercero puede cumplir incluso contra la

fueron expuestas por Scuto durante la vigencia del *Codice* de 1865, diciendo que el depósito liberatorio hace las veces de pago y que, por ello, son de aplicación los principios reguladores del pago. Así, el tercero podrá consignar y eso se justifica por las mismas consideraciones que apoyan la admisibilidad de que el tercero pueda realizar el ofrecimiento de pago ¹⁰⁴. Parece, pues, que tanto en el *Codice* anterior como en el actual, nos seguimos moviendo en las ideas tradicionales de Pothier.

Para acabar este apartado, parece útil recoger algunas observaciones sobre la posición que ocupan los terceros en el Código italiano vigente, desde el punto de vista de la oferta de cumplimiento y de la consignación. Esa posición se podría resumir en torno a los siguientes puntos:

a) El tercero, en los límites en que está legitimado para el pago por el artículo 1180, está legitimado para poner en mora al acreedor a través de la oferta formal prevista en el *Codice* ¹⁰⁵. Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta lo dicho al comentar el precitado artículo, el acreedor podrá legítimamente rechazar la oferta que le dirige el tercero cuando tenga interés en que cumpla el deudor personalmente (art. 1180, 1.º, que sabemos que es, al menos parcialmente, una formulación actualizada de la tradición que se esconde en nuestro artículo 1161) y cuando el deudor haya manifestado al acreedor su oposición al pago del tercero (art. 1180, 2.º) ¹⁰⁶.

b) También dentro de los límites del artículo 1180 del *Codice*, el tercero podrá realizar el depósito con efectos plenamente liberatorios para el deudor. Cattaneo se preocupa de aclarar que si, realizada la oferta formal por el tercero, el deudor se opone a que ese tercero consigne lo debido, estará privando de eficacia al procedimiento liberatorio iniciado, si bien el deudor deberá manifestar su oposición antes de ser liberado, es decir, antes de que el acreedor haya aceptado la consignación o exista

voluntad del acreedor, y que, por ello, tiene que haber algún medio para forzar al acreedor a recibir el pago cuando se resista ilegítimamente a recibirlo. El artículo 1180 comienza diciendo: «L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore...». Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 144. La misma idea en FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 230, NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 190, y BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 274. Es el mismo argumento que vimos que manejaba NICOLÒ (*L'adempimento...*, cit., pp. 117-118), salvo que este autor se refería al Código de 1865, donde no existía una disciplina coherente y unitaria sobre la *mora accipiendi*. Es más, según NATOLI (en la obra y el lugar citados más arriba), si el tercero no pudiera consignar el artículo 1180 perdería todo su significado y el acreedor podría rechazar la prestación que le ofrece el tercero «sin consecuencias». Parece que este autor, pues, olvida la «consecuencia» de incurrir en mora.

¹⁰⁴ Véase, SCUTO, *La mora...*, cit.

¹⁰⁵ El artículo 1180 es del siguiente tenor literal: «Adempimento del terzo.—L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione.

Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione».

¹⁰⁶ Véase, CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 100, y NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 77. Las mismas ideas, para el Código portugués vigente, en PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 130.

resolución judicial declarándola bien hecha ¹⁰⁷. Para ello, este autor se basa en el artículo 1180, 2.º. La idea parece ser la de que si el deudor se opone, el tercero no está ya legitimado para el pago, habida cuenta de que el hecho de que ese tercero esté queriendo recurrir al procedimiento de liberación coactiva implica de por sí la voluntad contraria del acreedor.

c) Según Cattaneo, la oposición del deudor, tanto a la oferta real como a la consignación por parte del tercero, no les resta eficacia cuando se trata de tercero adquirente de finca hipotecada ¹⁰⁸. Este autor no entra en la problemática, más amplia y ya examinada, sobre la legitimación al pago de los demás terceros interesados.

d) Según este mismo autor, cuando el tercero pone en mora al acreedor y se producen los efectos de la misma, es evidente que lo hacen en beneficio del deudor; es decir, sólo el deudor podrá pedir, al amparo del artículo 1207, el reembolso de los gastos y el resarcimiento de los daños. Por su parte, el tercero sí tendrá derecho a ser reembolsado por el deudor, en su caso, de los gastos en que haya incurrido por la oferta formal y el depósito liberatorio ¹⁰⁹. Cattaneo no lo dice, pero parece evidente la solución que él propugna desde el momento en que si el tercero pretendiese el reembolso de esas partidas directamente del acreedor, estaría ejercitando un derecho ajeno –del deudor– sin estar autorizado por su titular.

e) El tercero necesita ser plenamente capaz para realizar la oferta y el depósito liberatorio ¹¹⁰.

f) El tercero podrá, en los mismos términos que el deudor cuando sea éste el que haya consignado la prestación, retirar el depósito hasta el momento en que sea ya irrevocable (básicamente, aceptación por el acreedor o resolución judicial *ad hoc*) ¹¹¹.

3.4.2 LA SITUACIÓN EN EL CÓDIGO PORTUGUÉS ACTUAL

En el Código portugués de 1966 también hay una normativa detallada sobre la mora del acreedor en los artículos 813 a 816 y, además, claramente diferenciada de la normativa sobre la consignación, contenida en los artículos 841 a 846. Por ello, la distinción entre la verdadera *mora creditoris*, con sus peculiares efectos de modificación del régimen de la obligación, y la consignación en depósito, con el efecto –ulterior y *facultativo* para el deudor– de la liberación del vínculo, está nítidamente establecida en el articulado del Código y en la doctrina ¹¹².

¹⁰⁷ Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 185-186.

¹⁰⁸ Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 100. Se basa en el artículo 2858 del *Codice*.

¹⁰⁹ Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 144, nota 2. En nuestra doctrina, la misma idea en CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 199.

¹¹⁰ Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 145-146 y 186; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 77.

¹¹¹ Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 233.

¹¹² Véase GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 307; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 188; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 130; ALMEIDA

También cuando nos planteamos, a la manera de los sistemas que sí distinguen entre *mora creditoris* y consignación, la doble pregunta de si cualquier tercero puede constituir en mora al acreedor y si cualquier tercero puede proceder a realizar el depósito liberatorio, encontramos una respuesta mucho más clara. En efecto, la cuestión está ya paladinamente clara en los textos legales. Así, el artículo 768, 1.º dice: «Quando a prestação puder ser efectuada por terceiro, o credor que a recuse incorre em mora perante o devedor». Por su parte, el artículo 842 se expresa en los siguientes términos: «A consignação em depósito pode ser efectuada a requerimento de terceiro a quem seja lícito efectuar a prestação».

El artículo 768, 1.º, por tanto, afirma expresamente que, dentro de los límites en que es admisible el pago de la deuda ajena, el ofrecimiento realizado por un tercero pone en mora al acreedor¹¹³. Por ello, como ya vimos, el párrafo segundo de ese artículo 768 excluye la mora del acreedor cuando el deudor también se oponga al pago ofrecido por tercero, siempre que no se trate de terceros interesados; los terceros interesados cuentan con una legitimación más fuerte y capaz de vencer la resistencia conjunta de acreedor y deudor.

Por su parte, el artículo 842 tampoco ofrece mayores problemas: el tercero, en los límites en que puede pagar, puede poner al acreedor en mora y, por ello, puede consignar¹¹⁴. Es una conclusión que se puede reforzar leyendo el artículo 814, 1.º, b), que dice que el deudor puede consignar cuando el acreedor esté en mora.

Tenemos, por tanto, que en el Código portugués, a pesar de contar con una correcta regulación de la *mora accipiendi* y con una no menos adecuada regulación de la legitimación para pagar –incluida la especial previsión del caso de los terceros interesados–, se afirma con toda contundencia la legitimación de cualquier tercero para realizar el depósito liberatorio. Se sigue, pese a todo, la tradición francesa. En este sentido, es significativo que los autores apenas entren en la cuestión, decidida con claridad por el Código, de la legitimación a la consignación de cualquier tercero y que, en algunos casos, se limiten a remitirse a las explicaciones que ofrecen sobre la legitimación de los terceros para efectuar el pago¹¹⁵.

COSTA, *Direito...*, cit., pp. 780 y 795. El artículo 814, 2.º afirma con toda claridad que: «A consignação em depósito é facultativa».

¹¹³ Véase ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 28; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 720; PESOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 349; GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 220; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, 2.º, cit., p. 197; ABÍLIO NETO, *Código...*, cit., p. 539; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 14.

¹¹⁴ Véase ABÍLIO NETO, *Código...*, cit., p. 615; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 189; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 131; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 795.

¹¹⁵ Véase, ABÍLIO NETO, *Código...*, cit., p. 616, y ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 795.

3.5 NUESTRA POSICIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

Si, después de estudiar los textos legales y doctrinas extranjeros, volvemos los ojos a la situación en el Derecho español y planteamos de nuevo la cuestión de la legitimación de los terceros para el ofrecimiento de pago y consignación, nos encontramos con una situación oscura y llena de dificultades que parecen derivar de dos tipos de problemas. Por un lado, como ya vimos, no existe una regulación clara sobre la legitimación para pagar de los terceros (pago contra la voluntad de acreedor y deudor, legitimación reforzada de los terceros interesados...); por otro lado, nuestro Código no regula sistemáticamente la mora del acreedor ¹¹⁶.

Lo que sí podemos dar por seguro, una vez que admitimos que en nuestro Ordenamiento (que no en nuestro Código) existe una auténtica mora del acreedor, es que la pregunta sobre la legitimación de los terceros se desdobra ¹¹⁷: hay que saber, por un lado, si cualquier tercero puede ofrecer el pago y colocar en mora al acreedor que lo rechaza sin razón; por otro lado, hay que saber si cualquier tercero, una vez que el acreedor está en mora, puede proceder a consignar la prestación debida por el deudor ¹¹⁸.

Para resolver estas cuestiones, hay un sector en nuestra doctrina que no nos sirve de ayuda, porque su opinión está predeterminada por el hecho de que no distingue entre *mora accipiendi* y consignación ¹¹⁹. Por

¹¹⁶ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER («Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., p. 325) han llegado a decir, en relación a la mora del acreedor, que «los problemas más elementales carecen de respuesta en los textos legales». (Las mismas palabras en CANO MATA, A. D. C., 1969, p. 755).

Los efectos de la verdadera *mora accipiendi* en nuestro Derecho son obra de la doctrina y la jurisprudencia. Como simple recordatorio, podemos recoger las explicaciones de Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, II, p. 602) sobre este punto: 1.º La mora del acreedor compensa y excluye la mora del deudor; 2.º Se transmite el riesgo de pérdida de la cosa o de imposibilidad sobrevenida al acreedor; 3.º El deudor está legitimado para consignar y se limita la responsabilidad del deudor por custodia; 4.º El deudor puede instar la resolución del contrato sinalagmático. A estos efectos cabría añadir los de paralización del devengo de intereses y, más discutido, el deber del acreedor de indemnizar al deudor los daños causados por el retraso.

¹¹⁷ Así, por todos, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 40 (para la legitimación del tercero para hacer el ofrecimiento) y p. 65 (para la legitimación del tercero para consignar).

¹¹⁸ Sobre la construcción de la mora del acreedor en nuestro Ordenamiento se puede ver el amplio estudio sobre el tema que realiza CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., o CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit. Entre los manuales modernos, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 599-602; ALBADALEJO, *Derecho...*, II, 1.º, cit., pp. 149-153, y, con menor claridad, LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., pp. 189-191. También se puede ver MALUQUER DE MOTES, «Ofrecimiento...», *N. E. J. S.*, XVIII, cit., p. 431; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., pp. 299-300; SABATER BAYLE, A. C., 1989-II, p. 2025; DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 44; EYRÉ VARELA, *R. J. C.*, 1946, p. 26.

¹¹⁹ Se puede ver esa no distinción entre ofrecimiento de pago —que produce los efectos propios de la *mora creditoris*— y consignación —que produce la liberación del vínculo— en BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., pp. 482-483; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, cit., p. 87; BORRELL SOLER, *Cumplimiento...*, cit., p. 159; NÚÑEZ BOLUDA, *R. G. L. J.*, 1982, p. 192; CANO MATA, A. D. C., 1969, pp. 754, 773 y 775; REINO CAAMAÑO, *R. D. P.*, 1926, p. 319; MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 1017; CASTÁN, *Dere-*

ello, su afirmación de que todo tercero puede consignar lo debido por otro, no tiene mucho valor.

Veamos por separado las dos preguntas que acabamos de plantear:

a) En nuestro Ordenamiento no cabe duda de que cualquier tercero puede realizar el ofrecimiento de pago y poner al acreedor en mora, dentro de los límites de la legitimación para realizar el pago de los terceros. Todos los autores que manejan la distinción entre mora del acreedor y consignación están de acuerdo, aunque, como vimos, sí hay discusión sobre los casos en que el tercero está legitimado al pago, siendo el más polémico el caso de pago contra la voluntad de acreedor y deudor¹²⁰. El argumento fundamental para mantener esta afirmación lo encuentran estos autores en el artículo 1177, 2.º por remisión al artículo 1158¹²¹. Cabanillas Sánchez se molesta en aclarar, refiriéndose a este artículo 1177, 2.º, «que aunque dictado en especial para la consignación tiene carácter general para todo el ofrecimiento de pago»¹²².

Por su parte, Linares Noci, también partidario de que el ofrecimiento de pago pueda ser realizado por tercero, argumenta sin emplear la base

cho..., III, cit., p. 388, nota 3; MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., pp. 730 y ss. Apparentemente, BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 284. Cfr., además, la posición de CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 199.

Conviene advertir que algunos de estos autores, como Manresa o Cano Martínez de Velasco, que agrupamos en torno a la no distinción entre *mora accipiendi* y consignación, de un lado, y la afirmación de que cualquier tercero está legitimado para la consignación, de otro, sí emplean el término *mora del acreedor*. Sin embargo, no aluden a la *mora creditoris* en sentido técnico, sino a una figura de menor alcance que, dentro de la tradición francesa de nuestro Código, admitía nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de julio de 1941 bajo esa misma denominación y que «si no permite que el deudor quede liberado *ni tiene trascendencia en orden al pago de intereses, ni en la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida*, impide, en cambio, a aquél (se refiere al acreedor) dar al deudor trato de moroso, y obsta a la declaración autorizada por el artículo 1124...» (las cursivas son mías; en el mismo sentido las SSTs 5 de junio de 1944 y 21 de junio de 1947). Como se ve, la situación descrita por el TS no se corresponde con una verdadera mora del acreedor. Sobre la evolución de nuestra jurisprudencia desde estos momentos iniciales de tradición francesa hasta el reconocimiento de una mora del acreedor en sentido técnico, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., pp. 54 y ss. También el amplio estudio jurisprudencial de CABANILLAS SÁNCHEZ, «La mora del acreedor», A. D. C., 1987, pp. 1342 y ss.

¹²⁰ Véase CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 196 y, más confuso, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 492. Por su parte, EYRÉ VARELA, R. J. C., 1946, p. 37, admite expresamente la especie de una consignación realizada por tercero contra la voluntad de acreedor y deudor. El único autor que parece negar que el ofrecimiento pueda ser realizado por tercero es PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383, extrapolando argumentos que Nart y Puig Brutau elaboraron para la consignación. Cfr., sin embargo, p. 244 de la misma obra, donde parece admitirlo.

¹²¹ Véase PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., p. 296; EYRÉ VARELA, R. J. C., 1946, p. 36; LÓPEZ ALARCÓN, *Pretor*, 1953-13.º, p. 15; SABATER BAYLE, A. C., 1989-II, p. 2005, nota 39; MALUQUER DE MOTES, «Ofrecimiento...», N. E. J. S., XVIII, cit., p. 430; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., p. 73; CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 194. Dentro del sector que no distingue adecuadamente, a nuestros efectos, entre mora y consignación sí hay ciertos autores que se preocupan de señalar la legitimación del tercero para ofrecer; véase, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 489, y CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 201, entre otros.

¹²² Véase, CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., p. 73. También BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 489, y PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 381.

del artículo 1177, 2.º, lo que puede ser importante porque, como veremos a continuación, ese precepto también se emplea para defender la legitimación del tercero para la consignación. Este autor explica con toda claridad que «en definitiva, si la declaración de voluntad contenida en el ofrecimiento de pago supone la promesa de dar o hacer la entrega de lo debido, o sea, el pago, parece coherente pensar que el análisis de la citada figura puede abordarse desde los principios que informan el pago real y efectivo, en la medida en que lo ofrecido realizar es precisamente ese pago»¹²³.

b) Contestar la segunda cuestión –la de si cualquier tercero puede consignar–, es algo más difícil, porque volvemos a encontrar opiniones divididas y autores que no se manifiestan, a pesar de que manejen adecuadamente la noción de mora del acreedor en sentido técnico. La mayor parte de nuestros autores se muestran partidarios de que cualquier tercero pueda consignar. Así, encontramos opiniones como la de Albaladejo, que simplemente afirma que el que está legitimado para hacer la oferta está legitimado para hacer la consignación (con lo que parece volver a la tradición francesa)¹²⁴. Estas mismas ideas las defiende López Alarcón, poniendo el ofrecimiento de pago como requisito de la consignación, de tal manera que los requisitos de ese ofrecimiento –la legitimación entre ellos– también son exigibles para dicha consignación¹²⁵. También encontramos opiniones como las de Puig Peña y De Diego Lora, que aluden a que la consignación es un «equivalente jurídico del pago»¹²⁶.

En mi opinión, estos argumentos no son definitivos. En primer lugar, la idea implícita en la exposición de López Alarcón no es lógicamente intachable. Este autor coloca el ofrecimiento de pago como requisito necesario para la consignación y entre los requisitos del ofrecimiento está el tener legitimación para pagar. Es cierto que para poder ofrecer es necesario poder pagar, sin embargo el hecho de que cualquier tercero pueda pagar y, por ello, realizar el ofrecimiento de pago, no implica *necesariamente* que cualquier tercero pueda consignar. También es posible, lógicamente, decir que la legitimación al pago es requisito *necesario pero no suficiente* para la consignación. Tal es, como dijimos, la situación en el sistema alemán.

¹²³ Véase LINARES NOCI, *R. D. P.*, 1991, p. 172. De una forma similar, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 40. Ideas mucho más complicadas en VAQUER ALOY, *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 1997, pp. 73 y ss.

¹²⁴ Véase ALBADALEJO, *Derecho...*, II, 1.º, cit., p. 156. También se limitan a admitirlo VATTIER FUENZALIDA, «Notas...», *R. D. P.*, 1985, p. 495, y VAQUER ALOY, *El ofrecimiento...*, cit., p. 75.

¹²⁵ Véase LÓPEZ ALARCÓN, *Pretor*, 1953-13.º, pp. 5 y 15.

¹²⁶ Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 65, y PUIG PEÑA, *Tratado...*, IV, 1.º, cit., p. 184, y «Consignación», *N. E. J. S.*, V, cit., p. 191. Sobre la idea de que la consignación es un equivalente del pago, un buen planteamiento en CANO MATA, *A. D. C.*, 1969, pp. 759-760. Al estudiar la consignación no abordan la cuestión de la legitimación del tercero para recurrir a ella ni CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., pp. 323 y ss.; tampoco CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., pp. 191 y ss.; ni SABATER BAYLE, *A. C.*, 1989-II, pp. 2017 y 2025

La idea de que la consignación es un «equivalente jurídico del pago» tampoco parece decisiva. En efecto, parece que ese aserto no tiene otro valor que el reafirmar que cualquier tercero pueda consignar, con lo que, quizás, se incurra en una petición de principio. Pero es que, además, tampoco se emplea de forma adecuada la distinción entre las vertientes liberatoria, satisfactiva y extintiva del pago. A la pregunta de si un tercero cualquiera puede consignar se responde que sí porque la consignación es un «equivalente jurídico del pago». Con ello se querrá decir que la consignación produce los mismos efectos liberatorios que el pago. Teniendo en cuenta que lo que produce la consignación es la liberación del vínculo, nos encontramos que la respuesta a la pregunta de si cualquier tercero puede liberar –consignar– es contestada diciendo que sí porque también el pago consiste en liberar al deudor. Se olvida que en los supuestos normales de pago hay *satisfacción, liberación y extinción*, mientras que en el pago por consignación sólo hay, en principio, *liberación*.

Para mantener que cualquier tercero pueda consignar también se puede emplear la base legal del artículo 1177, 2.º por remisión al artículo 1158¹²⁷. A esto, repescando un argumento ya citado, cabría añadir una argumentación a contrario del artículo 1161; así, se podría decir que, fuera de cierto tipo de obligaciones de hacer, el acreedor sí puede ser «compelido» a recibir el pago: la consignación por un tercero cualquiera sería la forma de realizar esa «compulsión»¹²⁸. El problema de estos últimos argumentos radica en que, como ya hemos señalado, el artículo 1177, 2.º está concebido dentro de los esquemas de tradición francesa de nuestro Código. Por ello, a pesar de que, literalmente, cabe la argumentación de que cualquier tercero puede consignar, cuando partimos de la doble pregunta de la legitimación para el ofrecimiento y legitimación para la consignación, esa argumentación no parece posible, sin mayores matizaciones.

En efecto, desde el momento en que decimos que –una vez puesto el acreedor en mora– el deudor *puede* consignar si lo estima conveniente para sus intereses, la legitimación de un tercero cualquiera para realizar la consignación ya no es tan evidente. La consignación ya no es, como en el sistema de Pothier, el requisito imprescindible para verse libre de la obligación de pagar intereses y transferir el riesgo de la prestación al acreedor. Esos efectos, entre otros igualmente favorables para el deudor, se pueden obtener por la constitución del acreedor en mora. Los efectos de la mora del acreedor son necesariamente favorables para el deudor y, además son de carácter revocable. Por ello, el Ordenamiento puede permitir que cualquier tercero (en los límites en los que está legitimado para

¹²⁷ Así lo hacen, entre otros, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 65; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., p. 327; PUIG PEÑA, *Tratado...*, IV, 1.º, cit., p. 184, y «Consignación», *N. E. J. S.*, V, cit., p. 191; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 207; EYRÉ VARELA, *R. J. C.*, 1946, p. 36; LÓPEZ ALARCÓN, *Pretor*, 1953-13.º, pp. 5 y 15, y, brevemente, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 162.

¹²⁸ Véase, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., pp. 133 y 491.

pagar) los desencadene. En cambio, La consignación supone un paso adicional que el deudor decide *libre y facultativamente* si considera que su propio interés exige la liberación del vínculo¹²⁹; en otro caso, el deudor puede contentarse con los efectos de la mora, sin necesidad de extinguir la obligación. Los efectos de la consignación, además, son de carácter irrevocable y definitivo ya que el vínculo se extingue. Desde este punto de vista, podría decirse que un tercero, sin mayores requisitos, no puede estar legitimado para tomar una decisión que sólo incumbe al deudor y que, además, no tiene vuelta de hoja.

En la misma línea, se puede destacar que consignar la prestación debida por otro, ya no se parece a «cumplir una obligación de otro» —como sucedía en los esquemas de Pothier—, sino que se parece más a «ejercitar un derecho de otro» (el derecho a verse coactivamente libre de una obligación), con lo que la posibilidad de actuar eficazmente en la esfera ajena será necesariamente más reducida¹³⁰. ¿Puede un tercero ejercer un derecho ajeno? Evidentemente sí, cuando cuenta con la autorización del titular. Si esa autorización no existe, también cabe la posibilidad de actuar el derecho o facultad ajenos, pero siempre y cuando se reúnan todos los requisitos de una verdadera gestión de negocios¹³¹.

También hemos dicho ya que si contamos con una buena regulación de la *mora creditoris* se puede negar tranquilamente la legitimación de cualquier tercero para consignar, sin que ello suponga la desaparición de

¹²⁹ Que la consignación es algo facultativo para el deudor está claro en la doctrina italiana actual. Se puede ver CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., ya en p. 2; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., pp. 32 y ss.; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 95; VISINTINI, «Mora...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 148; GIACOBBE, «Mora...», *Enc. Dir.*, XXVI, cit., p. 968; RAVAZZONI, «Mora...», *Noviss. Dig. It.*, X, cit., p. 903; D'ONOFRIO, «Offerta...», *Noviss. Dig. It.*, XI, cit., pp. 767 y 770; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., pp. 188-189; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., pp. 77-78; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 395. La misma idea en la doctrina portuguesa, en GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 307; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 188; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 130; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., pp. 780 y 795. En nuestros autores que estudian la mora del acreedor, se puede ver, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 328; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., p. 194; SABATER BAYLE, *A. C.*, 1989-II, p. 2025.

¹³⁰ Sobre las diferencias entre actuar el lado pasivo o el activo de una relación, por todos, las sugerentes observaciones generales de NICOLÒ, «Adempimento» (*diritto civile*), *Enc. Dir.*, I, 1958, p. 565.

¹³¹ NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., pp. 87-89, dedican un epígrafe a la legitimación del gestor de negocios que, sin embargo, no me parece muy útil. Para los requisitos de la gestión, por todos, la buena exposición de PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, pp. 53 y ss. y 347 y ss. Cabe recordar que la gestión de negocios ha sido tradicionalmente una institución preferentemente «conservativa»: se trata de conservar el negocio, evitando daños, hasta que el *dominus* pudiera decidir por sí mismo. Desde este punto de vista, parece que, en muchos casos, lo más lógico será que el gestor se limite a poner al acreedor en mora (efecto necesariamente beneficioso y que admite marcha atrás), consignando sólo —como dice Pasquau Liaño (en p. 396), refiriéndose a actos de disposición realizados por un gestor— «cuando ello suponga evitar un peligro inminente y cuando, además, pueda reportar una ventaja si no demora su ejecución» La idea de que la gestión sin mandato es una figura eminentemente «conservativa», en PASQUAU LIAÑO, *La gestión...*, cit., p. 119. También insisten en ella Natoli y Bigliazzi Geri en la obra y el lugar citados con anterioridad.

la norma que permite a los terceros pagar deudas ajenas. En efecto, si el acreedor se niega sin razón a cooperar con el tercero que le ofrece un pago perfecto, incurrirá *siempre* en la sanción que supone el agravamiento de su posición en la relación obligatoria debido a los efectos que comporta la *mora accipiendi* sobre dicha relación (no devengo de intereses, atribución de riesgos, indemnización de daños, etc.). Esta sanción parece que puede ser bastante para impulsar —o «compeler»— al acreedor a no rechazar frívolamente las prestaciones perfectas que le ofrecen los terceros. Si el tercero que ofrece el pago tiene interés en la obligación, el acreedor que ilegítimamente se resiste a aceptarlo se arriesga, además, a que dicho tercero consigne la prestación debida.

A todo esto cabría añadir que ciertas razones que apoyan la admisibilidad del pago del tercero, como son las relativas a la agilidad del tráfico (en el sentido de que los acreedores pueden tranquilamente recibir el pago sin preocuparse de la legitimación del *solvens*, o, simétricamente, que los terceros pueden pagar sin tener que probar el interés del deudor en el pago), no sirven, en cambio, para apoyar la legitimación de cualquier tercero para consignar: en los supuestos usuales de consignación se trata de obtener una liberación contra la voluntad del acreedor, lo cual normalmente nos indica que algo anómalo está sucediendo. Además, no conviene olvidar que la admisibilidad del pago de un tercero se apoya, actualmente, en lo que se denomina función *satisfactiva* del pago, mientras que en los procedimientos de liberación coactiva del deudor tenemos liberación sin satisfacción¹³².

Teniendo presentes todas estas ideas, que muestran que es bastante discutible afirmar la legitimación para consignar de un tercero cualquiera, estamos en condiciones de apreciar en lo que valen los argumentos de autores como Nart y Puig Brutau¹³³. La idea que de estos autores se puede entresacar para destacarla como válida es la de que, como la consignación lo que produce es la liberación del vínculo, sólo puede realizarla el que esté vinculado. Entre ellos, evidentemente, el deudor¹³⁴. No aclaran estos autores que, junto al deudor, también hay que considerar legitimado para la consignación al tercero con interés en el cumplimiento (art. 1210, 3.º), pero no parece difícil llegar a esta conclusión empleando el mismo argumento¹³⁵.

¹³² Este argumento se puede atisbar en BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 490. Más claramente, PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383.

¹³³ Se puede comprobar la adecuada idea que tiene Nart sobre la *mora accipiendi* en *R. D. P.*, 1951, p. 209. Sin embargo, cfr. la idea de PUIG BRUTAU, en *Fundamentos...*, I, 2.º, cit., pp. 288-289, y la de PASCUAL ESTEVILL, que les sigue, en *El pago*, cit., pp. 362, 370, 388 y 403.

¹³⁴ Véase, NART, *R. D. P.*, 1951, p. 213; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, 2.º, cit., p. 292, nota 45. La idea también la recoge, aunque no la acepta, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 490. Véase también PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383, teniendo en cuenta que este autor parece argumentar —sorprendentemente— desde una fase previa: legitimación para realizar el ofrecimiento.

¹³⁵ Las ideas parecen más claras en la versión que ofrecen Puig Brutau y Beltrán de Heredia. También en DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 56. Por el contrario,

La idea de Puig Brutau de que «la consignación tendría tal vez el sentido de una prestación a favor de tercero, o del deudor y del acreedor; pero sin duda no cabe disponer para tal fin de la colaboración judicial», nos sugiere una observación más ¹³⁶. Consistiría en decir que el procedimiento de consignación, aparte de los gastos en que hace incurrir a las partes, es un procedimiento costoso también para el Estado; por ello, parece excesivo dejarlo abierto a un tercero sin interés propio cuando, además, tampoco concurre un interés general en que se consigne lo debido por otro (más bien, todo lo contrario). Desde ese punto de vista, un tercero sin interés no puede tener la facultad de iniciar un procedimiento que implica gastos para el Estado.

Estos son los argumentos con los que se puede apoyar la solución de que un tercero cualquiera no puede, por sí mismo, consignar la prestación debida por otro. Los terceros interesados (art. 1210, 3.º), en cambio, pueden consignar por y para sí mismos ya que están sujetos a la acción del acreedor y, por tanto, tienen un interés propio en liberarse de su responsabilidad. Por otro lado, cuando deciden consignar (no será necesario aclarar que también estos terceros pueden contentarse con la situación de mora) no puede decirse que se estén entrometiendo en esfera ajena, sino que obran en su propio interés.

Para defender que el tercero del artículo 1210, 1.º –acreedor que quiere pagar con subrogación a otro acreedor que le es preferente– también tiene esta legitimación reforzada de los terceros sujetos a la acción del acreedor, no vale el mismo argumento. El acreedor que paga a otro acreedor preferente (art. 1210, 1.º), también tiene la misma legitimación reforzada de los terceros del artículo 1210, 3.º (entre otras disposiciones, como el art. 1839), pero no por el hecho de estar sujeto a la acción del acreedor –que no lo está–, sino porque, para que sirva de algo la subrogación prevista en ese artículo 1210, 1.º, el acreedor que se encuadra en el mismo ha de poder actuar por sí solo ¹³⁷.

PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383, dice: «El ofrecimiento y depósito (...) sólo está entre las facultades solutorias del verdadero deudor».

¹³⁶ Véase PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, 2.º, cit., p. 292, nota 45.

¹³⁷ Ese artículo 1210, 1.º recoge una figura que se corresponde con la idea romana de la *successio in locum creditoris*; por ello, es un tanto peculiar respecto de los demás casos de subrogación que el artículo 1210 prevé y que se corresponden con la idea romana del *beneficium cedendarum actionum*. La fusión de esas dos figuras de origen romano, operada en el Derecho francés anterior a la codificación, está en el origen de la actual subrogación por pago. Esta idea está muy extendida en todas las doctrinas; se puede ver, por todos, DEMO-LOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., pp. 252-253; MAGINI, *La surrogazione...*, cit., p. 76; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, 2.º, cit., p. 100; LAFAILLE, *Derecho...*, VI, cit., p. 354, y, entre nosotros, ESPÍN CÁNOVAS, «Sobre el pago con subrogación», *R. D. P.*, 1942, pp. 301-303). La subrogación del artículo 1210, 1.º se justifica por el deseo del legislador de que el acreedor sometido a preferencia respecto de otro acreedor, pueda superar el «derecho de veto» que corresponde al acreedor preferente en tanto propietario de su propio crédito. Se trata de que el poder de ese acreedor sobre su propio derecho –acreedor que, en tanto preferente, sabe que podrá cobrar siempre– no impida acuerdos de transmisión del crédito que podrían ser beneficiosos para todos, sin perjudicar a nadie (sobre esto, las ideas más claras están en MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 705). Parece claro que, para que este mecanismo *expropriatorio* pueda funcionar, el acreedor sometido a esa preferencia ha de poder actuar por sí mismo, sin que otras voluntades puedan entorpecer su camino.

3.6 RECAPITULACIÓN: LEGITIMACIÓN PARA EL PAGO Y LEGITIMACIÓN PARA LA CONSIGNACIÓN

Es difícil explicar sin ser farragoso los distintos casos posibles que se pueden presentar cuando un tercero quiere intervenir en una deuda ajena y nos preguntamos si puede o no consignar. Se debe a que es necesario tener en cuenta la actitud y situación de tres sujetos al mismo tiempo (acreedor, deudor y tercero) y, por otro lado, las nociones de legitimación para pagar/ofrecer y de legitimación para consignar (que, además, están en una relación en la que la primera es requisito necesario, pero no suficiente, respecto de la segunda). En los siguientes párrafos no voy a añadir nada nuevo, sino que voy a tratar de exponer esos distintos casos posibles:

a) Si el tercero es de los que pueden obtener una subrogación legal (art. 1210, 1.º y 3.º, principalmente), cuenta con una legitimación reforzada para intervenir. Este tipo de tercero puede *ofrecer* cualquiera que sea la actitud –unilateral o conjunta– o situación del acreedor y del deudor; asimismo, si los efectos de la mora del acreedor no le bastan, puede consignar la prestación perfecta que ofrece¹³⁸.

b) Si se trata de un tercero sin interés, puede ofrecer una prestación perfecta al acreedor por sí mismo –y si éste rechaza injustificadamente, incurrirá en mora–, siempre que no estén de acuerdo, en su contra, el acreedor y el deudor (ese acuerdo le privaría de la legitimación para pagar/ofrecer). El tercero puede ofrecer sin ir a consultar con el deudor y, si el acreedor rechaza injustificadamente, estará en mora. Cuando el tercero ofrece un pago sin haberlo consultado con el deudor, pueden suceder dos cosas: en primer lugar, que el acreedor se preocupe de recabar la opi-

¹³⁸ A los efectos de la consignación, quizá se podría acoger una noción más amplia de *tercero interesado* de la que se debe emplear, con nuestros textos legales en la mano, respecto de la subrogación. Para interpretar el artículo 1210, 3.º, creo que la posición más ajustada es la de BERCOVITZ y VALLADARES (*Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., pp. 42 y 43, respectivamente), los cuales dicen que «el interés del tercero se relaciona con un mayor o menor grado de responsabilidad directa o indirecta, en la obligación de cuyo pago se trata» o que es «el interés de la persona que (...) responde de la obligación pagada». Esta postura está directamente inspirada en la tradición francesa (véase LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 247; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 512-513; MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 708; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Tratado...*, II, cit., p. 686; LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., pp. 116-117; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 102; en la actualidad, MESTRE, *La subrogation...*, cit., pp. 149-150). Sin embargo, quizá se podría entender, hablando de la legitimación especial de algunos terceros para consignar, que ésta debería alcanzar a «todos aquellos que, a virtud de aquel cumplimiento, consolidan su derecho o extinguen un poder que directa o indirectamente podría exigirles responsabilidad» (Son palabras de PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 250). De esta forma se podría afirmar la legitimación para consignar de un subarrendatario respecto de las rentas debidas por el arrendatario, por ejemplo. Es una forma de entender el «interés» en el cumplimiento que está muy extendida en Portugal. Véase CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, V, cit., pp. 48-49; VAZ SERRA, *Sub-rogação...*, cit., pp. 43-55; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, I, cit., p. 608; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 342-343; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., pp. 567-568; RUI DE ALARCAO, *Direito...*, cit., p. 149; RODRIGUES BASTOS, *Das obrigações...*, III, cit., pp. 169-172.

nión del deudor y éste también se oponga a la intervención del tercero; en este caso, acreedor y deudor –de mutuo acuerdo– estarán privando al tercero de su legitimación para intervenir y el acreedor no incurrirá en mora. En segundo lugar, puede suceder que el deudor –consultado al efecto– apoye la intervención del tercero o que ese deudor esté ilocalizable; en estos dos casos, el acreedor incurrirá en mora.

Una vez que –según los casos examinados– tenemos al acreedor en mora, hay que preguntarse por la posible consignación realizada por el tercero sin interés. El acreedor, en todo caso y en cualquier momento, podrá aceptar la prestación, con independencia de la voluntad del deudor (aunque sí pueden producirse algunas otras consecuencias de tipo indemnizatorio). Si el acreedor se obstina en su rechazo: el tercero ha de ponerse en contacto con el deudor (si éste le apoya en su intención de consignar, puede hacerlo; si el deudor se contenta con la situación de *mora creditoris*, el tercero no puede consignar). Si el deudor está difícilmente localizable, hasta el punto que podamos dar por colmado el requisito de la *absentia domini*, el tercero estará en situación de decidir, conforme a las reglas generales de la gestión de negocios: consignará o no según la apreciación de los intereses del *dominus* y habrá de ser una apreciación objetivamente correcta para que los efectos lleguen a alcanzar la esfera del deudor¹³⁹.

La legitimación para consignar de un tercero cualquiera queda, de esta forma, muy limitada. Sea como sea, conviene destacar que los casos más problemáticos son supuestos marginales y que, en muchas ocasiones, la cuestión de la legitimación para consignar no se planteará porque se llegará a una solución previa. En efecto, el tercero que pretenda consignar deberá anunciar su intención al deudor, pues es indudable que el deudor es un «interesado en el cumplimiento de la obligación» a efectos del artículo 1177, 1.º¹⁴⁰. Si esto es así, cuando se anuncie al deudor la intervención del tercero contraria a la voluntad del acreedor, puede presentarse en el Juzgado y, manifestando su oposición a esa intervención, suprimir la legitimación para pagar/ofrecer del tercero no interesado, con lo que la pregunta de si el tercero sin interés puede consignar por sí mismo ya no tiene mucho sentido.

4. OTROS LÍMITES AL PAGO DEL TERCERO. EL ARTÍCULO 1161

Hasta aquí hemos visto cómo *no* influían las distintas actitudes *unilaterales* del deudor o del acreedor en la legitimación que tienen los terceros para intervenir en deudas ajenas y qué eficacia cabía otorgar a la opo-

¹³⁹ Sobre esa eficacia de lo hecho por el gestor respecto de la esfera del gestionado, PASQUAU LIAÑO, *La gestión...*, cit., pp. 169 y ss (pp. 194-204, en especial).

¹⁴⁰ EYRE VARELA, *R. J. C.*, 1946, p 36, explica claramente esta idea de que ha de avisarse al deudor.

sición conjunta de éstos ante la intención de pagar de un tercero, según estuviese el *solvens* interesado o no en la obligación. Hemos visto también que la solución más razonable es la de que no pueda consignar, sin más, un tercero sin cualificación especial. Vamos a ver ahora el significado que hay que atribuir al artículo 1161, que es el otro límite específico a la posibilidad de intervención de los terceros en deudas ajenas.

Tal precepto es del siguiente tenor literal: «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

4.1 EL ARTÍCULO 1161 Y LAS OBLIGACIONES DE HACER

Este artículo contiene una norma de rancio abolengo y que se explica diciendo que en los casos en que la «calidad y circunstancias» del deudor se hayan tenido en cuenta al establecer la obligación, lo que sucede es que la prestación será objetivamente infungible; por ello, si el tercero ofrece el cumplimiento, estará ofreciendo un *aliud* y, conforme al artículo 1166 y al principio de la identidad del pago, el acreedor no estará obligado a recibirlo¹⁴¹.

Así, la limitación implícita en el artículo 1161 será de aplicación en el caso de las obligaciones de hacer, pero no en cualquier tipo de ellas, sino sólo en aquellas en las que la persona del deudor esté implícita en la prestación; tal cosa sucede en las obligaciones de hacer llamadas personales o personalísimas¹⁴².

Con un desarrollo mayor de estas ideas, es frecuente en nuestra doctrina explicar el fundamento de esta disposición por referencia a las mismas razones que justificaban la posibilidad de que un tercero pagase la deuda ajena. En este sentido, es muy claro este párrafo de Díez-Picazo: «La justificación de la regla general de la admisibilidad del pago por un tercero y de su excepción radica en la idea de cumplimiento entendido como satisfacción del interés del acreedor: si el interés del acreedor encuentra satisfacción con una prestación objetiva, la deuda debe quedar pagada, quienquiera que sea el *solvens*; si el interés del acreedor sólo

¹⁴¹ Así MUCIUS SCAEVOLE, *Código...*, XIX, cit., p. 969; MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 602; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; PUIG PEÑA, *Compendio...*, III, 1.º, cit., p. 316, nota 8; VALPUESTA FERNÁNDEZ *et al.*, *Derecho...*, cit., p. 144; HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., p. 104; BORRELL SOLER, *Cumplimiento...*, cit., p. 22; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, p. 481; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 215; LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., pp. 150-151; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 50; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139, y PUIG BRUTAU, *Diccionario de acciones en Derecho Civil español*, 2.ª ed., Barcelona, 1992, p. 486.

¹⁴² La norma que recoge este artículo 1161 estaba ya presente en la obra de Pothier, donde también se predicaba de aquellas obligaciones de hacer en que se había considerado el talento o la habilidad del artifice; POTHIER (*Traité...*, cit., p. 274, núm. 500) ponía el ejemplo de la obligación de pintar un cuadro, que se viene repitiendo en la doctrina desde entonces.

queda rigurosamente satisfecho con una prestación del deudor, sólo éste podrá cumplir la obligación»¹⁴³.

Es opinión general en nuestra doctrina la de que el artículo 1161 excluye la posibilidad de que el tercero se sirva de representantes para cumplir¹⁴⁴. En estos casos tampoco es posible la representación legal, por lo que si el deudor de prestación infungible deviene incapaz, no podría cumplir en su lugar el representante legal, sino que habría que acudir a la doctrina de la extinción por imposibilidad personal de cumplir la obligación (art. 1184)¹⁴⁵.

En las obligaciones a que se aplica el artículo 1161 es exigible una prestación personal del propio deudor. Sin embargo, la prohibición de servirse de representante o auxiliar no alcanza, como señala lúcidamente Mucius Scaevola, los casos en los que cumple el deudor pero se sirve de un tercero para la «materialidad de la entrega»¹⁴⁶. El ejemplo con que este autor ilustra su idea es el un pintor que, una vez realizado el cuadro comprometido, se sirve de un propio para entregarlo al acreedor.

Por otra parte, Bercovitz y Valladares señalan que el hecho de que se nombre a la persona del deudor en las obligaciones de hacer no significa necesariamente que la prestación sea personalísima; también puede tener el significado de «mera expresión de una relación de confianza o designación indirecta de un nivel de calidad», por lo que no se excluiría la posibilidad de cumplimiento por auxiliares del deudor o, incluso, por tercero¹⁴⁷.

Entre los exégetas del Código francés se encuentra la correcta observación de que el artículo 1237 de ese cuerpo legal (equivalente a nuestro art. 1161) también impide el pago de los terceros *interesados*. Así, no podrá el fiador cumplir una obligación de hacer infungible en lugar de cumplir el deudor personalmente¹⁴⁸.

El tenor literal del artículo 1161 deja claro que en las obligaciones a que se refiere el acreedor «no podrá ser compelido» a recibir de un terce-

¹⁴³ Véase, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481. En la misma línea HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 215; LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., pp. 150-151; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 50; CAMPUZANO TOMÉ, A. C., 1989-III, p. 3503; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 245.

¹⁴⁴ Así, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 216; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., p. 143; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 480; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139.

¹⁴⁵ Véase, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 216; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139, y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 245. Otra consecuencia del carácter personalísimo de la obligación de hacer, que se suele traer a colación en la doctrina, se encuentra en el primer párrafo del artículo 1595. Véase, por todos, BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 74.

¹⁴⁶ MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 966.

¹⁴⁷ BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 74.

¹⁴⁸ DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 26; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 485; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 517; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 22, y, más recientemente, AUBRY y RAU por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221, nota 3. En la doctrina italiana que trabajó sobre el *Codice* anterior, GIORGI, *La teoria...*, VII, cit., p. 147, recoge esta misma idea.

ro, por lo que nada obsta a que el acreedor, libremente, decida aceptar el *aliud* que el tercero le ofrece; en ese caso estaríamos ante una dación en pago, es decir, ante lo que se denomina, en la doctrina italiana, *cumplimiento indirecto* de la obligación ajena ¹⁴⁹.

Esta posibilidad que tiene el acreedor de aceptar el cumplimiento que le ofrece un tercero a pesar de que la obligación, en principio, le confería el derecho a rechazarla, se explica claramente por el hecho de que el límite que supone el artículo 1161 a la intervención de los terceros, está concebido para proteger el derecho de ese acreedor a un cumplimiento íntegro e idéntico al debido, y por el hecho de que dicho límite, además, se justifica por la idea de satisfacción del interés del acreedor. Por ello, el acreedor, que es el mejor juez de sus intereses, siempre puede considerar que la prestación distinta que le ofrece el tercero satisface su interés, aunque sea por equivalente.

En este sentido, Manresa afirma que este límite a la legitimación al pago de los terceros no confiere derecho alguno al deudor ¹⁵⁰. Es decir, que el deudor no puede impedir que el acreedor acepte el ofrecimiento realizado por un tercero de satisfacer el interés de ese acreedor mediante una dación en pago, por mucho que la obligación tuviese un objeto infungible.

Las interpretaciones que los preceptos análogos a nuestro artículo 1161 han suscitado entre los autores franceses, italianos y argentinos no son muy distintos a las que ya hemos recogido de nuestra propia doctrina ¹⁵¹. Sí tiene

¹⁴⁹ Por todos, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 237 y ss. Por otro lado, sobre la idea de que sí, en estos casos, el acreedor acepta la prestación que le ofrece un tercero estará recibiendo una dación en pago, se puede ver PESSOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 347, nota 1; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 26, nota 1.

¹⁵⁰ MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 605. En este mismo lugar, también cita MANRESA el artículo 1165 como límite al pago del tercero.

¹⁵¹ Nuestro artículo 1161 tiene su equivalente en el artículo 1237 del Código francés y en el artículo 1239 del antiguo Código italiano, prácticamente una traducción del anterior. El artículo 1237 del *Code* dice así: «L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre la gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même». Para una interpretación de este precepto se puede ver, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 19; DURANTON, *Cours...*, VII, cit., pp. 13 y ss.; MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 677; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 66-70; MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., p. 552; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., pp. 474 y 484-485; COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., p. 308; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., pp. 22 y ss.; BAUDRY-LACANTINIERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pp. 516-518; ARNTZ, *Cours...*, III, cit., p. 93, y SURVILLE, *Éléments d'un cours de droit civil français*, II, 2.ª ed., París, 1911, p. 149. Más recientemente, Aubry y Rau por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221; MARTY y RAYNAUD, *Droit...*, II, 1.º, cit., p. 602; MAZEAUD, JEAN, HENRY y LEON, *Lecciones...*, III, 2.ª, cit., p. 127; CARBONNIER, *Droit...*, IV, cit., p. 470; RIPERT y BOULANGER, *Tratado...*, V, 2.º, cit., p. 378; PONSARD y BLONDEL, «Païement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 2. Para una interpretación del artículo 1239 del Código italiano de 1865, se puede ver, POLACCO, *Le obbligazioni...*, I, cit., pp. 156-157; CARBONI, *Della obbligazione...*, cit., p. 192; DE RUGGIERO, *Instituciones...*, II, 1.º, cit., p. 106; GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., p. 149; BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*, México D. F., 1946, p. 393; CHIRONI, *Istituzioni...*, II, cit., p. 55; PACCIONI, *Elementi di diritto civile*, Turín, 1916, p. 445; SIMONCELLI, *Introduzione...*, cit., pp. 507-508, y sobre todo, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 119-125.

El artículo 730 del Código argentino es el equivalente de nuestro artículo 1161. Sobre aquella norma, manejando ideas ya recogidas en el texto, se puede ver, Salvat, *Tratado...*,

mayor interés destacar el sistema adoptado en el Código italiano de 1942 y las peculiares normas que encontramos en los dos Códigos portugueses debido a que en ellos se acogen algunas críticas doctrinales formuladas a los preceptos similares a nuestro artículo 1161. Lo veremos más adelante.

4.2 LA EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO 1161 A LAS OBLIGACIONES DE DAR

4.2.1 LA EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO 1161, SOBRE LA BASE DE UN INTERÉS DEL ACREEDOR EN LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL DEUDOR

Para la mayoría de nuestra doctrina, y a pesar de que literalmente el artículo 1161 sólo se refiera a obligaciones de hacer, el límite al pago del tercero que ese precepto contiene se puede extender a las obligaciones de dar. En efecto, como el artículo 1161 se explica por la idea de que el acreedor sólo obtiene cumplida satisfacción de su derecho a través de una prestación personal del deudor, se podrá aplicar dicho precepto a cualquier tipo de obligación, con tal de que la satisfacción del acreedor dependa de que sea el deudor el que cumpla personalmente¹⁵². Es decir, se extiende la aplicación del artículo 1161 a todos los casos en que el cambio en la persona del *solvens* influya en la identidad de la prestación.

Esta manera de argumentar está muy extendida y también es muy frecuente en las doctrinas de otros países, hasta el punto de que fue decisiva, por ejemplo, al redactar el equivalente de nuestro artículo 1161 en el *Codice* de 1942¹⁵³. Sin embargo, cuando se trata de aplicar a las obliga-

cit., p. 420; MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 511; COLMO, *De las obligaciones...*, cit., p. 388; LAFAILLE, *Derecho...*, VI, cit., pp. 304-305; RIVAROLA, *Instituciones...*, II, cit., p. 168; BORDA, *Tratado...*, I, cit., p. 516; DE GÁSPERI, *Tratado...*, III, cit., p. 31. Véase también el artículo 626 de este Código. Por otro lado, hay que señalar que en Derecho alemán se admite la posibilidad de pago del tercero en el parágrafo 267 del B. G. B., con la limitación similar de que no se trate de prestación personalísima, en cuyo caso sólo puede cumplir el deudor. Se puede ver LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 254; ENNECCERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., p. 119, y HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 137.

¹⁵² Así, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 216; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133; PUIG PEÑA, *Compendio...*, III, 1.º, cit., p. 316; MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 603.

¹⁵³ El artículo 1180, 1.º del *Codice* actual dice: «L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione». Aquí no se refiere el interés del acreedor en recibir el pago personal del deudor a las obligaciones de hacer, como sucedía en el Código anterior. NATOLI (*La attuazione...*, I, cit., pp. 184-185) y DI MAJO (*Le modalità...*, cit., p. 536) explican que la redacción de este artículo obedeció al argumento que estamos comentando. Por otro lado, hay que señalar que ninguno de los dos Códigos portugueses alude a las obligaciones de hacer a la hora de regular los límites a la posibilidad de pagar deudas ajenas. Véase, por todos, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 13.

Para ver la situación previa a estos Códigos más recientes, en la que los argumentos a que se alude en el texto estaban muy extendidos, se puede ver DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 70; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 474, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 518. Más recientemente, Aubry y Rau por MARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221, nota 3, y PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 2. Para

ciones de dar esa idea de que la identidad de la prestación depende de las cualidades del pagador, surgen los problemas y las dudas ¹⁵⁴.

Así, centrándonos en nuestra doctrina, Bercovitz y Valladares señalan que será raro encontrar una obligación de este tipo (sobre todo que implique también la exclusión del pago por representante) y que, en cualquier caso, el interés del acreedor en que cumpla personalmente el tercero ha de ser un interés objetivo ¹⁵⁵.

Por su parte, Manresa relaciona la cuestión de extender la aplicación del 1161 a las obligaciones de dar con la cuestión –que parece bastante lejana– de si es admisible el pago de un tercero cuando se trate de obligación de dar cosa específica. En la misma línea, Hernández Gil también señala que en las obligaciones de dar cosa específica la posibilidad de que pague un tercero estará normalmente excluida por el hecho de que no podrá entregar precisamente la cosa debida ¹⁵⁶.

Por otro lado, Díez-Picazo pone como ejemplo de obligación de dar a la que es posible aplicar el artículo 1161, el de una obligación de entrega de una cosa con el deber accesorio de instalación o de mantenimiento ¹⁵⁷. En este caso, la exclusión del pago del tercero es clara por el hecho de que se incluye un deber accesorio de hacer; por ello, el ejemplo de este autor tampoco sirve de gran ayuda para saber qué significa extender el artículo 1161 a las obligaciones de dar.

Codice de 1865, SIMONCELLI, *Introduzione...*, cit., p. 507; DE RUGGIERO, *Institutiones...*, II, 1.º, cit., p. 106; GIORGI, *Teoria...*, VII, cit., pp. 148 y 149; NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 119. Aparentemente en contra, POLACCO, *Le obbligazioni...*, I, cit., pp. 156-157. La posición más radical, en contra de la posibilidad de extender esa limitación del artículo 1239 del antiguo *Codice* (equivalente a nuestro art. 1161) a las obligaciones de dar, la encontramos en CARBONI, *Della obbligazione...*, cit., p. 194. Para el artículo 730 del Código argentino, cfr., por todos, MACHADO, *Exposición...*, II, cit., pp. 511-512.

¹⁵⁴ Conviene recoger la observación de algunos autores según los cuales la extensión del artículo 1161 a las obligaciones de no hacer normalmente será innecesaria, ya que la posibilidad del cumplimiento por tercero estará excluida debido a la propia esencia de ese tipo de obligación. En efecto, la omisión de una conducta por un tercero no supondrá el cumplimiento de la obligación ajena de no hacer ni tendrá relevancia alguna. En este sentido, MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 605; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139.

¹⁵⁵ BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73. Las mismas dudas, a pesar del tenor literal más amplio del artículo 1180 del *Codice* actual, en CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 80, y TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 413. Algo similar ocurre, pese al artículo 767, 2.º del Código portugués vigente, en algunos autores portugueses; véase, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 13.

¹⁵⁶ Véase MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 603, y HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 215. Parece estar en la misma línea, SÁNCHEZ BARBUDO, *El pago*, cit., pp. 37-38. Realmente, esta idea de relacionar la extensión del artículo 1161 a las obligaciones de dar cosa específica no puede ser acogida. Así lo han visto BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73. Ese tipo de obligaciones plantean sus propios problemas desde el punto de vista de la posible intervención de un tercero, pero son problemas que tienen poco que ver con lo que aquí toca estudiar. En cualquier caso, estas ideas ofrecen buena muestra de la confusión que tratamos de exponer. Se puede ver la, en mi opinión, acertada forma en que NICOLÒ (*L'adempimento...*, cit., p. 120, nota 7) plantea el caso del pago de tercero en obligaciones de dar cosa específica.

¹⁵⁷ Véase, Díez-Picazo, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481.

En mi opinión, esas dudas que acabamos de recoger se deben a un malentendido. El artículo 1161, concebido para su aplicación a las obligaciones de hacer conforme a sus precedentes históricos, dice que el acreedor puede rechazar legítimamente el cumplimiento por tercero «cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación». De ese tenor literal arrancan, probablemente, todas esas dudas que hemos recogido e interpretaciones que, para explicar la aplicación del artículo 1161 a las obligaciones de dar, tratan de encontrar algún tipo de obligación de dar en la que también se haya tenido en cuenta esas «cualidades y circunstancias de la persona del deudor».

Así, Díez-Picazo dice que el artículo 1161 se puede extender a las obligaciones de dar «siempre que para la satisfacción del interés del acreedor sea esencial que la prestación *sea ejecutada por el deudor personalmente*»¹⁵⁸.

Por su parte, Beltrán de Heredia, dice que «... resulta evidente que existen casos de obligaciones de dar en los que la cualidad del deudor, su solvencia económica, su integridad y honestidad profesionales, pueden haber pesado en el ánimo del acreedor al constituir la obligación»¹⁵⁹. Ciertamente existen esas obligaciones a que alude este autor; es más, lo que sí parece raro será poder encontrar obligaciones –de cualquier tipo– en las que sean indiferentes esas características de solvencia e integridad a que alude Beltrán de Heredia.

Basten estas dos citas como ejemplos de la manera de extender el artículo 1161 a las obligaciones de dar que me parece criticable¹⁶⁰.

¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481. Las cursivas son mías. Hay otros autores en esta misma línea que me parece criticable: BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139, entre otros muchos.

¹⁵⁹ BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., pp. 132-133.

¹⁶⁰ La idea que trato de combatir también se encuentra entre ciertos exégetas del *Code* que, al defender la extensión del artículo 1237 a las obligaciones de dar, dicen que será preciso que el acreedor demuestre que tiene interés en el *cumplimiento personal* del deudor. El mismo tenor literal del artículo 1237 propicia la confusión al decir: «L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie *par le débiteur lui-même*». Cuando se quiere aplicar este artículo a las obligaciones de dar, se buscan –infructuosamente– obligaciones de dar en las que el acreedor también tenga interés en el cumplimiento personal del deudor. Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 19; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 70; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 518. En cambio, no va por ese camino LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., pp. 473-474, ni Aubry y Rau por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221, nota 5, ni PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 2. La idea que critico también se puede encontrar en el *Codice* de 1865, con una norma de partida calcaada de la francesa, y en el Código argentino. La situación también es igual en el actual Código italiano donde el artículo 1180 no menciona las obligaciones de hacer, pero sigue hablando de un interés del acreedor en que cumpla personalmente el deudor. Véase, por todos, CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 38-39. Hay que señalar, sin embargo, las dudas de algunos autores sobre la posibilidad de que la satisfacción del acreedor en las obligaciones de dar pueda depender de las cualidades del *solvens*; así, CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 80; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., p. 81, y TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 413.

4.2.2 LOS LÍMITES AL PAGO DE UN TERCERO EN LAS OBLIGACIONES DE DAR

La equivocación a la que estoy aludiendo arranca del hecho de que en las obligaciones de hacer infungibles –y el artículo 1161 está pensando en las *objetivamente* infungibles– la única prestación que es igual a la debida es la que personalmente realiza el deudor. Como decía Demolombe, en estas obligaciones no se ha comprometido la realización de una actividad, sino que se ha comprometido la actividad de una persona determinada. La conducta debida está indisolublemente ligada a la persona del deudor. Por eso se dice que el acreedor tiene interés en que cumpla el deudor en persona. Por ello, además, la limitación al pago del tercero tiene aquí carácter general: se excluye la intervención de cualquier persona distinta del deudor.

Las cosas son muy distintas cuando se trata de obligaciones de dar: en ellas es imposible encontrar un interés del acreedor en que cumpla personalmente el deudor. Ciertamente, habrá casos en que hay que reconocer al acreedor la posibilidad de rechazar el pago del tercero en las obligaciones de dar, pero esto será así, no porque tenga un interés en el cumplimiento personal del deudor, sino porque tiene un interés en que no pague ese tercero que concretamente le ofrece cumplimiento.

Las ideas sobre estas cuestiones que me parecen más útiles las he encontrado en Nicolò ¹⁶¹. Explica este autor que los límites a la posibilidad del pago de un tercero se pueden clasificar en *objetivos* (los que derivan de la propia naturaleza de la obligación) y *subjetivos* (los que derivan de las personas que intervienen en la operación). Explica también que sólo se puede hablar de límites *objetivos* al pago de un tercero en los casos de obligación de hacer.

En efecto, las obligaciones de hacer son las únicas en las que la infungibilidad del resultado debido se corresponde con la infungibilidad de los medios para alcanzar ese resultado ¹⁶²; es decir, el resultado es infungible porque aparece necesariamente unido al medio infungible de alcanzarlo. En cambio, en las obligaciones de dar, se podrá encontrar algún límite subjetivo al pago del tercero, pero nunca limitaciones *objetivas* que deriven de la naturaleza de la prestación ¹⁶³. La razón de lo anterior está en que en las obligaciones de dar sólo cabe imaginar la infungibilidad del resultado debido (infungibilidad de la cosa), mientras que los medios de alcanzarlo serán perfectamente fungibles, es decir, el acreedor podrá alcanzar el resultado debido a través de la actividad del deudor o del ter-

¹⁶¹ Véase, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 119-125.

¹⁶² No estará de más recordar la noción de obligación de hacer que ofrece, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 244; en contraposición a la obligación de dar, la obligación de hacer es «aquella en que la prestación debida es una actividad diferente de la entrega de una cosa».

¹⁶³ Para NICOLÒ (*L'adempimento...*, cit., p. 120, nota 7) no habrá limitación *objetiva* a la intervención de un tercero ni siquiera en las obligaciones de dar cosa específica, en las que más bien se decanta por considerar que, si la cosa está en manos de un tercero, la obligación de entregarla del deudor se extinguirá por imposibilidad *a parte debitoris*; por ello, la posibilidad de intervención del tercero desaparecería totalmente.

ceros; esto es así porque la actividad de entrega de la cosa es necesariamente fungible. Es la misma idea que expresaba acertadamente Mucius Scaevola diciendo que el deudor de una prestación personal puede servirse de tercero para la «materialidad de la entrega»¹⁶⁴.

Para Nicolò, en las obligaciones de dar no es posible encontrar limitaciones *objetivas* al pago del tercero, pero se puede aplicar igualmente el artículo 1239 del antiguo *Codice* (equivalente de nuestro art. 1161) porque sí se pueden encontrar límites *subjetivos*. Entre estos límites *subjetivos* coloca Nicolò la posibilidad de que el acreedor rechace el ofrecimiento de pago de un tercero incapaz o que no es titular del bien que ofrece. En estos casos el acreedor puede legítimamente rechazar el ofrecimiento del tercero para no verse expuesto a una repetición. Por la misma razón, también puede el acreedor impedir el pago del tercero en obligaciones de dar cuando ese tercero se encuentra en estado de insolvencia¹⁶⁵. Natoli generaliza estas ideas diciendo que el acreedor puede rechazar el pago del tercero, por razón de la infungibilidad *subjetiva*, siempre que haya una inidoneidad del ofrecimiento desde el punto de vista de procurar la *plena y definitiva* satisfacción del acreedor¹⁶⁶.

Como un pequeño desarrollo de estas ideas de Nicolò, creo que es de destacar que, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones de hacer infungibles, estas limitaciones al pago del tercero en las obligaciones de dar, además de subjetivas, son *relativas*: no impiden el pago de cualquier tercero sino tan sólo el pago del tercero incurrido en una de ellas. En este sentido, no otorgan al acreedor el derecho a exigir una prestación personal del deudor ni impiden que el deudor se sirva de representante, ya que, cuando paga el representante es como si pagara el mismo deudor: es este deudor el que jurídicamente *está allí*, en el acto del pago. Las limitaciones implícitas en obligaciones de hacer infungibles, en cambio, sí otorgan al acreedor el derecho a exigir la prestación personal del deudor y, en este

¹⁶⁴ Véase MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 966.

¹⁶⁵ Véase NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 122-123. Los casos que se manejan en la doctrina italiana actual, para ejemplificar la oposición legítima del acreedor al pago de un tercero en una obligación de dar, son los mismos que ya había propuesto NICOLÒ: incapacidad del tercero, defecto en su titularidad o revocabilidad del pago por insolvencia del *solvens*. Se puede ver, GIORGIANNI, «Pagamento», *Noviss. Dig. It.*, XII, cit., p. 331; CIAN y TRABUCCHI, *Commentario...*, cit., p. 843; CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 81; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 284, y «Dell'inadempimento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 72; NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 186; DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 538. Sin embargo, Di Majo (pp. 542-543), partiendo de la novedad que supone que el artículo 1180 fije su atención en el *interés* del acreedor, entiende que el único límite *subjetivo* al pago del tercero radica en los casos en que el *solvens* se encuentre en estado de insolvencia. Los casos de tercero sin capacidad de disposición sobre la cosa o con defecto en su titularidad, tienen ya un cauce adecuado para su tratamiento en las normas sobre *mora accipiendi*. En efecto, en estos dos últimos casos el tercero ya no es una «persona que pueda válidamente cumplir» (art. 1208) a efectos de poner en mora al acreedor.

¹⁶⁶ NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 186. También BIANCA, «Dell'inadempimento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 72.

sentido, son *absolutas* (se pueden oponer a cualquier tercero que intente el pago), además de objetivas ¹⁶⁷.

No creo que exista mucho problema para acoger en nuestro Derecho las limitaciones subjetivas al pago de tercero en obligaciones de dar que hemos visto que se manejan entre los autores italianos ¹⁶⁸.

Si entendemos que el artículo 1161, conforme a sus precedentes históricos, está aludiendo a obligaciones de hacer de carácter infungible, no va a ser fácil apoyar en él un argumento analógico que nos sirva de base para la admisión de estos límites subjetivos al pago del tercero. Como creo haber dejado claro, el artículo 1161 excluye la intervención de todo tercero (y de representante del deudor) sobre la base de la infungibilidad de la obligación, es decir, sobre el carácter necesariamente distinto de la prestación que un tercero es capaz de ofrecer. Y esto no ocurre, para nada, en los casos de obligación de dar, en lo que el tercero ofrece es igual a lo que ofrecería el deudor (ya hemos dicho que las obligaciones de dar cosa específica plantean sus propios problemas).

La base de la admisión de estos límites subjetivos al pago del tercero se podría colocar en la consideración que justifica la admisibilidad misma del pago del tercero. Así, se podría decir que el pago del tercero es admisible siempre que al acreedor le proporcione satisfacción de su derecho y que cuando esa satisfacción que ofrece el tercero sea conocidamente *perilosa o interina* –por repetible–, no es exigible que el acreedor se someta

¹⁶⁷ Los únicos Códigos que escapan claramente a las críticas que se desprenden de estas ideas de Nicolò son los dos Códigos portugueses. Se debe a que esos Códigos –además de no limitarse a las obligaciones de hacer– no reducen el interés del acreedor en rechazar el pago de un tercero al interés en que cumpla personalmente el deudor. Lo decisivo, en esos Códigos, no es el interés en que cumpla personalmente el deudor, sino que es el hecho de que el cambio de persona del *solvens* perjudique al acreedor. En el Código portugués de 1867, el último párrafo del artículo 747 de ese cuerpo legal –dedicado a la legitimación al pago de los terceros– se establecía que «O crêdor nao pode, contudo, ser constringido a receber de terceiro a prestaçao, havendo no contrato declaraçao expressa em contrário, ou se com isso fôr prejudicado». Sobre ese precepto, ALVES MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., p. 242; LEITE DE SAMPAIO *et al.*, *Direito...*, cit., p. 51; VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., p. 44, y DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria...*, cit., p. 286. En la misma línea, el Código portugués actual en su artículo 767, 2.º dice: «O credor nao pode, todavia, ser constringido a receber de terceiro a prestaçao, quando se tenha acordado expressamente em que esta deve ser feita pelo devedor, ou quando a substituaçao o prejudique». Para una interpretación de este precepto, véase, en general, GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 218, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 26-27; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, 2.º, cit., p. 197; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 720; PESOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 347, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., pp. 12-14.

¹⁶⁸ Estas ideas también están presentes en otras doctrinas. Para un reflejo de las ideas de Nicolò sobre que el acreedor puede rechazar la intervención de un tercero cuando tenga fundadas razones para dudar de la capacidad del *solvens* o de su poder de disposición sobre la cosa, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 26, nota 2. En Portugal, incluso bajo el Código anterior, CUNHA GONÇALVES (*Tratado...*, IV, cit., pp. 714-715) mantenía ideas muy sensatas (las recoge VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., p. 45, nota 67). Entre algunos de los autores que trabajan con el *Code*, a pesar del equívoco tenor literal de su artículo 1237, también se encuentra la idea de que lo fundamental es el interés del acreedor, sin aludir a que tenga que ser un interés en la prestación personal del deudor. Así, LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 473; Aubry y Rau por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221, nota 5; PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 2.

a ese riesgo. El tercero debe ofrecer una prestación que satisfaga al acreedor de forma definitiva. Son ideas no muy distintas a las que hemos recogido de Nicolò o Natoli.

En la misma línea, Carpino explica que la actividad del deudor al pagar es relevante como *deber de prestación*, mientras que la actividad del tercero sólo es relevante por el resultado que alcanza ¹⁶⁹. Desde ese punto de vista, se puede argumentar igualmente –para basar los límites subjetivos al pago de un tercero en una obligación de dar–, diciendo que ese «resultado» que el tercero proporciona al acreedor ha de ser razonablemente seguro. De una forma similar, también Magini destaca que, a medida que el vínculo obligatorio se despersonaliza, lo que le importa al acreedor es alcanzar el resultado apetecido, con independencia de las personas que intervengan ¹⁷⁰. Lo decisivo vuelve a ser, pues, ese resultado.

Cuando el tercero no tenga la capacidad de disposición sobre el bien que ofrece, o su titularidad sobre el mismo sea defectuosa, cabría incluso acoger la opinión de Di Majo de que el ofrecimiento del tercero está aquejado de vicios tales que impediría la aplicación de las normas sobre mora del acreedor y consignación (véase nuestro art. 1177, 2.º en relación al art. 1160) ¹⁷¹.

Estas ideas que hemos manejado últimamente parecen encerrar el único significado que cabe atribuir a la opinión, mayoritaria en la doctrina española, de extender la aplicación del artículo 1161 a las obligaciones de dar. No parece que quepa tratar de justificar esa extensión de la aplicación del artículo 1161 a las obligaciones de dar sobre la base de una diferencia objetiva –e imposible de encontrar– entre la prestación debida y la ofrecida por el tercero.

4.3 EXISTENCIA DE UN PACTO ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR COMO LÍMITE AL PAGO DE UN TERCERO

Tenemos, por tanto, que el acreedor podrá rechazar el cumplimiento que le ofrece un tercero, claramente, en ciertos casos de obligaciones de hacer y, con mayores matizaciones, en algunas ofertas concretas de cumplimiento de tercero en las obligaciones de dar.

Así las cosas, es necesario estudiar qué alcance y significado cabe atribuir a la existencia de pacto contractual expreso entre acreedor y deudor que excluya la intervención de los terceros. ¿Significa que la prestación es convencionalmente infungible? ¿Puede el acreedor, pese al pacto, recibir el pago de cualquier tercero? ¿La existencia de tal previsión contractual confiere algún derecho al deudor que le permita impedir la intervención de un tercero? ¿Tal pacto será oponible a los terceros interesados?

¹⁶⁹ Véase CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 10.

¹⁷⁰ Véase MAGINI, *La surrogazione...*, cit., p. 2.

¹⁷¹ Véase DI MAJO, *Le modalità...*, cit., pp. 542-543.

Sobre este tema nuestra doctrina no es unánime y tampoco se encuentra en ella un tratamiento completo de las cuestiones que plantea un pacto similar al descrito. Para Manresa, no hay nada en nuestro Código Civil que se oponga a la licitud del pacto por el que el acreedor y el deudor excluyen la posibilidad de intervención del tercero. La consecuencia de tal pacto, para este autor, está en que la prestación se convierte en personalísima, por lo que el acreedor no podrá ser compelido a recibir de un tercero. Si, pese a la existencia del pacto, el acreedor acepta el pago del tercero y con ello causa daño al deudor, deberá indemnizarlo¹⁷².

Según Bercovitz y Valladares ese planteamiento debe ser matizado. Recordemos que, para estos autores, el acuerdo alcanzado por el acreedor y el deudor *durante* la vigencia de la relación obligatoria no impedía que el tercero procediese al pago. Por ello, tampoco el acuerdo en tal sentido consignado en el acto constitutivo de la obligación, podrá tener eficacia¹⁷³. Para Bercovitz y Valladares, el único límite a la posibilidad de que el tercero intervenga en deuda ajena está en el artículo 1161, el cual, en tanto excepción a una regla general, es de interpretación restrictiva. Así, el pacto entre acreedor y deudor para excluir el pago del tercero, será perfectamente válido entre ellos, pero las cosas serán de otra manera cuando se pretenda oponer ese pacto a un tercero. En estos casos, siguen diciendo, el pacto entre acreedor y deudor sólo valdrá frente al tercero cuando la prestación del tercero sea *objetivamente* distinta a la prestación debida por el deudor¹⁷⁴.

Por su parte, Hernández Gil admite que la esencialidad de las circunstancias personales del deudor, que es lo que justifica el límite al pago del tercero que representa el artículo 1161, provenga de pacto en tal sentido¹⁷⁵. Sin embargo, parece que este autor se está refiriendo a obligaciones de hacer *objetivamente fungibles* en las que se incrusta un pacto que viene a destacar la importancia de las cualidades personales del deudor.

4.3.1 EXISTENCIA DE UN PACTO PARA EXCLUIR EL PAGO DE TERCERO, EN OBLIGACIONES DE HACER

Esta observación que Hernández Gil nos sugiere, quizá nos coloque en un buen punto de partida. Con ella, nos ponemos en camino hacia una distinción entre dos tipos de obligaciones de hacer que parece muy esclarecedora en estas cuestiones y que cabe encontrar hasta en los precedentes del artículo 1161, y entre los autores que comentaron el Código de Napoleón. Me refiero a la distinción entre obligaciones de hacer *objetivamente* infungibles y obligaciones de hacer *convencionalmente* infungi-

¹⁷² Véase MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 605.

¹⁷³ BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., pp. 75-76.

¹⁷⁴ Véase BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 75. Una opinión no muy distinta en BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133, a pesar de que este autor defiende que el acuerdo entre acreedor y deudor impide que el tercero pueda pagar (p. 136).

¹⁷⁵ Véase HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 215.

bles. En estas últimas la prestación consiste, como decía Demolombe, en trabajos «vulgares» —es decir, objetivamente fungibles—, pero se convierten en personales por pacto *ad hoc* ¹⁷⁶.

El artículo 1161 tiene sus antecedentes inmediatos en el artículo 1100 del Proyecto de 1851 y 1178 del Anteproyecto de 1882-1888. Este último precepto presenta un interés menor porque es casi idéntico al actual artículo 1161 ¹⁷⁷. En cambio, sí parece significativo el artículo 1100 del Proyecto de 1851, que es del siguiente tenor literal: «La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiere establecido por pacto expreso que la cumpla personalmente el mismo obligado, ó se hubiere elegido su industria y conocimientos ó calidades personales».

En este precepto, García Goyena deja claro que la posibilidad de pacto expreso que excluya la intervención de los terceros existe normalmente en las prestaciones de hacer; comentando ese artículo 1100, dice García Goyena: «En las obligaciones de dar, el interés del acreedor consiste en que se de o pague por el deudor ó por un tercero: en las de hacer, el caso es muy diverso, cuando espresa ó tácitamente se han elegido la industria y conocimientos ó calidades personales del deudor...» ¹⁷⁸. Con esto García Goyena está siguiendo, como tantas otras veces, las doctrinas nacidas bajo el *Code*.

En efecto, entre los exégetas del Código de Napoleón, al comentar el artículo 1237 (equivalente a nuestro art. 1161), se suele decir que el principio de admisibilidad del pago del tercero es aplicable a toda clase de obligaciones, incluso a las de hacer ¹⁷⁹. Entre estas, sin embargo, hay que hacer una distinción entre aquellas que son contraídas *intuitu personae*, en las que no cabe el pago del tercero, y las demás, en las que no se compromete la actividad del deudor sino que se compromete una actividad con independencia de quién la realice ¹⁸⁰. Pero, incluso dentro de este conjunto de las obligaciones de hacer *objetivamente fungibles*, cabe que se dé un pacto expreso que excluya la posible intervención del tercero. Tenemos, entonces, que para los comentaristas del *Code*, cabe un pacto expreso entre acreedor y deudor que tiene la virtualidad de convertir en

¹⁷⁶ Véase DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 69.

¹⁷⁷ El artículo 1178 del citado anteproyecto da una formulación negativa —y menos clara— de la norma actual: «En las obligaciones de hacer, el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, a menos que la calidad y circunstancias de la persona del deudor no se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

¹⁷⁸ Véase García Goyena, *Concordancias...*, cit., p. 590.

¹⁷⁹ Esta afirmación se encuentra, incluso, en los trabajos preparatorios del *Code*. Así, JAUBERT, en su discurso ante el Tribunado; véase, FENET, *Recueil...*, XIII, cit., p. 342.

¹⁸⁰ En realidad, la distinción entre dos tipos de obligaciones de hacer, las que atienden a las cualidades del deudor —la prestación del artista— y el resto de ellas, a efectos de poner límites al cumplimiento de un tercero, ha estado siempre presente en la doctrina de los distintos países, al menos desde POTHIER, *Traité...*, cit., p. 274, núm. 500. Véase, por todos, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 67.

personalísima la obligación de hacer que, en principio, con criterios estrictamente objetivos, se presentaba como *fungible*¹⁸¹.

Con esta simple clasificación de las obligaciones de hacer en objetiva y convencionalmente infungibles creo que se llega a entender el sentido de algunas de las afirmaciones doctrinales que hemos recogido y, por otro lado, se aclara una buena parte de los problemas que plantea el significado de un pacto *ad hoc* por el que acreedor y deudor excluyen la posible intervención de un tercero. Respecto de las obligaciones de hacer objetivamente infungibles ya nos hemos extendido al interpretar el artículo 1161. En ellas, la prohibición del pago de un tercero arranca del principio de identidad del pago y, como decía Demolombe, es indiferente que el tercero tenga o no la habilidad exigida por la obligación o, incluso, que tenga *mayores* cualidades que el deudor¹⁸².

En las obligaciones de hacer *objetivamente fungibles*, en principio, cabe –conforme al artículo 1161– la intervención solutoria de un tercero. En estas obligaciones, la existencia de un pacto expreso entre acreedor y deudor para excluir el cumplimiento por tercero, tendrá el significado de convertir la obligación en *convencionalmente infungible*. Contra la apariencia objetiva de fungibilidad, el pacto revela el interés del acreedor en recibir la prestación personal del deudor. No presenta especial dificultad que las partes, por la razón que sea, decidan convertir en infungible una prestación de hacer objetivamente fungible.

En las obligaciones de hacer objetiva o convencionalmente infungibles, el tercero no puede forzar al acreedor a recibir el pago (ni siquiera si es tercero interesado); el deudor, por su parte, no puede pretender que otro cumpla en su lugar y el acreedor, por la suya, conserva la facultad de contentarse con la prestación que le ofrece el tercero.

4.3.2 SIGNIFICADO DE UN PACTO QUE EXCLUYE EL PAGO DE TERCERO, EN OBLIGACIONES DE DAR

Aclarado el significado de un pacto por el que acreedor y deudor excluyen la intervención de un tercero en las obligaciones de hacer, quedaría por examinar el alcance de uno de esos pactos cuando viene incluido en una obligación de dar. Sobre esto no encontramos un apoyo doctrinal firme en nuestra doctrina ni en las doctrinas extranjeras que solemos estudiar. Esto se debe, en mi opinión, a que no hay un ejemplo claro y general en el que se puedan resumir los problemas que hay que resolver y, además, al carácter marginal de estos casos.

Cuando estudiamos el significado de estos pactos en obligaciones de dar hay que descartar la idea de buscar diferencias objetivas entre lo debi-

¹⁸¹ Así, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 19; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 69; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 22; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 518.

¹⁸² Véase DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 67. Véase también nuestro artículo 1166.

do por el deudor y lo ofrecido por el tercero¹⁸³. Me siguen pareciendo convincentes las explicaciones que hemos recogido de Nicolò, según las cuales la actividad de entrega de una cosa es necesariamente fungible y que la infungibilidad, en las obligaciones de dar, sólo puede predicarse del resultado y no de los medios para alcanzarlo.

En la doctrina italiana encontramos una buena aproximación al estudio de la cuestión de qué significado tiene que, en una obligación de dar, se pacte que sólo el deudor puede cumplirla. Ya sabemos que el artículo 1180, 2.º del *Codice* actual admite que el acreedor y el deudor paralitzen la intervención del tercero¹⁸⁴. La oposición al pago del tercero por parte del deudor prevista en ese precepto es una oposición que el deudor manifiesta al acreedor *durante* la vida de la relación obligatoria¹⁸⁵. Desde esta observación inicial, falta por estudiar si cabe que el deudor haga constar su oposición al pago del tercero en el mismo negocio que da vida a la obligación. Giorgianni opina que sí y que tal pacto —perfectamente válido y lícito— llevará a la consecuencia de que el acreedor no podrá aceptar el pago del tercero. Sin embargo, Nicolò decía que tal pacto era lícito pero que no impedía que el acreedor aceptara válidamente el pago del tercero a pesar de su existencia; esa aceptación del acreedor sólo llevaría al nacimiento de una obligación a su cargo de indemnizar al deudor por los daños que le causare el pago del tercero. En la misma línea se encuentra Di Majo, el cual añade que la posición preconizada por Giorgianni llevaría al resultado excesivo de dar algo similar a una *eficacia real* al pacto entre acreedor y deudor por el que se excluye la posibilidad del pago por un tercero¹⁸⁶.

En la doctrina portuguesa las opiniones están divididas y no son muy claras. Sea como sea, y compartiendo el punto de vista inicial de relacionar el pacto que estudiamos con la cuestión de que deudor y acreedor se opongan al pago del tercero *durante* la vigencia de la obligación, algunos autores entienden que el acreedor vuelve a ser el árbitro de la situación: en caso de que acreedor y deudor hayan pactado expresamente la exclusión del pago del tercero, el acreedor puede rechazar la prestación que le ofrece un tercero, pero también puede libremente aceptarla¹⁸⁷. Esta con-

¹⁸³ Por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA (*El cumplimiento...*, cit., p. 133) parece admitir que un pacto entre acreedor y deudor pueda llegar a convertir la prestación de *dar* en prestación de carácter personal. Por su parte, BERCOVITZ y VALLADARES (*Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 75) insisten en que ha de existir una diferencia objetiva entre lo ofrecido y lo debido.

¹⁸⁴ Ese artículo 1180, 2.º del Código actual dice así: «Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione».

¹⁸⁵ Véase GIORGIANNI, «Pagamento», *Noviss. Dig. It.*, XII, cit., p. 331.

¹⁸⁶ Véase NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 125, y DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 545. Ideas similares en GIORGI, *La teoría...*, VII, cit., pp. 149-150.

¹⁸⁷ PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 13, donde no se especifican las consecuencias —¿indemnizatorias?— que tendría la aceptación por el acreedor. Tampoco se especifica qué pasaría con un tercero interesado en la obligación. No queda clara la opinión de PESSOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 347, nota 1.

clusión se ve reforzada por el tenor literal del artículo 767, 2.º del Código actual («O credor nao pode, todavia, ser *constrangido...*») y por la opinión, especialmente autorizada, de Vaz Serra. Según este autor, el pacto expreso de exclusión del pago de un tercero en las obligaciones de dar no debe tener eficacia frente a terceros, sino que debe prevalecer el interés general que se encuentra tras la posibilidad de pago del tercero –liberación del deudor, evitar conflictos por impagos, etc.– frente al interés caprichoso del acreedor en recibir una prestación de dar del deudor¹⁸⁸. Sin embargo, también se pueden encontrar autores que opinan que ese pacto privaría al acreedor de su derecho a ser satisfecho por tercero¹⁸⁹.

La situación doctrinal examinada no es muy satisfactoria. Creo que se puede obtener un poco de luz adicional si nos preguntamos –al modo en que se hace con el plazo en las obligaciones aplazadas– a quién beneficia el pacto que estudiamos¹⁹⁰. Teniendo esto presente, la respuesta que hay que dar a la cuestión del significado y alcance de un pacto entre acreedor y deudor que excluya el pago del tercero en una obligación de dar, se puede construir, en mi opinión, con las siguientes ideas:

a) En mi opinión, de las explicaciones de Nicolò de que es imposible encontrar limitaciones *objetivas* en las obligaciones de dar, se puede derivar que la existencia de pacto expreso que excluya el pago de un tercero en este tipo de obligaciones no impediría el pago de un representante del deudor, ya que cuando paga un representante es como si pagara el propio deudor y, además, la prestación que realizaría ese representante puede ser idéntica a la debida¹⁹¹.

b) Hay que señalar que, en caso de que acreedor y deudor expresa y claramente excluyeran el pago a través de representante, ese pacto haría

¹⁸⁸ Véase VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., p. 45, nota 67. En la misma línea de que el pacto de exclusión de la intervención del tercero –en las obligaciones de dar– no impide que pague un tercero, a menos que el acreedor pruebe su interés en que cumpla el deudor personalmente, se puede ver las opiniones de HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 21, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 519. En la doctrina portuguesa, además de VAZ SERRA, CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, IV, cit., p. 715.

Por otro lado, en la doctrina argentina se ha discutido sobre si es el acreedor el que tiene que probar su interés en el cumplimiento personal del deudor o si es el tercero o el deudor quienes tienen que probar la ausencia de ese interés. Sobre esa polémica, a la que no encuentro mayor utilidad, véase MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 511, frente a COLMO, *De las obligaciones...*, cit., p. 388, y LAFAILLE, *Derecho...*, VI, cit., p. 304.

¹⁸⁹ Véase, DOMINGES DE ANDRADE, *Teoria...*, cit., p. 286.

¹⁹⁰ En obligaciones de hacer *convencionalmente* infungibles, parece que lo normal es que el pacto de exclusión del pago de un tercero se haya puesto en beneficio del acreedor. Esto es claro si tenemos en cuenta que es el acreedor el que puede siempre conformarse con una dación en pago ofrecida por tercero; es decir, puede renunciar a la posición que el tal pacto le confería.

¹⁹¹ BERCOVITZ y VALLADARES (*Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73), aunque desde posiciones alejadas de la que se mantiene en el texto, señalaban lo difícil que es imaginar una obligación de dar que implique que la prestación personal del deudor y, especialmente, que implique prohibición de servirse de representantes.

probablemente que ya no pudiéramos decir que estamos ante una pura obligación de dar.

c) En caso de que se entienda que el acreedor es el beneficiario del pacto que estudiamos en las obligaciones de dar, las consecuencias difieren bastante de los resultados propuestos para las obligaciones de hacer, debido a que ahora no estará en juego la identidad de la prestación. En efecto, el acreedor conservaría siempre su facultad de contentarse con la prestación (que, aquí, puede ser idéntica a la debida, según ideas de Nicolò) que le ofrece un tercero. Pero aquí el deudor podría hacerse sustituir en el pago por un representante, dado que la prestación será idéntica y habrá sido jurídicamente cumplida por el deudor/representado. El tercero, por su parte, no puede intervenir por sí mismo: no puede poner al acreedor en mora y, consiguientemente, no puede consignar. En esta última idea el resultado es similar al que se alcanza, bajo el *Codice* actual, cuando se da una oposición conjunta de acreedor y deudor al pago de un tercero *durante* la vigencia de la relación obligatoria (art. 1180, 2.º precitado).

d) Si nos preguntamos si un pacto como el descrito puede convertir al deudor en beneficiario del mismo, lo primero que hay que observar es que se tratará de casos marginales y difíciles de concebir. Si fuéramos capaces de concebirlos, habría que construir las soluciones sobre las siguientes ideas: el deudor sí podría *renunciar* a ese pacto y hacerse sustituir por un representante en el cumplimiento; en segundo lugar, el tercero no podría intervenir por sí mismo (ni mora, ni consignación); por último, el acreedor no podría recibir la prestación (idéntica o no) que le ofrece un tercero. Sobre esta última idea todavía hay un margen de discusión en relación a lo que Di Majo llamaba «eficacia real» de ese pacto o si las consecuencias de una aceptación por el acreedor serían puramente indemnizatorias. Con estas ideas se podría argumentar en caso de que se quisiera otorgar derecho al deudor de una obligación de dar a través del pacto en cuestión. Pero creo que hay que ser muy consciente de que serán casos muy extraños y en los que es difícil alcanzar soluciones abstractas y generales. En cualquier caso, si la voluntad de otorgar un derecho al deudor a través de ese pacto quedara clara, no habría ningún obstáculo para el mismo: no habría motivos especiales para limitar la autonomía de las partes en este punto.

e) Respecto de la posición de los terceros interesados en una obligación de dar en la que existe un pacto como el que estudiamos, creo que sólo podemos limitarnos a observaciones muy generales: si el tercero asumió su posición de sujeto a la acción del acreedor (es decir, su posición de «interesado») cuando ya existía ese pacto, le será perfectamente oponible y no parece que las cosas se planteen de forma distinta a cuando existe un plazo o, en general, a lo que puede ocurrir según el contenido pactado de esa posición del tercero. Otra cosa será cuando acreedor y deudor introducen el pacto en cuestión posteriormente; en este caso no

hay que descartar la inoponibilidad frente al tercero interesado ni otras posibles consecuencias (nuestro art. 1851, por ejemplo).

CONCLUSIONES

En este trabajo se alcanzan las siguientes conclusiones:

1.º Estamos ante un pago de tercero en sentido estricto cuando el *solvens*, siendo consciente de la ajenedad de la deuda y ofreciendo una prestación conforme a la debida, no justifica su aparición en el acto del pago ni por referencia al hecho de ser parte en la obligación, ni por referencia a una legitimación específica que el deudor o la ley le hayan conferido.

2.º La ley admite la posibilidad de que un tercero intervenga sobre la deuda ajena por un motivo doble: de un lado, por la necesidad de que el acreedor pueda recibir satisfacción de «cualquier persona» (art. 1158, 1.º) sin tener que contar con la voluntad favorable del deudor y, de otro lado, para que el deudor pueda resultar beneficiado por esa intervención con independencia de la voluntad del acreedor. Esos son los intereses que el artículo 1158, 1.º está protegiendo; por ello, el tercero puede intervenir con independencia de las voluntades *unilaterales* de las partes de la obligación. Sin embargo, la voluntad conjunta de acreedor y deudor, que son los beneficiarios de la norma del artículo 1158, 1.º, es perfectamente capaz de impedir la intervención de un tercero no interesado.

3.º Los terceros interesados (los que obtienen por el pago la subrogación legal), además de poder pagar con independencia de la voluntad unilateral de las partes de la obligación, también pueden superar la resistencia a su intervención que conjuntamente le oponen acreedor y deudor. Si el acreedor se opone injustificadamente a recibir el pago perfecto que le ofrece un tercero interesado, incurrirá en mora y el tercero interesado podrá proceder a la consignación.

4.º Los terceros sin interés no pueden, por sí mismos, consignar la prestación debida por otro. La legitimación genérica de los terceros (art. 1158, 1.º) basta para *ofrecer* el pago y poner al acreedor en mora pero, por regla general, no es bastante para consignar. Estar legitimado para pagar es requisito *necesario, pero no suficiente*, para proceder a la consignación.

5.º El acreedor puede rechazar el pago de un tercero en los casos en que se trate de una obligación de hacer objetiva o convencionalmente infungible (art. 1161). En los casos de obligaciones de dar cosa fungible, el artículo 1161 no es de aplicación, porque es lógicamente imposible una prestación de dar en la que la actividad de entrega sea infungible: si la cosa ofrecida es conforme a lo debido, el acreedor no tiene ningún interés en que le sea entregada precisamente por el deudor. En las obligaciones de dar cosa fungible no existen, pues, limitaciones a la posibilidad de

intervención de los terceros que deriven de la naturaleza de la prestación debida.

6.º En las obligaciones de dar cosa fungible sí existen límites a la legitimación de los terceros para intervenir en las deudas ajenas, pero son de tipo *subjetivo*. Esos límites subjetivos derivan del interés del acreedor en rechazar la prestación que el tercero ofrece, cuando se trata de prestaciones *conocidamente interinas por repetibles*. Por ello, el acreedor puede rechazar (sin incurrir en mora) la prestación de dar que le ofrece un tercero cuando éste sea incapaz, cuando no sea titular del bien que ofrece y cuando se encuentra en estado de insolvencia. En estos casos, el interés del acreedor no radica en una prestación realizada personalmente por el deudor, sino que consiste en poder rechazar esa concreta oferta que le dirige un tercero incurso en una de esas limitaciones subjetivas al pago del tercero. Estas limitaciones subjetivas al pago del tercero son, además, de carácter *relativo*; es decir, son oponibles al tercero que se encuentra en una de esas situaciones, pero no al resto de los terceros que ofrecen la misma cosa fungible que podría ofrecer el deudor.

7.º En las obligaciones de hacer, el pacto por el que acreedor y deudor excluyen la posibilidad de que un tercero cumpla en lugar del deudor tiene el significado de convertir la obligación en convencionalmente infungible. Ese mismo pacto, cuando en casos marginales viene a incrustarse en obligaciones de dar cosa fungible, no impide el pago del representante del deudor (salvo voluntad expresa en contrario, que probablemente implique un cambio en la naturaleza de la obligación). El acreedor sí podrá rechazar el pago perfecto que le ofrezca un tercero no interesado sin incurrir en mora; si, por el contrario, el acreedor acepta ese pago, puede verse obligado a responder ante el deudor por los daños causados, siempre que el pacto en cuestión no se haya introducido en el interés exclusivo del acreedor.

