

Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del *common law*: PICC, PECL, DCFR, CESL

PEDRO DEL OLMO GARCÍA¹
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En este trabajo se presenta la tradición anglosajona sobre la figura que entre nosotros se llama pago de un tercero. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho civil continental, esa tradición explica el fenómeno de la intervención sobre deuda ajena partiendo del punto de vista del deudor y lo soluciona desde el Derecho del enriquecimiento injusto (Law of Restitution). Este cambio de punto de partida produce una serie de efectos en cadena que se pueden explicar, desde un punto de vista dogmático, diciendo que son los efectos que produce cambiar el pago de tercero por una dación en pago realizada por tercero. Esta explicación dogmática que subyace en el common law, a veces de forma poco clara, ha tenido influencia en las normas incluidas en los textos europeos de soft law. Por ello, estos textos se pueden interpretar con más claridad a la luz de esa tradición anglosajona. Sin embargo, este trabajo termina criticando el resultado alcanzado en estos textos de soft law europeos, especialmente el que se alcanza en el DCFR, por la novedosa combinación que se propone entre la tradición continental y la tradición del common law.

¹ Este artículo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación titulado, «Hacia una delimitación del Derecho del enriquecimiento injusto español» (DER2013-46185-P; Investigadores Principales Pedro del Olmo y Xabier Basozabal), con financiación del Ministerio de Economía y Competitividad. Quiero expresar mi gratitud a los profesores Martín-Casals y Domínguez Luelmo, que de alguna forma han sido la *causa próxima* de este trabajo. También agradezco los comentarios que me hicieron llegar los revisores anónimos del ADC y que han mejorado el original. En su momento, una versión previa de este artículo se benefició también de los comentarios de los revisores anónimos de la REDPEC (Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado) y de los comentarios realizados por los participantes en el seminario F. De Castro de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Por su lado, Xabier Basozabal leyó la última versión de este trabajo y también hizo aportaciones muy valiosas. Naturalmente, la responsabilidad por cualquier error que aún se encuentre en el texto es sólo mía.

PALABRAS CLAVE

Anuncio de deuda, consignación, contrato a favor de otro, dación en pago, delegación de pago, enriquecimiento impuesto, enriquecimiento injusto, expromisión, gestión de negocios sin mandato, obligaciones, pago, reembolso, soft law, subrogación.

ABSTRACT

This paper presents the common law point of view about what is called –in the roman tradition of civil law– payment by a third party. In common law, the intervention of third parties on another's obligation is conceived from the debtor's perspective and the solutions to the problems posed by this intervention are to be found within the law of restitution. This change in the point of departure entails a long list of consequences that can be summarized, from a legal reasoning point of view, as the side effects of understanding the payment by a third party as an accord and satisfaction made by a third party. This understanding and the common law tradition have been very influential on the European soft law rules on payment by third parties. In fact, these rules can only be correctly interpreted taking these ideas into account. Nevertheless, this paper ends with a rather strong critic to those rules in the soft law texts, that are obscure and may be inconsistent.

KEY WORDS

Accord and satisfaction, benevolent intervention on another's affairs, change of parties, delegation of performance, law of restitution, novation, obligations, officious intervention, payment, soft law, subrogation, substituted performance, tender of payment, third party beneficiary contract, unjust enrichment, voluntary payment.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El punto de vista continental.* 2.1 La legitimación para pagar. 2.2 Los efectos del pago.–3. *La solución tradicional del common law británico.* 3.1 Ideas generales. 3.2 El efecto extintivo del pago de un tercero. 3.3 El pago de un tercero como cuestión de enriquecimiento injusto.–4. *Las soluciones en el common law estadounidense.* 4.1 Las soluciones en los *Restatements* sobre enriquecimiento. 4.1.1 El *Restatement (first)* de 1937. 4.1.2 El *Restatement (third)* de 2011. A) Las llamadas *intervenciones en caso de emergencia*. B) El llamado *cumplimiento realizado a una tercera persona*. C) La intervención realizada en interés del tercero. 4.2 Las soluciones en los *Restatements* sobre contratos: un recorrido por diversas figuras. 4.2.1 Dación en pago (*accord and satisfaction*) hecha por tercero. 4.2.2 La llamada *novation*. 4.2.3 La oferta de cumplimiento. 4.2.4 La delegación de pago. 4.2.5 En resumen: una dación en pago explicada como un contrato a favor de tercero. 4.3 Una reconstrucción de los razonamientos doctrinales. 4.3.1 El significado y evolución del término *oficioso*. 4.3.2 La propuesta de tipificar el pago de tercero como un caso especial. 4.3.3 Otras consideraciones.–5. *Consideraciones comparadas.* 5.1 El enfoque unilateral/bilateral de la cuestión. 5.2 La construcción dogmática del fenómeno. 5.3 El efecto extintivo se determina mediante una cláusula general.–6. *El pago de un tercero en los textos de*

soft law. 6.1 El pago de un tercero ordenado por el deudor y los cambios de deudor. 6.2 La legitimación del tercero para pagar en los distintos textos. 6.3 Las consecuencias del rechazo por el acreedor del pago de un tercero. 6.4 El pago de un tercero y los cambios de deudor mediante expromisión. 6.5 Los efectos del pago entre el *solvens* y el deudor. 6.5.1 La reclamación basada en la gestión de negocios sin mandato. 6.5.2 La reclamación basada en el enriquecimiento injusto. 6.5.3 En resumen. 6.6 Consideraciones críticas sobre los textos de *soft law* europeos.–7. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Para entender mejor las normas novedosas y algo oscuras sobre pago de tercero que aparecen en los PECL, DCFR y CESL, así como en las normas más breves contenidas en los PICC, es necesario recorrer un largo camino a través de la tradición en esta materia del *common law*². Esto se debe a que esas normas de *soft law* responden en gran medida a esa tradición, que es muy diferente al tratamiento habitual del pago de un tercero en el Derecho civil continental.

En efecto, a causa probablemente de la herencia romana común y de la codificación iusracionalista, la figura del pago de un tercero es bien conocida en el Derecho europeo continental. Por el contrario, en la tradición del *common law*, en el que no es tan frecuente el estudio del Derecho privado desde el punto de vista de la obligación, las cosas se plantean de manera distinta. Así, esta figura no se estudia como cuestión relativa al momento del pago o cumplimiento de la obligación, sino que –asumiendo su limitado papel desde el punto de vista del contrato– se plantea como un problema de enriquecimiento injusto. Por esta concepción tan distinta de las cosas, se ha dicho que el pago de un tercero es uno de los puntos en los que existen diferencias más radicales entre el Derecho civil codificado y el *Common law*³.

Este trabajo empieza por una presentación muy breve relativa al Derecho civil continental, que es cosa bien conocida, y continúa luego con una presentación de la tradición del *common law* en esta materia. La presentación de esta tradición es mucho más extensa

² PECL se corresponde con *Principles of European Contract Law* (hay traducción española a cargo de P. Barrés, J. M. Embid y F. Martínez Sanz, editada en Madrid, 2003, con el apoyo del Consejo General del Notariado. En este trabajo usaré esta versión para hacer las citas literales de normas y comentarios, salvo que se indique lo contrario). DCFR se corresponde con *Draft Common Frame of Reference* (hay en prensa una traducción al español dirigida por C. Jerez, de la UAM, y F. Oliva, de la UPO, de la que también haré las citas, salvo que se indique lo contrario). CESL se corresponde con *Common European Sales Law*. PICC se corresponde con Principios de UNIDROIT sobre contratos internacionales.

³ FRIEDMANN y COHEN, «Payment of Another's Debt», Cap. 10 de la *International Encyclopedia of International Law*, Tubinga/Boston, 1991, p. 4.

porque entre nosotros no está bien estudiada. Así, se dedica un primer epígrafe a recoger el punto de vista británico y de la *Commonwealth* y, a continuación, se dedica un segundo epígrafe a recoger las aportaciones realizadas en los EE. UU., donde el trabajo de la doctrina y del *American Law Institute* a través de los *Restatements of the Law* ha jugado un papel muy relevante. Tras ese examen de las aportaciones angloamericanas, sigue un epígrafe en el que se recogen las principales conclusiones comparadas y se propone una explicación de los puntos de contacto y las diferencias entre la visión continental y la visión del *common law*. Esta comparación permite arrojar alguna luz sobre el significado y los problemas que plantean los textos de *soft law* más recientes (PICC, PECL, DCFR, CESL), que es a lo que se dedica la última parte del trabajo.

2. EL PUNTO DE VISTA CONTINENTAL

El planteamiento continental sobre el pago de un tercero es bien conocido por el lector y no requiere de una explicación muy extensa. El punto de partida en las codificaciones europeas arranca de plantear la cuestión del pago de un tercero como una cuestión de cumplimiento de las obligaciones. En muchas ocasiones, el planteamiento es el de definir el cumplimiento perfecto por referencia al cumplimiento de algunos requisitos objetivos y subjetivos. Así, se considera que, para desencadenar el efecto extintivo típico del cumplimiento, la prestación tiene que ser objetiva y subjetivamente perfecta. Desde un punto de vista objetivo, la prestación deberá ser idéntica, íntegra y circunstancialmente correcta. Desde un punto de vista subjetivo, la cuestión se desdobra y pasa a plantearse (a) si la prestación se ha realizado a favor de un destinatario correcto, destinatario al que se suele llamar *accipiens* en la doctrina (el acreedor, sus auxiliares, el *adiectus solutionis causa...*) y, por otro lado, (b) si la persona que la ejecuta, a la que se le da el también versátil nombre de *solvens*, está legitimado para ello. La figura del pago de un tercero aparece así en este último rincón de los planteamientos tradicionales sobre los requisitos de regularidad del pago.

2.1 LA LEGITIMACIÓN PARA PAGAR

En este terreno, el punto de partida del Derecho continental es la afirmación de una amplia legitimación de los terceros para cumplir la deuda ajena. Esa idea se expresa frecuentemente diciendo que la obligación sólo la debe el deudor, pero la puede cumplir cualquiera.

En esta materia, el único requisito general que debe cumplir el tercero es ser consciente de la ajenidad de la deuda, puesto que, si paga creyendo por error que estaba obligado ante el acreedor a hacerlo, estaremos ante un pago de lo indebido (cfr. nuestro art. 1895 CC)⁴.

En las formulaciones doctrinales, especialmente en las más antiguas, muchas veces se insiste en que esta amplia legitimación para pagar persigue facilitar la vida del deudor, poniendo límite al afán del acreedor de atormentarle. Ya decía en España García Goyena que «La ley no puede permitir que el acreedor se obstine maliciosamente en conservar la facultad de atormentar á su deudor...»⁵. Sin embargo, desde que se generaliza la solución de la llamada acción *in rem verso* para los pagos realizados contra la voluntad del deudor, el efecto que produce esa amplia legitimación para pagar es más bien la de reconocer una gran fuerza al crédito, en la medida en que el acreedor puede cobrar del tercero sin tener que contar con el consentimiento del deudor y en la medida en que, por regla general, se reconoce al *solvens* una acción contra el deudor.

Naturalmente, esta amplia legitimación del tercero para pagar la deuda ajena está limitada al cumplimiento por su parte de los requisitos de regularidad del pago⁶. Cuando se trata de deudas dinerarias, la cuestión no ofrece demasiadas dificultades desde el punto de vista de la identidad e integridad del pago, aunque sí pueden plantearse problemas desde el punto de vista de la corrección circunstancial (cfr. nuestro art. 1841 CC, para la fianza). En cambio, cuando la obligación no es dineraria, sí surgen más problemas. En concreto, los textos continentales que siguen al Código francés suelen recoger una norma especial sobre las obligaciones de hacer y otra sobre las obligaciones de dar cosa específica. En el primer sentido, dice nuestro artículo 1161 CC –en una norma que es frecuente encontrar en los textos continentales y hasta en el *soft law* europeo– que «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 circunstancia de la persona del deudor se hubiesen tenido en

⁴ Esta exclusión es común en la Europa continental. Véase, por todos, J. L. LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, 4.ª ed, Madrid, 2007, p. 133; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 12.ª ed. París, 2010, p. 559 y R. CRISTOFARI, «Commentario al artículo 1180», en P. Cendon (dir.) *Commentario al Codice Civile*, artículos 1173-1320, Milán, 2009, p. 182.

⁵ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza 1974, bajo el artículo 1099, en p. 590. Recordemos que en artículo 1099 del Proyecto de 1851 el pago de un tercero realizado contra la voluntad del deudor no daba lugar a una acción de enriquecimiento contra ese deudor, sino que se presumía que el tercero había querido *donar*. Recordemos, por otro lado, que en aquellos días la prisión por deudas no era algo muy lejano.

⁶ Como se puede ver, entre otros muchos, en M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, I, 3.ª ed. París, 2012, p. 613 y LACRUZ, *et al.*, p. 133.

cuenta al establecer la obligación». Aquí lo que está en cuestión es el cumplimiento del requisito de la identidad del pago. Como se decía en la llamada *escuela de la exégesis*, en estas obligaciones no se ha comprometido la realización de una actividad, sino que se ha comprometido la actividad de una persona determinada. Las normas similares a la que nuestro Código Civil recoge en el artículo 1161 se suelen poner en conexión con las obligaciones contraídas *intuitu personae* y con la posibilidad de pactar sobre el pago de un tercero. Además, muchas veces se generalizan en el sentido de extenderlas a cualquier caso en que la posibilidad de un pago de tercero suponga incumplir el requisito de la identidad del pago⁷.

El otro límite que se encuentra en los Códigos continentales de raíz francesa al pago de un tercero lo formula nuestro artículo 1160 CC diciendo, para las obligaciones de dar cosa específica (cfr. el segundo inciso de ese mismo artículo), que «en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla». Es claro, pues, que en esos casos –dejando a un lado otras interesantes cuestiones que plantea este texto– sólo el titular de la cosa puede cumplir la obligación de transmitirla⁸.

Como el sistema autoriza a cualquier tercero a pagar la deuda ajena, se plantea la cuestión de si también los terceros pueden recurrir a los procedimientos existentes para vencer la resistencia del acreedor a cobrar. En los Códigos de tradición francesa, esto se ceñía al procedimiento de oferta y consignación. En el Código alemán se introduce la *mora creditoris*. ¿Puede el tercero consignar? ¿Puede el tercero poner en mora al acreedor? La respuesta vuelve a ser *more geométrico*: sí, en la medida en que pueda pagar.

2.2 LOS EFECTOS DEL PAGO

Una vez que se ha dejado sentado que por regla general cualquier tercero puede pagar la deuda ajena, el siguiente problema que se plantea es el de los efectos que produce ese pago. En cuanto pago que es, el efecto principal del pago de un tercero es causar la extinción del crédito. Con esto se resume entre nosotros el efecto

⁷ Como se puede ver en L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, 6.ª ed. Madrid, 2008, p. 552; TERRÉ, *et al.*, *Droit civil. Les obligations*, 10.ª ed. París, 2009, p. 1310; G. ALPA, *Manuale*, p. 504; y B. MARKESINIS, *et al.*, *The German Law of Contract*, 2.ª ed. 2006, p. 362.

⁸ También muy claro, por ejemplo, TERRÉ, *et al.*, p. 1310. Abundante información de Derecho comparado, R. RUEDA VALDIVIA, «El cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias», en S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado*, 2.ª ed. Civitas/Thomson-Reuters, 2013, pp. 1283-1332, en p. 1287.

de la intervención del tercero entre éste y el acreedor. Es curioso observar que lo normal en muchos textos legales europeos es prescindir de una declaración de ese efecto extintivo, por entender que va de suyo y que la naturaleza de las cosas no lo requiere⁹. Al lado de ese efecto extintivo, sin embargo, en algunos casos que siempre se han visto en el Derecho continental como excepcionales, el crédito no se considera extinguido sino que se entiende transmitido por medio de la subrogación. Veámoslo por partes.

1. En los códigos que admiten el pago de un tercero, la regla general es el silencio respecto a los efectos del pago de un tercero que no se subroga. En efecto, lo normal es limitarse a establecer esa amplia legitimación de los terceros para pagar y, aparte de mencionar la posibilidad de una subrogación, no regular nada sobre los efectos que se produzcan entre el deudor y el *solvens* cuando éste no se subroga¹⁰. En cambio, en los Códigos latinos de la segunda mitad del siglo XIX, sí que se recogen algunas normas sobre esos efectos generales que el pago de un tercero produce entre éste y el deudor. Entre esos Códigos podemos mencionar el Código portugués de 1867, el Código argentino de 1869, el anteproyecto belga de Laurent de 1884 y, en su estela, nuestro propio Código civil de 1889. Estos códigos lo que hacen, en realidad, es plasmar en sus normas las enseñanzas y tradiciones que recogen los autores de la llamada *escuela de la exégesis* en los comentarios que hacen al Código de Napoleón.

En efecto, los exégetas explicaban que hay tres casos relevantes para determinar los efectos que se producen entre el deudor y el *solvens* que no se ha subrogado por el pago¹¹. Se trata del (a) caso en que el tercero ha intervenido por mandato del deudor, lo que da lugar a una nivelación entre ellos basada en la acción contraria de mandato (regulada en el artículo 2001 CC francés); del (b) caso en que el pago ha sido realizado en nombre y para la liberación del deudor pero sin haber recibido mandato, en cuyo caso el *solvens* dispondría de la acción contraria de gestión de negocios sin mandato siempre que reúna los requisitos exigidos por esa figura (art. 1375 CC francés); y del (c) caso en que el pago ha sido reali-

⁹ El § 362 I BGB, en cambio, sí enuncia ese efecto extintivo.

¹⁰ Artículo 1236 CN (reflejado en el art. 1238 del Código italiano es prácticamente una traducción del texto francés), artículo 1180.1 del Código italiano vigente. Con clara influencia en el párrafo 2.º de este último precepto, el § 267 BGB recoge la legitimación para pagar. Esa misma influencia puede verse ahora también en el artículo 1155 de nuestra Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones (PM-DO, en lo sucesivo). Hay una versión en la página de la Comisión General de Codificación, en www.mjusticia.gob.es (consultada en 12/11/2014).

¹¹ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle Obligazioni*, II, Milán, 1915, pp. 507-515, es un buen lugar donde comprobarlo.

zado en contra de la voluntad del deudor, que es el supuesto más discutido y para el que se admitió finalmente que se producía una acción *in rem verso* basada en la equidad y en el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro¹².

Podemos decir así que en toda esta tradición de raíz francesa nos encontramos con un modelo básico que distingue tres supuestos de hecho relevantes en este terreno, supuestos para los que se prevén tres acciones que permiten al *solvens* dirigirse contra el deudor con determinados y distintos alcances¹³. A este modelo responden abiertamente los Códigos de tradición francesa de finales del siglo XIX, en una u otra medida. El Código argentino y el español que lo sigue son los más explícitos en este sentido. Este modelo básico de tres acciones ha influido ahora el DCFR, que conserva su estructura en los Comentarios que se hacen a sus normas¹⁴.

En todos estos casos tradicionalmente relevantes de pago de tercero, está claro que el crédito original se ha extinguido y que el derecho del que resulta titular el *solvens* es un derecho personal suyo que ha nacido en el momento del pago y desprovisto de garantías o privilegios especiales. En muchas ocasiones, esta observación se hace en la doctrina para contraponer a continuación lo que ocurre con los casos de pago con subrogación: en esos casos, el pago del tercero no produce la extinción del crédito sino que supone la adquisición por el *solvens* del crédito pagado. De esta manera, el tercero puede aprovechar esas garantías y privilegios que reforzaban el crédito original para reforzar las posibilidades de dirigirse con éxito contra el deudor. Esta excepción al efecto extintivo del pago de un tercero siempre ha sido destacada con sorpresa por la doctrina de los distintos países, como si la extinción dogmática de la obligación por pago fuera una regla de las ciencias de la naturaleza¹⁵. En cualquier caso, en mi opinión, las cosas más interesantes que plantea el pago de un tercero con subrogación tienen

¹² El carácter más discutido de este último supuesto de pago de tercero queda bien reflejado en lo dispuesto en el artículo 1099 de nuestro Proyecto de Código Civil de 1851, en el que se establece que el *solvens* no tiene acción contra el deudor porque se supone que quiso donar. Ésta era la postura de los exégetas más antiguos, como TOULLIER (*Traité des obligations*, París, 1890), que seguía en esto la postura de POTHIER.

¹³ Se puede encontrar una versión actual y resumida de ese modelo de tres acciones, por ejemplo, en Ph. MALAURIE, *et. al.*, *Les obligations*, 5.ª ed. París, 2011, p. 592. Sobre el olvido de esta tradición en nuestro propio sistema, P. DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998, pp. 61 y ss.

¹⁴ Cfr. el artículo III.-2:107 y el Comentario F. Veremos más adelante, sin embargo, que esa similitud del DCFR al modelo de tres acciones que se menciona en el texto es más bien de carácter formal. Por su lado, el artículo 1155 de la PM-CC se limita a hacer remisión a las normas generales aplicables, pero sí prevé expresamente una acción de enriquecimiento como norma de cierre del sistema.

¹⁵ En nuestro país la cita obligada para esta polémica es F. ESPÍN CÁNOVAS, «Sobre el pago con subrogación», *RDP*, 1942, XXVI, pp. 300-326.

que ver más bien con las preguntas acerca del uso que el *solvens* puede hacer del crédito pagado; pero esa ya es otra historia y aquí ha de bastar con hacer remisión a otras aportaciones¹⁶.

En este recorrido por las enseñanzas tradicionales del modelo continental, falta por hacer una mención a la figura que se denomina *tercero interesado* o también *tercero con interés*. Frente a ellos, el *solvens* del que hemos estado hablando hasta ahora sería un tercero *no interesado* o un tercero *sin interés*. Cuando hablamos de terceros interesados, hacemos referencia a terceros que no pagan desde una posición de libertad respecto del acreedor, sino que son terceros cuya suerte depende de la obligación sobre la que intervienen. En ocasiones están obligados personalmente al pago, como ocurre con el caso tradicionalmente tratado ahí del fiador o del codeudor solidario (cfr. nuestro art. 1210,3.º CC). En otras ocasiones no están personalmente obligados a hacerlo, pero sí están realmente vinculados con la obligación, como es el caso del llamado fiador real. En otros casos, ni siquiera puede hablarse de obligación o sujeción al pago, pero sí de un interés que la ley reconoce como relevante (pago a un acreedor preferente, por ejemplo, como en nuestro art. 1210,1.º CC). La delimitación exacta de esta categoría de terceros se hace de manera distinta en los distintos sistemas continentales, pero en principio todas ellas responden a esa idea genérica de no ser jurídicamente indiferente a la suerte de la deuda original¹⁷.

Naturalmente, estos terceros con interés pueden desde luego pagar la deuda ajena, pues en materia de legitimación para el pago su posición no puede ser más débil que la que la ley le confiere a cualquier tercero. Lo característico de la posición de esos terceros interesados está en los efectos que desencadena su pago: típicamente, la subrogación legal. También su posición es relativamente más fuerte a la hora de establecer la legitimación para consignar, que es cuestión sobre la que no se suelen hacer muchas precisiones en los sistemas que no regulan la mora del acreedor, pero que permite distinguir en otros sistemas entre legitimación para ofrecer y poner en mora al deudor (cualquiera puede hacerlo) y legitimación para –adicionalmente– consignar (sólo los terceros con interés pueden hacerlo)¹⁸.

¹⁶ DEL OLMO (1998), pp. 297 y ss.

¹⁷ Como se puede comprobar en DÍEZ-PICAZO, pp. 554-555; TERRÉ, *et al.*, p. 1309; R. CRISTOFARI, pp. 183 y ss. MARKESINIS, *et al.*, p. 366. Por esa amplitud, me parece acertada la opción sobre esta materia del artículo 1156.3 de nuestra propuesta de modernización del CC en materia de obligaciones y contratos (en lo sucesivo, PM-DO).

¹⁸ Como ocurre en el § 268 BGB.

3. LA SOLUCIÓN TRADICIONAL DEL *COMMON LAW* BRITÁNICO

3.1 IDEAS GENERALES

En el *common law* europeo el punto de vista cambia completamente. Éste es el claro diagnóstico de Friedmann y Cohen, autores del más detallado estudio comparado del pago de un tercero¹⁹. Esto se debe en parte a que, en los sistemas de *common law*, el pago de un tercero no es un problema que haga referencia a la definición del cumplimiento de la obligación, sino que plantea básicamente cuestiones de enriquecimiento injusto. En efecto, la rama del *common law* que sí se ha preocupado de tratar las cuestiones relativas al pago de la deuda ajena es, en el marco de los problemas que plantean los enriquecimientos impuestos, el llamado *Law of Restitution*²⁰. Esta rama del *common law* británico se ha desarrollado muy recientemente, por lo que alcanza soluciones todavía inestables y en evolución²¹.

Merece la pena destacar que, en las llamadas *jurisdicciones mixtas*, el enfoque es distinto y, en general, tiende a admitirse el pago de tercero en condiciones algo más próximas a las del Derecho civil codificado²². Naturalmente, la influencia en esos sistemas de la tradición del *common law* es también acusada, por lo que el tema sigue siendo objeto de debate. Creo que esto se puede ver con claridad, por ejemplo, en Escocia donde se ha recurrido al contrato de mandato para justificar soluciones en esta materia que son obvias si se parte de la eficacia extintiva general del pago de un tercero²³.

En cualquier caso, el enfoque británico basado en el *Law of Restitution* hace que se ponga un gran énfasis en el estudio de los

¹⁹ D. FRIEDMANN y N. COHEN, p. 4. En nuestro país, esto lo ha destacado bien N. MARCHAL ESCALONA, «La obligación de pago», en S. Sánchez Lorenzo (ed.) *Derecho contractual comparado*, 2.ª ed. Civitas/Thomson-Reuters, 2013, pp. 1251-1281, en p. 1256.

²⁰ Véase, por ejemplo en S. J. STOLJAR, *The Law of quasi-contract*, 2d ed. Sidney, 1989, p. 1 y ss., el debate sobre las distintas denominaciones de esta rama del ordenamiento (*Law of Quasi-contract*, *Law of Restitution* y *Unjust Enrichment*).

²¹ Según diagnóstico de P. BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution*, Oxford, 1985, p. 1 y ss. Sobre esto, también IBBETSON (2001), p. 35. Este mismo autor señala (en p. 50) que, desde un punto de vista histórico, el reconocimiento del enriquecimiento injusto en el *common law* británico ha representado una auténtica revolución.

²² Es claro, en este sentido, el artículo 1885 del Código Civil de Luisiana y el artículo 1555 del Código Civil de Quebec. Véase también F. Du Bois (ed.), *Wille's Principles of South African Law*, 9.ª ed. 2007, p. 817, citado por L. MACGREGOR y N. WHITTY, «Payment of Another's Debt, Unjustified Enrichment and *ad hoc* Agency», 2011, 15 *Edinburgh L. Rev.*, p. 57, en p. 65, n. 39. Estos dos autores (p. 64) también son una buena cita para comprobar la posición del Derecho escocés sobre la materia.

²³ Más información sobre esto en L. MACGREGOR y N. WHITTY, p. 69.

efectos de la intervención del tercero entre éste y el deudor y que, relativamente, se deje desatendido el problema del efecto extintivo del pago. Esto es así hasta el punto de que, en la gráfica observación de G. Virgo, en esta materia «la cuestión difícil es determinar cuándo se ha producido la extinción de la deuda, lo que es una cuestión particularmente controvertida»²⁴.

3.2 EL EFECTO EXTINTIVO DEL PAGO DE UN TERCERO

En efecto, frente a la regla romana recogida en los sistemas civiles continentales según la cual el pago de un tercero supone la extinción de la deuda pagada, la regla tradicional del *common law* inglés lleva a la conclusión de que el pago de un tercero no tiene generalmente eficacia extintiva automática. Esa regla tradicional puede resumirse en dos ideas²⁵: (a) El pago por un tercero extingue la deuda, si el deudor había solicitado ese pago o si, una vez hecho éste, el deudor lo acepta o asume; (b) si ese pago no había sido solicitado ni aceptado por el deudor, también produce la extinción de la deuda el pago del tercero realizado bajo una presión jurídicamente admisible (esto engloba la presión sufrida por el fiador o el codeudor solidario y, con una u otra denominación, la presión de quien actúa en estado de necesidad).

¿Qué ocurre, entonces, en el resto de los casos? ¿Qué ocurre, entonces, con el pago espontáneo del tercero, que es el supuesto que no solucionan las reglas anteriores y que sí es habitual plantear en el Derecho civil continental? Siguiendo a Goff y Jones, autores del primer manual británico sobre el *Law of Restitution*, en los casos de pago voluntario de un tercero que no actúa a iniciativa del deudor, el régimen previsto en el *common law* se puede resumir en los siguientes puntos²⁶:

- El punto de partida es, como ya hemos dicho, que el pago voluntario de un tercero sólo produce la extinción de la deuda si ese pago había sido hecho en nombre del deudor y

²⁴ G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, 2 ed. Oxford, 2006, p. 222.

²⁵ Véanse J. GOFF y G. JONES, *The Law of Restitution*, 3 ed. Londres, 1986, p. 3; P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2 ed., Oxford, 2005, p. 54; A. BURROWS, *The Law of Restitution*, 3 ed. Oxford, 2011, p. 460; P. BIRKS y J. BEATSON «Unrequested Payment of Another's Debt», en J. BEATSON, *Use and Abuse of Unjust Enrichment*, 1991, p. 182.

²⁶ GOFF y JONES p. 17 n 90. Llegan a las mismas soluciones BIRKS (1985), p. 190 y BIRKS y BEATSON, pp. 182 y 193-194. Hay un buen relato de este mismo sistema tradicional de soluciones, pero destacando algunos inconvenientes que provoca, en FRIEDMANN y COHEN, pp. 7-8. Recientemente las asume también A. LODDER, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Oregon, 2012, p. 103. En contra, D. FRIEDMANN, «Payment of Another's Debt», *LQR* vol. 99, 1983, pp. 536 y ss. y STOLJAR (1989), p. 166.

éste lo ratifica o acepta²⁷. Insisto en que, como se ve, el pago de un tercero, por regla general, no produce por sí mismo un efecto extintivo automático.

- Si el pago del tercero no ha producido la extinción automática de la obligación porque no ha sido hecho a petición del deudor ni éste lo ha aceptado a posteriori, lo que ocurrirá es que el acreedor podrá demandar el pago al deudor, salvo –señalan Goff y Jones– que esto suponga un fraude respecto al *solvens* y un abuso del procedimiento judicial. En efecto, esta pervivencia del crédito parece que es una consecuencia necesaria de la carencia de efecto extintivo del pago voluntario del tercero y, como se insistirá más adelante, es un inconveniente del sistema que señalan los autores británicos más recientes²⁸.
- Otra consecuencia de esa carencia de efecto extintivo automático del pago voluntario del tercero es la de que, tras el pago, se abre un período de incertidumbre en el que pueden pasar cosas distintas, según las actitudes de acreedor y deudor²⁹. En efecto, siguen explicando Goff y Jones:
 - Una vez hecho el pago por el tercero, si el acreedor pide de nuevo el pago al deudor, lo más probable es que éste ratifique o acepte el pago del tercero. En este caso, se produce sin más el efecto extintivo del pago. Si el deudor prefiere no ratificar lo hecho por el *solvens* y vuelve a pagar al acreedor, el pago habrá sido correcto porque se ha pagado un crédito que aún existía. Por ello, será el tercero el que podrá dirigirse ahora contra el acreedor diciendo bien (a) que quiere recuperar su dinero por faltar la causa (*consideration*) en su atribución o bien (b) que reclama la cantidad pagada por el deudor porque éste había pagado al acreedor como fiduciario (*trustee*) del tercero. En todas estas explicaciones hay que tener en cuenta que, frente a la idea continental del pago como *acto debido*, en el *common law* la intervención del tercero ante el acreedor parece que se concibe más bien como contrato³⁰.

²⁷ La elección del término no es indiferente porque predetermina el carácter contractual o no del remedio del *solvens*. Véase la discusión en BIRKS y BEATSON, p. 183. En EE. UU., cfr. G. E. PALMER, *The Law of Restitution*, II, Boston/Toronto, 1978, p. 461.

²⁸ Véase, por todos, BURROWS, pp. 460-464.

²⁹ La observación es de BIRKS y BEATSON, pp. 180-182. También BIRKS (1985), pp. 189-190 y 289. En igual sentido, las explicaciones de D. FRIEDMANN y N. COHEN, pp. 7-8.

³⁰ Véase, por ejemplo, STOLJAR (1989), p. 166. Más abajo, al hilo de la exposición de la situación en EE. UU., se explicará que realmente el esquema es el de la dación en

- Si, por el contrario, el acreedor se aquieta tras recibir el pago del tercero (no automáticamente extintivo) y no demanda al deudor, entonces, es el tercero quien puede reclamar del deudor para, si éste no ratifica el pago de forma que se extinga la obligación, dirigirse luego contra el acreedor sobre la base de que su pago fue hecho sin causa (*consideration*)³¹.

Esta solución a los casos de pago de la deuda ajena propuesta por Goff y Jones está siendo sometida a crítica últimamente. Esas posturas críticas proponen otra lectura de los antecedentes jurisprudenciales tradicionalmente utilizados en esta materia y llegan a proponer que se admita el efecto extintivo automático del pago de un tercero como punto de partida.

Inicialmente las críticas fueron realizadas desde una de las llamadas *jurisdicciones mixtas* y desde una posición minoritaria que provenía de jurisdicciones periféricas de la *Commonwealth*³². Por otro lado, esas críticas contaban con el respaldo que suponía que el *common law* estadounidense admitiera sin ambages ese efecto extintivo de la intervención de un tercero³³. Sea como sea, lo cierto es que en la actualidad los autores británicos más influyentes admiten con claridad ese efecto extintivo automático. En ese sentido, se puede destacar que Burrows, autor de uno de los manuales actualmente más conocidos sobre *Law of Restitution* y redactor de un reciente *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, propone que «el pago hecho para extinguir un crédito aceptado por el acreedor a esos efectos, extingue la deuda automáticamente sin la aceptación del deudor»³⁴. Se ha llegado a sugerir, incluso, la necesidad de introducir una reforma legal para corregir en ese sentido la lectura del *common law* que habían propuesto Goff y Jones³⁵.

pago. Para la idea de pago como acto debido y otras cuestiones relacionadas con la naturaleza del pago en nuestro Derecho, Díez-Picazo, pp. 542 y ss.

³¹ Esta argumentación da algunos problemas en el *common law*, como se puede ver en FRIEDMANN y COHEN, pp. 7-8.

³² FRIDMANN, p. 556, entre otras, escribiendo desde una universidad israelí. En aquellos mismos años, y desde el *common law* australiano, también STOLJAR (1989), pp. 170 y ss. expresaba una opinión crítica.

³³ Ya PALMER, II, pp. 362, 364, 365 y 367.

³⁴ Para el diagnóstico acerca de la importancia de BURROWS en la doctrina especializada, véase BIRKS (2005), p. 4. La cita de BURROWS está en p. 463, que se repite en p. 100 de los comentarios incluidos en el reciente *Restatement* inglés sobre la materia. Véase, A. BURROWS, *et al.*, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford, 2012. La crítica de la jurisprudencia en que se basa la posición tradicional la hace BURROWS en pp. 464-467, concluyéndose que no es decisiva y que, por ello, hay margen para la nueva propuesta. VIRGO (2006), p. 224, y C. MITCHELL, *The Law of Contribution and Reimbursement*, Oxford, 2003, pp. 62 y 176, entre otras, son de la misma opinión y argumentos.

³⁵ MITCHELL (2003), p. 176.

Desde esa posición actual se critica la explicación de Goff y Jones según la cual, al margen del pago autorizado por el deudor, sólo el pago del tercero bajo lo que llaman *compulsión jurídica* produce la extinción automática de la obligación³⁶. La exposición de Goff y Jones que va a ser criticada se puede resumir en tres pasos. Estos autores argumentaban partiendo de que, en casos de pago por intimidación o error, el *solvens* sí puede exigir al acreedor la restitución de lo pagado. A continuación, decían que el efecto extintivo de los casos de pago de tercero bajo compulsión jurídica se debe a que, a diferencia de lo que ocurre en esos casos de intimidación o error, no se puede pedir restitución al acreedor. El último paso argumental de estos autores consiste en decir que, en los casos de pago bajo compulsión jurídica, no se puede exigir nada al acreedor porque el efecto del pago ha sido extintivo. La crítica actual consiste en señalar que el argumento de Goff y Jones es de valor muy limitado por su carácter circular³⁷.

En esta materia, por otro lado, hay que tener en cuenta lo que se llama excepción o defensa de *discharge for value*, que forma parte del *Law of Restitution* y que también puede dar lugar a reconocer algo similar al efecto extintivo del pago de un tercero³⁸. Se trata, básicamente, de una excepción que el acreedor puede oponer al tercero que le ha pagado por error, cuando el acreedor es de buena fe y el tercero ha pagado siguiendo las instrucciones del deudor. Si, frente a los casos de pago por error en los que se permite la reclamación del *solvens* frente al *accipiens*, aquí no se permite, se considera que es porque la deuda sí ha sido extinguida. Esta manera de razonar es distinta a la que se mantiene en el Derecho civil continental y, en mi opinión, también se puede deber a la poca claridad dogmática del *common law* sobre lo que significa el efecto extintivo del pago.

La postura crítica señala también la debilidad del argumento tradicional de que, si se admitiera el efecto extintivo automático del pago de un tercero, el deudor podría encontrarse con un nuevo acreedor (el *solvens*) sin haberlo consentido. Es una idea para la que tradicionalmente se citaba el argumento de Lord Kenyon, según el cual «el sistema no puede permitir que, si yo debo dinero a un amigo, aparezca luego un enemigo que la paga para convertirse en acreedor mío *nolens volens*»³⁹. Para oponerse a esta argu-

³⁶ Ahora estoy resumiendo la exposición de BURROWS, pp. 460-464.

³⁷ La crítica aparece por primera vez en FRIEDMANN, p. 537. También está en FRIEDMANN y COHEN, p. 58.

³⁸ Información sobre esa defensa en FRIEDMANN y COHEN, pp. 57 y ss.

³⁹ Se puede comprobar la importancia de esta idea, por todos, en STOLJAR (1989), p. 171. El argumento de Lord Kenyon está contenido en el caso de *Exall v. Partridge*, (1799) 101 ER 1405, que es uno de los fundamentales en este campo.

mentación, se pone de relieve que actualmente el sistema ya ha admitido la cesión de créditos sin el consentimiento del deudor⁴⁰.

En el mismo sentido, la posición crítica destaca que es cierto que la solución tradicional de limitar la eficacia extintiva del pago de un tercero protege muy bien al deudor de la injerencia malintencionada de ese tercero, pero que eso no debe llevar a condicionar la extinción del crédito al consentimiento del deudor. Por el contrario, la propuesta actual destaca que esta misma defensa de la posición del deudor puede lograrse, sin discutir el efecto extintivo automático del pago de un tercero, a través de negarle la restitución al *solvens* por considerar que el enriquecimiento del deudor no es injusto⁴¹. Por otro lado, se ha señalado que no es aceptable el argumento de que la eficacia extintiva automática perjudica al deudor que pudiera haber opuesto la compensación al acreedor original. Para los autores actuales, lo que ocurre en esos casos es simplemente que la extinción automática del crédito no ha beneficiado al deudor en la misma medida en que el tercero había pagado⁴². Es un argumento que suena conocido para los civilistas continentales.

Aparte de esas críticas a la visión tradicional, Burrows destaca que esa eficacia extintiva automática del pago aceptado por el acreedor es coherente con el hecho de que éste pueda también renunciar al crédito y, por otro lado, permite dar solución análoga al caso de pagos en dinero y pagos de prestaciones no dinerarias⁴³. Para esto, pone el ejemplo de quien, obligado por una resolución administrativa, elimina una molestia (*nuisance*) pública causada por las tuberías de un edificio que, una vez que se inicia la obra, se comprueba que correspondía en realidad eliminar a otra persona. Es claro, dice este autor, que esa eliminación ha liberado automáticamente al responsable⁴⁴.

⁴⁰ Lo recoge, con toda claridad, FRIEDMANN, p. 535 n. 10. También, con más análisis, en FRIEDMANN y COHEN, p. 12. Los mismos GOFF y JONES, p. 18 había admitido la debilidad de la solución tradicional británica desde el punto de vista de la admisibilidad general de la cesión de créditos. La cosa estaba ya clara en los EE. UU., donde se le da gran peso a esta idea, como explica PALMER, II, p. 364, entre otros muchos autores.

⁴¹ La misma opinión de BURROWS que se recoge en el texto está en VIRGO (2006), p. 226. En los comentarios al artículo 18 del ya citado *Restatement* inglés se mantiene también esta opinión y se cita el célebre caso estadounidense de *Norton v Haggatt* 85 A 2d. 571 (1952), en el que la intervención del tercero se produce poco después de una discusión entre éste y el deudor. Sobre este caso, en los EE. UU., PALMER II, p. 365, por todos.

⁴² Véase, por todos, BURROWS, pp. 460-464.

⁴³ La misma idea está en VIRGO (2006), p. 231. Ambos se inspiran probablemente en FRIEDMANN, p. 540. Argumentos adicionales relativos a las letras de cambio, en las que sí se admite el pago de un tercero, en STOLJAR (1989), p. 174, n. 112. Este argumento basado en esta regla excepcional de los títulos de crédito es bastante frecuente.

⁴⁴ El caso que cita es *Gebhart v Saunders* (1892) 2 Q. B. 452. La misma idea está en VIRGO (2006), p. 231.

3.3 EL PAGO DE UN TERCERO COMO CUESTIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

En el epígrafe anterior hemos visto el análisis del *common law* británico preguntándonos básicamente por el efecto extintivo del pago de un tercero, es decir, preguntándonos por los efectos del pago de un tercero entre éste y el acreedor. Desde ese punto de vista, es destacable el mayor juego que da en este sistema la posibilidad de que el tercero acabe dirigiéndose contra el acreedor que había recibido la prestación realizada por éste, en los supuestos en los que no logre dirigirse contra el deudor.

Una vez visto qué ocurre entre el tercero y el acreedor, veremos en este epígrafe las soluciones propuestas desde el *Law of Restitution* británico para la cuestión de los efectos que produce un pago de tercero entre éste y el deudor. Para adentrarse en este terreno merece la pena recordar que la figura de tradición romana de la gestión de negocios sin mandato no ha sido recogida en el *common law*. En los sistemas angloamericanos sí hay doctrinas que recuerdan a esa figura romana (los llamados *agents of necessity*, por ejemplo), pero no alcanzan la importancia ni el grado de generalidad de la gestión de negocios sin mandato romana. Cabe destacar, con todo, que algunos casos de pago de tercero sí fueron de gran relevancia para la reconstrucción del *Law of Restitution* en que se embarca el *common law* en el s. XIX⁴⁵.

Como se destaca en la doctrina anglosajona como punto de partida, si un tercero paga la deuda ajena sin que el deudor se lo haya pedido, éste se verá enriquecido por la eventual extinción del crédito. Sin embargo, con este enriquecimiento no basta para basar una reclamación contra el deudor, sino que hace falta, además, que haya una buena razón para permitirle al primero reclamar contra el segundo. Esta formulación recoge lo que es la regla general en el *common law* británico y en el estadounidense⁴⁶.

En esa formulación están implícitos los dos requisitos que se exigen generalmente en el *Law of Restitution* para que se pueda reclamar la restitución de un enriquecimiento⁴⁷: (a) ha de existir

⁴⁵ Para esto, explicando los desarrollos de la acción *quantum meruit*, IBBETSON (2001), pp. 39-40.

⁴⁶ Para el de EE. UU., a la espera de lo que más abajo se dirá, se puede ver la exposición de PALMER, II, p. 363 y ss.

⁴⁷ Para comprobar que esos dos requisitos son los generalmente exigidos, se puede ver, por todos, GOFF y JONES, p. 16; BIRKS (2005), p. 39. Sin embargo, en la exposición de algunos autores, el primero de esos requisitos se desdobra, de manera que se trata por separado la exigencia de que exista un enriquecimiento y la de que éste se haya producido a expensas del demandado. Por no complicar las cosas inútilmente, esa distinción no se

un enriquecimiento del demandado a expensas del demandante (b) que sea injusto. Este mismo enfoque se adopta en el ya citado *Restatement* inglés sobre *Law of restitution*⁴⁸. Veámoslo con más detenimiento en los dos epígrafes siguientes.

1. El enriquecimiento del deudor

Sin entrar en una exposición en general de esta parte del sistema de *common law*, nos basta aquí con destacar que el pago de tercero con efecto extintivo se considera normalmente como un supuesto claro de lo que en esa doctrina se llama *beneficio indiscutible*⁴⁹. Es decir, que se admite sin problemas que, cuando el pago del tercero ha extinguido la deuda, el deudor se ha visto enriquecido⁵⁰.

Si se adopta por un momento el punto de vista general, merece la pena observar que en la actualidad la distinción importante en el *common law* británico para determinar si el demandado ha experimentado un enriquecimiento es la distinción entre prestaciones dinerarias y prestaciones no dinerarias. Las primeras no plantean muchos problemas, dado que el dinero tiene un valor indiscutible; pero las cosas son más difíciles cuando estamos ante prestaciones no dinerarias.

En efecto, señala Birks que, cuando la prestación no es dineraria, el demandado siempre puede discutir el valor del beneficio recibido⁵¹. Lo que ocurre es que, por explicarlo con ejemplos, sólo el demandado sabe si había decidido dejar de usar el coche que el demandante había reparado sin consultarle; o si había decidido irse de viaje y no limpiar las ventanas de su casa en los próximos seis meses, cuando se encuentra con que el demandante se las ha limpiado sin consultarle, etc. En un ejemplo más reciente, también de Birks: sólo el dueño puede decir si llevar a un perro a la peluquería

recogerá en este trabajo. Sobre todo esto se pueden ver GOFF y JONES, pp. 24 y ss; BIRKS (1985), p. 134; BURROWS, p. 78.

⁴⁸ El artículo 1 (1) del *Restatement* inglés (los datos sobre este texto se pueden encontrar en n 34) dice: «A claimant has a right to restitution against a defendant who is unjustly enriched at the claimant's expense». El texto subsiguiente (arts. 2, 3 y 7) confirma que estos requisitos se analizan como tres requisitos. Con todo, en los comentarios a este texto (*op. cit.*, p. 25) se deja ver la influencia del profesor A. Burrows, al añadirse un cuarto requisito: que no exista una defensa que ampare al demandado. Esta es la posición que mantenía este autor ya en BURROWS, p. 27.

⁴⁹ Por todos, BIRKS (2005), p. 61 y VIRGO (2006), pp. 72, 221 y 224. También LODDER, p. 100. Ya estaba muy claro en STOLJAR (1989), p. 152. La misma idea, igualmente clara en los EE. UU., en G. E. PALMER, *The Law of Restitution*, IV, Boston/Toronto, 1978, p. 331, entre otras.

⁵⁰ Por todos, FRIEDMANN y COHEN, p. 7.

⁵¹ BIRKS (1985), p. 112. Le sigue VIRGO (2006), pp. 72, punto por punto. Estas ideas las formulaba también con gran claridad STOLJAR (1989), pp. 186.

canina y teñirle el pelo se considera un servicio o, por el contrario, se considera un daño. Como dice este mismo autor, lo que ocurre es que, en los casos de prestaciones no dinerarias, la libertad del demandado pasa a ser la cuestión esencial, porque es éste último el único capaz de decir el valor que para él tiene la prestación recibida. Más recientemente este mismo autor formula la misma idea de forma concluyente: «el dinero es a la vez la medida del valor y un medio para la libertad»⁵².

Este conocido argumento, al que Birks llama argumento de la *depreciación subjetiva*, juega un papel fundamental en la reconstrucción general del *Law of Restitution* de este autor y ha sido asumido por la doctrina y por la jurisprudencia inglesas⁵³. Por otro lado, cuando la prestación no dineraria consiste en la prestación de un servicio, como ocurre en los ejemplos anteriores, surge la dificultad adicional de que esos servicios no pueden ser restituidos en especie y la de que, por tanto, sólo pueden revertirse mediante la creación de una nueva obligación sobre el demandado. Éste es un argumento al que se da mucho peso en *common law*, como veremos con más claridad en las explicaciones de la doctrina estadounidense⁵⁴.

Desde nuestro punto de vista, lo que interesa destacar en estas observaciones generales es que el pago de tercero no es una prestación dineraria para el deudor⁵⁵. Es cierto que la prestación que recibe el deudor –la posible liberación de su deuda– es una prestación muy especial, distinta a la prestación de un servicio o la imposición de un enriquecimiento en especie, pero también es cierto que no es una prestación dineraria, pues el deudor no recibe dinero. La presencia habitual del dinero (pagado por el *solvens* al acreedor) y, sobre todo, el efecto extintivo automático del pago de un tercero en la tradición romana quizá oscurecen para el civilista continental esta observación que, en realidad, parece clara. Al ser una prestación no dineraria, el deudor puede discutir el alcance del enriquecimiento que ha experimentado señalando, por ejemplo, que no todo lo pagado por el tercero ha redundado en su utilidad. Como se ve, es una idea coherente con el funcionamiento del Derecho civil codificado (cfr. por su proximidad, nuestro artículo 1158. III CC)

⁵² BIRKS (2005), p. 50.

⁵³ Esto se puede comprobar en BURROWS p. 44 y en la exposición de este autor en pp. 48-49. También lo ha acogido el reciente *Restatement* inglés [art. 7 (3) y el Comentario en p. 42].

⁵⁴ Se pueden ver GOFF y JONES, p. 18; FRIEDMANM (1983), pp. 535; desde los EE. UU., PALMER, II, pp. 363, 370 y 416.

⁵⁵ BIRKS (1985), pp. 109-110 y 189-190. La idea estaba ya en FRIEDMANN, p. 535 y recientemente la asumen LODDER p. 99 y VIRGO (2006), pp. 133.

2. Carácter injusto del enriquecimiento

Sobre este requisito, no hay una formulación general estable en *common law* británico, sino que hay distintas propuestas de organizar esta materia y un debate muy activo⁵⁶. Se discute, incluso, el punto de partida, que una postura más próxima al Derecho civil del continente coloca en que la atribución debe de estar justificada para no ser repetible, mientras que otra postura, que se presenta como la tradicional del *common law*, opina que hay que partir del principio de la estabilidad de las atribuciones y permitir la restitución sólo cuando existan causas particulares que lo permitan⁵⁷. Hay autores que defienden la primera postura, otros que defienden la segunda, y siempre se destaca en este debate la evolución del pensamiento de un autor tan señalado en este campo como es Birks quien, partiendo de la visión tradicional del *common law*, terminó por acercarse a la primera postura⁵⁸.

Es interesante la reconstrucción histórica que ofrece Ibbetson. Explica este autor que la construcción que se considera más propia del *common law* parte de la importante aportación que hizo Ames en los EE. UU. a finales del s. XIX, basándose en el texto del Digesto de Justiniano según el cual nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro (D. 50.17.206). Frente a esto, el punto de partida adoptado en Alemania (y que acabó extendiéndose a Francia) fue la otra mención que se hace en el Digesto a estas cuestiones, en la que no se exigía esa idea de que el enriquecimiento en sí fuera injusto (D. 12.6.14)⁵⁹.

En cualquier caso, lo que es relevante en los casos de pago de deuda ajena es, con una u otra formulación, la idea de que el sistema no incentiva las intervenciones oficiosas (*officious*) de los terceros⁶⁰. Es decir, que se excluye la restitución cuando el demandante sabía que el demandado no había solicitado ni deseaba el enriquecimiento. Es más, esa injerencia llegó a ser vista como un

⁵⁶ Para un buen resumen de ese debate, BURROWS, pp. 95 y ss.

⁵⁷ C. MITCHEL, «Unjust Enrichment», en A. Burrows (ed.), *English Private Law*, 2 ed. Oxford 2007, p. 1347, lo explica muy bien, siguiendo probablemente a BIRKS (2005), pp. 101 y ss.

⁵⁸ En la primera postura encontramos, por ejemplo, a GOFF y JONES, p. 30. En la segunda, a BIRKS (1985), pp. 133. Un buen relato de esto en BURROWS, p. 97. Para la última postura de BIRKS la cita buena, en mi opinión, es BIRKS (2005), p. 116. La evolución del pensamiento de BIRKS se destaca incluso en obras de otros países, como se puede ver en P. STRENA, «Arricchimento senza causa e gestioni di affare», G. ALPA, et al., *II DCFR*, Milán, 2009, p. 247.

⁵⁹ D. IBBETSON, «Unjust Enrichment in English Law», en E. J. H. Schrage (ed.), *Unjust Enrichment and the Law of Contracts*, Kluwer, 2001, pp. 45-46.

⁶⁰ El término inglés «*officious*» puede ser traducido por *oficioso* en español, en la tercera acepción del DRAE: «Que se entremete en oficio o negocio que no le incumbe».

tort especial en algunos casos (*champerty*)⁶¹. Esta regla se aplica en general en el terreno de los enriquecimientos no deseados, desde el caso de quien mejora la finca de otro al de quien paga una deuda ajena, pasando por el ejemplo de la práctica comercial de enviar mercancías no solicitadas⁶².

En el *common law* británico es habitual encontrar formulaciones brillantes de las razones que subyacen a esa regla general como decir, por ejemplo, que «el sistema no quiere hacer que el país se convierta en una nación de entrometidos que estén deseando realizar servicios no deseados para luego probar suerte ante los tribunales» o, aún más, que «el sistema no quiere incentivar que haya quien se dedique a dejar los barcos a la deriva para luego rescatarlos y exigir una remuneración»⁶³. También es muy citada la frase del Juez Bowen diciendo que «no se pueden imponer responsabilidades sobre las personas, de la misma manera que no puede enriquecerse a nadie contra su voluntad»⁶⁴. Naturalmente, la necesidad de que nadie tome decisiones por uno está también siempre presente entre las justificaciones de esta regla. Aplicada al pago espontáneo de un tercero, esta regla es la razón fundamental por la que en muchos casos el *solvens* no puede dirigirse contra el deudor⁶⁵.

Al partir de este punto de que no hay restitución para evitar la intromisión oficiosa del tercero en los asuntos ajenos, el *common law* sí puede reconocer una acción en los casos en que no existe ese peligro porque la intervención obedece a otros motivos⁶⁶. De esta forma, se dice que quien interviene por error o bajo amenaza no puede ser calificado de entrometido y, por ello, se le concede acción. Así, se admite por ejemplo que el pago de lo indebido por creerse el *solvens* obligado a pagar dé lugar en ocasiones a un reembolso contra el verdadero deudor⁶⁷. Asimismo, la intervención del fiador, que es vista como un caso de actuación bajo la presión que supone sobre el *solvens* la acción del acreedor, aparece

⁶¹ Sobre el significado de este *tort* de *champerty*, que veremos que es frecuente mencionar también en los EE. UU., FRIEDMANN y COHEN, p. 12.

⁶² GOFF y JONES, pp. 42-43 y FRIEDMANN, p. 534.

⁶³ La primera idea está, críticamente, en E. W. HOPE, «Officiousness» (1930) 15 *Cornell LQ* 25, 36, de donde la recoge MITCHEL (2007), p. 1386. La segunda, que es mucho más conocida, está en *Nicholson v. Chapman* (1793) 2 H Bl 254, 259, 126 ER 536, 539. La doctrina suele plantear estas cuestiones acentuando las hondas raíces tradicionales de la regla contra los que intervienen en asuntos ajenos. Véase en este sentido, por todos, STOLJAR (1989), pp. 151-152. Este mismo autor (p. 166, n. 79) destaca también que las soluciones de los tribunales de *equity* comparten con el *common law* la visión crítica frente a las intervenciones oficiosas.

⁶⁴ En *Falcke v. Scottish Imperial Insurance Co* (1886) 34 Ch. D. 234, 248.

⁶⁵ Así de claro lo formula FRIEDMANN, p. 535.

⁶⁶ Está muy claro en VIRGO (2006), p. 187.

⁶⁷ También es más difusa la relación con otros supuestos de intervención del tercero que no son propiamente pagos. Cfr. BIRKS y BEATSON, p. 177.

agrupada con los casos de pago realizado por error o por intimidación. Es esa situación cercana a la idea de vicio de la voluntad la que excluye el carácter oficioso de la intervención del demandante. Interviene por error o bajo presión, no porque quiera inmiscuirse oficiosamente.

Otros autores no comparten ese razonamiento ni la manera de clasificar los supuestos relevantes que deriva de ella⁶⁸. Las construcciones de los autores son distintas y probablemente no merece la pena aquí detenerse en explicar cada una de ellas⁶⁹. Desde el punto de vista del pago de un tercero, lo que sí merece la pena es explicar los supuestos en los que sí se reconoce acción al *solvens*/demandante para reclamar al deudor/demandado. Se trata de casos de lo que se llama *legal compulsion*, que son los más importantes, y los casos de intervención realizada en estado de necesidad (*necessity*)⁷⁰:

1. El pago del que está bajo presión jurídicamente admisible, es el caso más relevante. Se encuadran aquí claramente el caso del pago del fiador y del codeudor solidario, el caso del titular del bien que de una forma u otra aparece sometido a la suerte de la deuda y aun el caso del que está obligado legalmente a realizar lo que acaba siendo el cumplimiento de la deuda ajena⁷¹. Conviene advertir aquí una mención a la regla de que tampoco un fiador que se ha convertido en tal sin consultarlo con el deudor puede tras el pago dirigirse contra éste con una acción de enriquecimiento⁷²: a este fiador también se le considera un entrometido.

2. El pago realizado por necesidad. Al lado de intervenciones directas para ayudar a personas en estado de necesidad, que en este trabajo interesan menos (por ej. el médico que atiende a un herido inconsciente), se colocan bajo la rúbrica *de necessity* supuestos que son conocidos también en el continente por influencia del Derecho romano. Se trata del caso de quien presta alimentos a un menor en lugar de sus padres o de quien sufraga los gastos del entierro que

⁶⁸ Por ejemplo, MITCHEL (2007), p. 1382; BIRKS (2005), p. 116; STOLJAR (1989), p. 153.

⁶⁹ Véase, STOLJAR (1989), p. 156, para confirmar lo difícil del diagnóstico.

⁷⁰ Esta afirmación, que se puede comprobar en prácticamente todos los autores, está muy clara en VIRGO (2006), p. 226.

⁷¹ No voy a recoger aquí otro grupo de casos que prácticamente todos los autores colocan en este epígrafe y que es el de casos de cesión de *leases*. Para más información, se puede empezar por STOLJAR (1989), p. 157 y VIRGO (2006), p. 230.

⁷² Esto se basa en Owen v. Tate (1976) 1 Q.B. 402, que es un *leading case* muy problemático y criticado. Por todos, VIRGO (2006), p. 233, quien diagnostica la opinión de la doctrina diciendo que el caso fue decidido erróneamente, y MITCHEL (2007), p. 1383, n. 260. Desde un punto de vista comparado, en igual sentido, FRIEDMANN y COHEN, p. 13. Es significativo que el Restatement inglés ya mencionado se hace ahora eco de todas esas críticas, asumiéndolas. Véase p. 102.

correspondería pagar a los herederos (cfr. nuestro art. 1894 CC)⁷³. En esos casos, en los que se destaca también la presencia concurrente de un interés público o colectivo en la intervención *del solvens*, se admite que ésta se dirija contra el verdadero deudor⁷⁴. En este terreno, de todos modos, la doctrina advierte de la inestabilidad de las conclusiones y de la posibilidad de nuevos avances⁷⁵.

Dejando a un lado la regla de partida de que el pago admitido o ratificado por el deudor sí produce acción entre éste y el *solvens*, en esta materia cabe concluir que en el *common law* británico el tercero que paga una deuda ajena no puede, por regla general, dirigirse contra el deudor con un derecho personal nacido del pago. Sólo podrá hacer tal cosa en los dos casos excepcionales que acabamos de recoger. En resumen, se puede concluir, pues, que las reglas inglesas en materia de pago de un tercero son restrictivas, si las comparamos con las soluciones continentales, tanto en materia de legitimación para el pago como en materia de reconocimiento de un derecho del *solvens* contra el deudor.

4. LAS SOLUCIONES EN EL *COMMON LAW* ESTADOUNIDENSE

Como el *common law* estadounidense tampoco admite una figura similar a nuestro pago de tercero, el conjunto de problemas que nosotros colocamos bajo esa rúbrica aparecen en él desconectados entre sí. Como veremos en seguida, los *Restatements* sobre enriquecimiento sí adoptan un punto de vista más o menos unitario sobre los efectos del pago de un tercero entre el *solvens* y el deudor⁷⁶. En cambio, como veremos en segundo lugar, encontrar soluciones sobre las relaciones entre el *solvens* y el acreedor —es decir, determinar el efecto extintivo o no del pago del tercero— exige un recorrido más trabajoso a través de los *Restatements* sobre contratos.

⁷³ El *common law* de los EE.UU. también conoce estos casos, como se puede ver en PALMER II, pp. 377-378.

⁷⁴ El planteamiento más claro está en STOLJAR (1989), p. 197.

⁷⁵ Así lo hace, por ejemplo, MITCHEL (2007), p. 1388 o VIRGO (2006), pp. 283 y 297. La idea estaba ya en autores británicos más antiguos y también en autores estadounidenses, como por ejemplo PALMER, II, p. 367. La idea de que en esto la distancia no era tanta entre el *common law* y el continente estaba ya en STOLJAR (1989), p. 221.

⁷⁶ Como se sabe, estos *Restatements* son textos de *soft law* que elabora el *American Law Institute* (ALI, en lo sucesivo) con el objeto de recoger y reordenar el *common law* vigente en los EE. UU. en determinadas materias. Más información en <http://guides.library.harvard.edu>, consultada el 15 de febrero de 2014.

4.1 LAS SOLUCIONES EN LOS RESTATEMENTS SOBRE ENRIQUECIMIENTO

4.1.1 El Restatement (first) de 1937

En el primer *Restatement* sobre *Law of Restitution*, el tratamiento de los casos de pago de tercero es muy escaso y sólo se atiende a los supuestos de pagos de alimentos y a pagos para cumplir obligaciones tras las que existe un claro interés público, como el caso ya citado de la obligación de enterrar a los muertos.

El punto de partida restrictivo, para lo que a nosotros nos importa, queda claro desde el § 2 del *Restatement*, según el cual, «Quien otorga oficiosamente un beneficio a otro no tiene por ello derecho a restitución»⁷⁷. Como se ve, la prevención frente a los enriquecimientos impuestos se coloca en las mismas puertas del *Restatement*, lo que deja clara, entre otras cosas, su actitud restrictiva frente al supuesto del pago de un tercero.

Por otro lado, la divergencia con los Códigos continentales queda clara también cuando en el *Restatement* se pone el ejemplo de quien paga la deuda del deudor/amigo, ante su falta de liquidez y para evitarle daños a su buen nombre. En ese caso, según se aclara en ese texto normativo, el *solvens* no tiene acción contra el deudor/amigo, por mucho que pagara con intención de reclamar en el futuro al verdadero deudor (es decir, excluyendo el *animus donandi*) y por mucho que hubiera tenido acción contra él, si se hubiera preocupado de solicitar al acreedor la cesión del crédito⁷⁸.

Para nosotros, la norma más interesante está en el § 112 de este primer *Restatement* que ahora comentamos, según el cual «Quien otorga un beneficio a otro sin que haya intervenido error, coerción o petición por parte de ese otro no tiene derecho a la restitución, excepto cuando en las circunstancias en que ese beneficio fue otorgado hicieran la intervención necesaria para proteger los intereses de ese otro o de terceros»⁷⁹. Como se ve, el razo-

⁷⁷ La versión original de la norma es: «A person who officiously confers a benefit upon another is not entitled to restitution therefore».

⁷⁸ Como se puede comprobar en p. 462, en el primer ejemplo que se pone para ilustrar el § 112 del que se habla en el texto a continuación. Veremos más abajo el sentido que tiene en el *common law* la observación algo chocante que se hace ahí sobre la cesión del crédito.

⁷⁹ La versión original de la norma es: «A person who without mistake, coercion or request has unconditionally conferred a benefit upon another is not entitled to restitution, except where the benefit was conferred under circumstances making such action necessary of the protection of the interests of the other or of third parties».

namiento básico, que ya hemos visto en el contexto británico, es el entendimiento de que el error, la coerción o la previa petición eliminan el carácter oficioso de la intervención. Fuera de esos casos, la intervención de un tercero sí será considerada oficiosa, siempre que no concurra alguna de las reglas especiales que la justifiquen excepcionalmente.

La norma de ese § 112 es bastante general y poco concluyente, pero los comentarios al texto preparados por los redactores del ALI dejan claro que quien interviene oficiosamente para cumplir *el deber de otro*, que es el epígrafe más general bajo el que aparece también el pago de un tercero, en principio no tiene derecho a pedir restitución al deudor⁸⁰.

Esta regla general de que las intervenciones no solicitadas se consideran oficiosas y no dan lugar a acción admite algunas excepciones. En concreto, el primer *Restatement* admite que el tercero tenga acción contra el deudor de alimentos legal o contractualmente establecidos (§§ 113 y 114), que tenga acción contra el enriquecido en caso de salvamento de la vida o la salud de otro (§ 116) y que tenga acción en caso de preservación de cosas o del crédito de otro (§ 117).

Este último precepto relativo a la protección del crédito de otro, que en principio podía ser más prometedor, se limita al supuesto del pago de instrumentos negociables. La justificación que se da en los Comentarios del ALI a la admisión de acción contra el deudor cuando el *solvens* ha pagado la deuda documentada en una de estos *negotiable instruments* es la costumbre entre comerciantes⁸¹. Se trata de una solución que hoy se recoge también en el *Uniform Commercial Code* y que siempre se ha considerado como excepcional en los EE. UU.

Aunque esta postura del primer *Restatement* es claramente restrictiva hacia los casos del pago de un tercero, el enfoque es más abierto que el tradicionalmente mantenido en el *common law* inglés. En efecto, esos §§ 113-117 recogen los casos de intervención de un tercero que se han considerados excepcionalmente justificados (no oficiosos) hasta el momento, pero –como señalan los redactores del ALI– eso no significa que no existan otros casos en los que también se puede encontrar justificación al reconocimiento de una acción de restitución⁸².

⁸⁰ Tal como se puede ver en el Comentario a), en p. 464 del *Restatement*.

⁸¹ Como se puede ver en p. 491.

⁸² Tal como explican los redactores en p. 463.

4.1.2 El Restatement (third) de 2011

Tras el primer *Restatement* en materia de *Law of Restitution*, se intentó hacer una segunda versión, que no llegó a buen puerto⁸³. Por eso, nuestro siguiente paso es estudiar el tratamiento que hace el *tercer Restatement* sobre enriquecimiento en materia de pago de un tercero.

El *Restatement (3d)* también comienza recogiendo unos principios generales sobre la materia. Entre esos principios, interesa destacar el contenido en el § 2.3, según el cual «no da lugar a restitución el beneficio impuesto voluntariamente y no solicitado, a menos de que las circunstancias de la transacción justifiquen la intervención del demandante en ausencia de contrato». Aunque este texto no emplee el término *officious*, recuerda al precepto similar que acabamos de comentar en el epígrafe anterior (§ 2 del primer *Restatement*)⁸⁴. Estamos ante un principio general que aparece en el atrio mismo del *Restatement (3d)* y que sirve de advertencia sobre la actitud restrictiva hacia los casos en los que se paga una deuda ajena que se mantiene en este *Restatement (3d)*.

La estructura de este *Restatement (3d)* se basa en cuatro capítulos. Desde el punto de vista de este trabajo, nos interesa el capítulo segundo que se dedica a enriquecimientos impuestos, es decir, a los enriquecimientos que recibe el demandado a través de un acto (más o menos) voluntario del demandante y que el primero no había solicitado⁸⁵. El capítulo se titula, así, *Intervención no solicitada (Unrequested Intervention)* y contiene tres secciones: (a) Intervención en caso de emergencia; (b) cumplimiento realizado a un tercero (esta sección incluye los pagos hechos por codeudores solidarios, entre otros) y (c) intervenciones realizadas en propio interés.

La primera de esas secciones contiene un grupo de casos entre los que aparecerá nuestro pago de tercero. En las dos restantes se

⁸³ A pesar de su fracaso, se sigue hablando de ese *segundo Restatement* y se le ha dado el nombre de *tercero* al último *Restatement*, aprobado en 2011. Sobre esto, se puede encontrar más información en D. RENDLEMAN, «Restating Restitution: The Restatement Process and Its Critics», *Washington and Lee Law Review*, 65.3, 2008, pp. 933-944.

⁸⁴ En el Comentario a) se puede ver (p. 16 del vol. 1) que el *Restatement (3d)*, es más bien contrario al uso del término *officious*, como se puede comprobar en otros lugares; por ejemplo, en la p. 384 del *Restatement (3d)*, I.

⁸⁵ El primer capítulo se dedica a prestaciones que deben ser restituidas por algún defecto referido al transmitente (casos vicios de la voluntad o de falta de capacidad, por ejemplo); el tercer capítulo se dedica al papel del enriquecimiento/restitución en los contratos; y el cuarto, a los enriquecimientos obtenidos mediante actuación ilícita. Véanse las observaciones generales sobre esta estructura en pp. 45 y 285 del *Restatement*, vol. 1. Insisto en que la manera de ordenar esta materia es similar en la obra clásica de PALMER, II, como se puede comprobar en p. 358. Los casos tratados –el campo de aplicación– son similares en la obra más antigua de WOODWARD, *Quasi Contracts*, Boston, 1913, si bien la estructura es algo distinta y más compleja.

contienen algunos casos que entre nosotros llamaríamos casos de pago de *tercero interesado*, con algún matiz que se debe probablemente al deseo de trazar categorías de uso razonable para el *common law* estadounidense. Vayamos por partes.

A) LAS LLAMADAS INTERVENCIONES EN CASO DE EMERGENCIA

Como sabemos, el punto de partida de toda esta regulación es el de que la intervención sobre la esfera de otro ha de estar justificada por un contrato o una posterior ratificación. Fuera de esos dos casos, sólo en circunstancias excepcionales puede entenderse que está justificada la intervención en esfera ajena. En concreto, se considera que cabe la intervención cuando pelagra la vida y la salud (§ 20), cuando peligran los bienes propiedad del demandado (§ 21) o cuando se trata del cumplimiento de un deber ajeno (§ 22). En este último supuesto es donde hay que encuadrar el pago de un tercero.

En esta forma de razonar pasa a primer plano saber si la intervención del tercero –en nuestro caso, pagando la deuda– está o no justificada. La pregunta sobre la justificación del pago de un tercero se plantea así de manera similar a la pregunta de si se puede intervenir para salvar la vida o salvar/mejorar la propiedad ajena⁸⁶. De esta forma, en el *Restatement (3d)* se destacan cuestiones relevantes en esta materia, como la de hasta qué punto estaba justificado intervenir en ausencia de un contrato; la de hasta qué punto cabe obligar al demandado a hacer frente al gasto que supone atender a la reclamación del demandante; la de hasta qué punto habría enriquecimiento injusto si no se diera restitución y, finalmente, la de hasta qué punto existe un interés social en incentivar intervenciones como la del tercero⁸⁷.

Desde un punto de vista comparado, cabe señalar que estas consideraciones son claramente pertinentes para el conjunto de casos para el que han sido pensadas (enriquecimientos impuestos), pero que el pago de tercero no acaba de encajar en ellas con suavidad. Como explicaremos más abajo, hay autores estadounidenses que destacan esas diferencias del caso del pago de tercero y proponen un reconocimiento específico de la figura.

⁸⁶ La idea también está en PALMER, II, p. 361. Recordemos el tratamiento restrictivo de la intervención del *buen samaritano* en *common law*. Para esto, W. Page Keeton (ed.), *Prosser and Keeton on Torts*, 5.^a ed. 1984, St. Paul, Minn. pp. 373 y ss.

⁸⁷ *Restatement*, vol. 1, p. 285. En la obra más antigua de WOODWARD (p. 312), el requisito de la injusticia del enriquecimiento se pone en relación –en este contexto– con la idea de la prestación realizada con ánimo liberal.

El § 22, que es el texto más importante para nosotros en este *Restatement*, lleva por título *Cumplimiento del deber de otro* y contiene tres apartados⁸⁸:

«1. Quien cumple el deber de otro hacia un tercero o hacia la colectividad tiene derecho a la restitución contra ese otro en la medida en que sea necesario para evitar el enriquecimiento injusto, si las circunstancias justifican la decisión de intervenir sin haber sido autorizado.

2. La decisión de intervenir se puede justificar en las siguientes circunstancias:

a) El demandante puede estar justificado al pagar la deuda pecuniaria de otro, si el cambio de la obligación original por la obligación derivada de la restitución no supone perjuicio para el deudor.

b) El demandante puede estar justificado al cumplir la obligación de otro de proporcionar alimentos a un tercero, para evitar un daño inminente a los intereses de ese tercero.

c) El demandante puede estar justificado al cumplir el deber de otro hacia la colectividad, si ese cumplimiento viene urgentemente exigido para la protección de la salud pública, la seguridad y el bienestar general.

3. No hay enriquecimiento injusto y no se podrá reclamar en restitución conforme a las reglas de los apartados anteriores a menos que la intervención del demandante haya liberado al demandado de una obligación efectiva.»

Los comentarios de los redactores del ALI a este § 22 explican los factores que son específicamente relevantes para saber cuándo puede estar justificado intervenir cumpliendo un deber ajeno⁸⁹.

⁸⁸ La versión original en inglés de ese texto es como sigue: «§ 22. Performance of Another's Duty.

1. A person who performs another's duty to a third person or to the public is entitled to restitution from the other as necessary to prevent unjust enrichment, if the circumstances justify the decision to intervene without request.

2. Unrequested intervention may be justified in the following circumstances:

(a) the claimant may be justified in paying another's money debt if there is no prejudice to the obligor in substituting a liability in restitution for the original obligation

(b) the claimant may be justified in performing another's duty to furnish necessities to a third person, to avoid imminent harm to the interests of the third person; and

(c) the claimant may be justified in performing another's duty to the public, if performance is urgently required for the protection of public health, safety, or general welfare.

3. There is no unjust enrichment and no claim in restitution by the rule of this section except insofar as the claimant's intervention has relieved the defendant of an otherwise enforceable obligation.»

⁸⁹ *Restatement* vol. 1, p. 310

Desde un punto de vista comparado, como se insistirá más adelante, es curioso observar cómo el planteamiento de esos factores parece el propio de la interpretación de cláusulas generales. En concreto se mencionan los siguientes:

- Las circunstancias deben mostrar que había alguna dificultad para requerir el previo acuerdo del demandado.
- Debe haber algún grado de urgencia en la intervención del demandante.
- El demandante debe de ser una persona adecuada para intervenir. Al hilo de este requisito se menciona la política que generalmente mantiene el *common law* en contra de los que intervienen oficiosamente en asuntos ajenos⁹⁰.

Respecto del remedio reconocido en el citado § 22, el Comentario e) que hacen los redactores del ALI deja claro que el demandado no puede quedar en peor posición que la que tenía respecto del deber que el tercero ha cumplido, a menos de que estemos ante un incumplimiento de un deber de alimentos o de un deber de interés público, en los que el remedio no se determina por el enriquecimiento experimentado por el demandado, sino por lo razonablemente gastado en la ejecución del deber que pesaba sobre el demandado⁹¹. Esta solución distinta –que recuerda planteamientos propios de la figura romana de la gestión de negocios sin mandato– se justifica aludiendo a la responsabilidad del demandado en el incumplimiento de su deber.

Respecto del concreto caso del pago de un tercero, el Comentario f) del § 22 señala que la posición tradicional al respecto es permitir la reclamación del *solvens* sólo en caso de alimentos (*necessaries*) prestados por el tercero, como hemos visto que ocurría en principio en el primer *Restatement* sobre la materia, pero que el nuevo texto omite esta limitación. A continuación se destaca que, sin embargo, el nuevo texto contiene requisitos quizá mayores al tradicional que acabo de destacar, como puede ser la necesidad de que la intervención esté justificada desde el punto de vista de los criterios que ya hemos señalado y el límite de que la intervención perjudique al demandado⁹².

⁹⁰ Lo hace igualmente PALMER, II, p. 359. Estos sujetos son llamados *intermeddler*, o *volunteers*. Es interesante destacar que el «volunteer» no está claro en la tradición del *common law* si es el que interviene con ánimo de donar o si es el sujeto al que se le priva de acción, con lo que la idea continental de que se presume que quiso donar queda al alcance de la mano. Se llega a decir, incluso, que *volunteer* es una fórmula corta que significa sólo que no tiene acción. Sobre esto HOPE y PALMER, II, p. 360.

⁹¹ *Restatement*, vol. 1, p. 311

⁹² *Restatement*, vol. 1, p. 312

Se puede destacar también que, según se explica en el Comentario d) al § 22 del *Restatement*, el cumplimiento del deber ajeno hecho con ánimo liberal no da lugar a una reclamación⁹³. Sobre esto no se hace más comentario ni se insiste más. Esto deja ver que –desde el punto de vista del *Law of Restitution*– el problema no es tanto el enriquecimiento impuesto, sino la existencia o no de una acción para revertirlo⁹⁴.

Desde el punto de vista comparado, cabe señalar la escasa importancia que se da al pago de un tercero en el *Restatement (3d)*, para el cual los casos de pago de un tercero parecen querer circunscribirse a problemas de limitada importancia económica y que surgen en las relaciones entre familiares⁹⁵. En ese ámbito parece que será estadísticamente más frecuente el deseo del *solvens* de beneficiar al deudor.

B) EL LLAMADO CUMPLIMIENTO REALIZADO A UNA TERCERA PERSONA

La segunda sección del capítulo segundo del *Restatement (3d)* lleva por título Cumplimiento realizado a una tercera persona (§§ 23 a 25) y en ella se trata el pago de una obligación solidaria, el pago de una obligación independiente que da lugar a la subrogación (típicamente, situaciones parecidas a las que plantea la existencia de una garantía) y el cumplimiento en virtud de contrato realizado con una tercera persona. Esta sección, de contenido no fácilmente identificable para el civilista continental, agrupa un conjunto de casos en los que sí se reconoce generalmente el remedio restitutorio porque el demandante, al cumplir una obligación propia, ha extinguido también una obligación que pesaba sobre el demandado⁹⁶.

El *Restatement (3d)*, que se dedica a cuestiones de enriquecimiento injusto, se queda satisfecho con la afirmación de este remedio restitutorio claro para los casos que regula, sin que se detenga a explicar cómo se produce el efecto extintivo sobre la obligación pagada. En el Comentario c) los redactores del ALI sí explican que el beneficio obtenido por el codeudor a resultas del pago realizado por el *solvens* que pagó la deuda común no es un beneficio que el primero pueda rechazar libremente, por lo que su obligación de

⁹³ *Restatement*, vol. 1, p. 311.

⁹⁴ Cfr. PALMER, II, p. 360.

⁹⁵ *Restatement*, vol. 1, pp. 310 y 312, donde se insiste en relatar casos de pagos realizados por sobrinos a favor de sus tíos o pagos entre padres e hijos.

⁹⁶ Así se justifica la sección en la Nota introductoria que colocan los redactores del *Restatement (3d)*, I, en p. 327.

restituir no requiere su consentimiento previo⁹⁷. Como se ve, la idea subyacente es aquí algo más complicada, pero también está en conexión con la idea de excluir los enriquecimientos impuestos: el codeudor demandado por el *solvens* no puede rechazar el beneficio que éste le ha conferido y eso justifica su obligación de pago; el *solvens*/demandante, por su lado, no interviene de manera officiosa, sino que lo hace forzado por el peso de su propia obligación.

C) LA INTERVENCIÓN REALIZADA EN INTERÉS DEL TERCERO

La última sección del capítulo segundo del *Restatement (3d)* se dedica a la intervención realizada por un tercero en su propio interés. El *Restatement (3d)* distingue así los casos en que el demandante es un obligado a intervenir, que se trata en la sección que acabamos de presentar en el párrafo anterior, y los casos en que dicho demandante interviene en su propio interés. Lo que nos interesa ahora es comprobar que no se duda de la legitimación de este tercero para pagar, que tampoco es ésa una cuestión que preocupe mucho y, por otro lado, que se supone que el acreedor acepta el pago. Son casos que recuerdan a lo que entre nosotros llamamos pago de un tercero *interesado*. En esta materia, hay muchos más puntos de contacto entre nuestra experiencia y la del *common law*, independientemente de que la concreta categoría englobe a unos u otros supuestos de pago de un tercero interesado.

El *Restatement (3d)*, en concreto, regula en esta sección tercera (§§ 26 a 30) la intervención por parte de un copropietario en beneficio de la cosa común; los gastos realizados en una cosa por quien esperaba adquirir un derecho sobre ella; las mejoras sobre los bienes de un integrante de una pareja no casada realizados por el otro; los beneficios obtenidos a través de un fondo común; y finalmente una regla de cierre sobre intervenciones no solicitadas en la que, a pesar de que se formula cautelosamente para no contradecir las reglas anteriores de todo el capítulo, a veces se tiene la impresión de que supone dejar una puerta abierta a que toda la materia sea entendida justamente del revés⁹⁸.

⁹⁷ El Comentario *c*) está en p. 332 del *Restatement (3d)*, I.

⁹⁸ Ese § 30 del *Restatement (3d)* dice así: «§ 30. Unrequested Intervention: Residual Rule. (1) Restitution for benefits secured to the recipient by the claimant's unrequested intervention is available in the cases described by 20-29. (2) Outside the scope of the foregoing sections, a claimant whose unrequested but justifiable intervention confers a benefit on the recipient may be entitled to restitution as necessary to prevent unjust enrichment. There is unjust enrichment in such cases only to the extent that: (a) liability in restitution replaces a money obligation or spares the recipient a necessary expense; (b) the recipient obtains a benefit in money; or (c) relief may be granted to the claimant by specific restitution.»

4.2 Las soluciones en los Restatements sobre contratos: un recorrido por diversas figuras

En el epígrafe anterior hemos visto las soluciones que se ofrecen desde el *Law of Restitution* estadounidense a los problemas de establecer los efectos de un pago de tercero en las relaciones entre el deudor y el *solvens*. Nos preguntamos ahora por las relaciones entre el acreedor y el *solvens*. Se trata de una cuestión que en el Derecho civil continental se resume en una sola idea: la del efecto extintivo del pago de un tercero. Como en EE. UU. no se admite ese efecto extintivo con tanta amplitud como en los sistemas de tradición romana, las cosas son más complicadas pero, al menos, sí se puede reconstruir un sistema dogmáticamente más elaborado que el que hemos visto en el *common law* inglés. En esto, es de gran ayuda el carácter más sistemático que en EE. UU. —quizá más necesitado de instrumentos de unificación— tienen los diversos *Restatements*.

Como digo, el recorrido que se inicia en el epígrafe siguiente es más sencillo de hacer con los materiales estadounidenses que con los británicos. En los libros que se utilizan en Inglaterra, las cuestiones que sí aparecen en los EE. UU., aunque sea de manera algo deslavazada, no se tratan bajo un punto de vista ni remotamente unitario. Así, en Inglaterra es infrecuente analizar qué ocurre si la oferta de cumplimiento la realiza un tercero o qué ocurre con una dación en pago realizada por un tercero que, como vamos a ver, son los caminos por los que ha avanzado el pago del tercero en la doctrina y los *Restatements* estadounidenses⁹⁹. Todo lo más, en los libros británicos más conocidos lo único que se trata es la cuestión del uso por el deudor de auxiliares en el cumplimiento (*vicarious*

⁹⁹ En Inglaterra, la visión más avanzada en esta materia está en G. TREITEL, *The Law of Contract*, 12 ed. preparada por E. Peel, Londres, 2007, quizá por su evidente conocimiento de los planteamientos de la tradición romana. Se puede ver el tratamiento que hace este autor (pp. 809-810) sobre la cuestión del pago de un tercero al hilo de sus explicaciones sobre el uso de auxiliares por el deudor y en la manera en que vincula la cuestión con el contrato en favor de tercero (p. 614) y con la cuestión del pago parcial realizado por tercero (p. 643). La visión más extendida y menos atenta a los problemas que plantea partir de la admisibilidad del pago de un tercero se puede ver en J. SALMOND y P. H. WINFIELD, *Principles of the Law of Contract*, Londres, 1927, p. 328 (dación en pago); ANSON, *Law of Contract*, 28 ed., preparada por J. Beatson, Oxford, 2002, pp. 499 (cumplimiento), 508 (oferta de pago), 517 (dación en pago); M. FURMSTONE, *Law of Contracts*, 15 ed. Oxford, 2007, pp. 664 y ss. (auxiliares del deudor), 705-6 (oferta de pago), 672 y ss. (cumplimiento), 718 (pago parcial); N. ANDREWS, *Contract Law*, Cambridge, 2011, pp. 226 (auxiliares del deudor), 475 (cumplimiento/incumplimiento). La visión también ciega al pago de un tercero está en la muy relevante obra colectiva H. Beale (ed.), *Chitty On contracts*, I, 13 ed. Londres, 2008, donde A. S. BURROWS no dice nada al tratar el cumplimiento por medio de auxiliares (p. 1364), y E. G. MCKENDRICK, se limita a dar (en pp. 1425-1426) las reglas más conocidas sobre esta misma cuestión; las ideas están de nuevo más claras en la aportación de TREITEL a esa obra colectiva al estudiar (en p. 335) el problema de los pagos parciales por tercero.

performance), que probablemente es el problema fundamental que plantea la intervención de los terceros vista desde la perspectiva contractual¹⁰⁰.

Esa tarea de reconstruir la respuesta del sistema estadounidense a la cuestión de las relaciones entre el acreedor y el *solvens* no es evidente para el civilista continental y tampoco está claro que sea un camino que haya recorrido abiertamente algún *common lawyer* con anterioridad.

4.2.1 Dación en pago (*accord and satisfaction*) hecha por tercero

Desde el punto de vista continental, creo que la mejor manera de reconstruir el recorrido necesario para hacerse una idea de cómo se trata en *common law* estadounidense el pago de un tercero desde el punto de vista de su efecto extintivo puede arrancar de la observación de que en ese sistema, al igual que lo que ocurría inicialmente en Derecho romano, la obligación se veía como un vínculo personal entre acreedor y deudor¹⁰¹. Por ello, los créditos (*choses in action*) no se podían inicialmente ceder y, por lo mismo, el pago tenía que ser realizado personalmente por el deudor o, todo lo más, por su representante o auxiliar¹⁰². Así, se ha dicho que «sólo las partes pueden ejercitar los derechos o *realizar el cumplimiento* de los deberes contractuales»¹⁰³. Este último inciso destacado en cursiva resulta novedoso para los civilistas continentales actuales.

De hecho, no poder modificar los sujetos de la obligación era entonces lo normal; como insistiremos luego, en realidad no había ningún elemento de la obligación que fuera fácilmente modificable y esa rigidez, que se encauza ahora a través de la exigencia de la

¹⁰⁰ Aunque también se llama a esta figura *assignment of liabilities*, la doctrina actual unánimemente señala el error de esta terminología, puesto que no hay ninguna responsabilidad que resulte cedida cuando un deudor recurre a auxiliares para cumplir, lo que les hace preferir el término *delegation of performance*. Por todos, TREITEL, p. 747. La misma observación en EE. UU., por todos, en A. L. CORBIN, *On contracts*, IV, Charlottesville (Vir.), 1951, p. 452 y J. H. JACKSON y L. C. BOLLINGER, *Contract Law in Modern Society*, St. Paul (Minn.), 1980, p. 619.

¹⁰¹ Como se puede ver en S. WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, I, Nueva York, 1920, p. 753, incluyendo la referencia al Derecho romano.

¹⁰² La idea de que los créditos no eran cedibles está en J. D. CALAMARI y J. M. PERRILLO, *The Law of Contracts*, 4.ª ed. St. Paul, Minn, 1998, p. 671 y en otros muchos autores. Es significativa la opinión del redactor del *Restatement (2d) Contracts*, expresada en la Nota introductoria al Capítulo 15 (Cesión de créditos y delegación; §§ 316 y ss.), según la cual el Derecho actual, a pesar de que está claro que los créditos ya son cedibles, todavía refleja en el lenguaje ese pasado en el que los créditos no se podían ceder. La referencia que se da sobre esta materia es HOLDSWORTH, «The History of the Treatment of Choses in Action by the Common Law», 33 *Harv. L. Rev.* 997 (1920).

¹⁰³ J. GOLD, «Accord and Satisfaction by a Third Party», 19 *Can. Bar. Rev.* 1941, 165, p. 171. Las cursivas son mías.

consideration, sigue causando problemas y explicando algunas peculiaridades de las soluciones angloamericanas actuales.

La obligación concebida como un vínculo personal tenía que ser, pues, cumplida personalmente por el deudor. En esas circunstancias, es lógico entender que el pago realizado por un tercero y admitido por el acreedor no sea exactamente un cumplimiento de la obligación, sino que sea algo distinto. En concreto, que sea un ejemplo de *accord and satisfaction* (también llamada, como veremos más abajo, *substituted performance*), es decir, como un ejemplo de lo que entre nosotros llamaríamos una *dación en pago*.

Esta concepción del pago de tercero como auténtica dación en pago creo que se puede ver claramente en las palabras de Williston, cuando dice que, «incluso si el tercero paga en dinero exactamente la cantidad debida, en sentido estricto solo podrá haber una dación en pago (*accord and satisfaction*), puesto que, como el pago realizado por A es cosa distinta al pago realizado por B, la obligación no habrá sido cumplida de acuerdo con su tenor literal»¹⁰⁴. Por su lado, GOLD señala agudamente que, de esta manera, el interés del acreedor no está tan protegido en el *common law* como lo está en los sistemas del Derecho civil¹⁰⁵.

En efecto, en Derecho civil podemos considerar como cumplimiento de la obligación el pago de un tercero porque previamente ha quedado establecido que, desde el punto de vista del requisito subjetivo de regularidad del pago, el papel de *solvens* puede ser desempeñado por cualquiera (que conscientemente quiera pagar la deuda de otro). En cambio, si no se admite esa regla de amplia legitimación para pagar, el cumplimiento exacto de la prestación es únicamente el que realiza el deudor y, todo lo más, su representante o auxiliar (cuando sea posible recurrir a ellos; recuérdese la regla para las obligaciones *intuitu personae* que nuestro Código Civil recoge en el artículo 1161 y que es bien conocida en el Derecho comparado). Desde este punto de vista, el pago de un tercero aceptado por el acreedor es, como digo, lo que entre nosotros se llama una dación en pago.

Según Corbin, *accord and satisfaction* puede definirse como liberación que se obtiene mediante la realización de un cumplimiento distinto del que era reclamado como debido y que es aceptado por el acreedor como completa satisfacción de su derecho¹⁰⁶.

¹⁰⁴ S. WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, III, Nueva York, 1920, p. 3182. Las mismas ideas, también enfáticamente expuestas, en GOLD, p. 166. La idea de que el pago tiene que ser personal del deudor (o su auxiliar, como mucho) está presente, lógicamente, en la doctrina británica. Se puede ver, por todos, FURMSTONE, pp. 665-666.

¹⁰⁵ GOLD, p. 171.

¹⁰⁶ CORBIN IV, p. 1041. Explica este autor (pp. 1025 y 1042) que, si previamente se ha pactado que se realizará una prestación distinta, estaremos ante lo que se llama *executory accord* que, cuando se cumpla efectivamente, dará lugar a un *accord and satisfaction*.

A nosotros lo que nos interesa es el tratamiento que se da a los casos en que ese *accord and satisfaction* es ofrecido por un tercero.

Sobre esto, se ha dicho que hubo una gran polémica sobre si esa dación realizada por tercero con el consentimiento del acreedor extinguía o no la obligación¹⁰⁷. Finalmente, en EE. UU. se fue estimando que sí, que la obligación quedaba extinguida si el acreedor aceptaba la prestación del tercero y que esto era así con independencia de que el deudor hubiera conocido o no la intención del tercero de realizar esa prestación¹⁰⁸. Lo expresa muy gráficamente una sentencia de 1890 diciendo: «Si la deuda dineraria (*debt*) es totalmente pagada, parece que el más simple sentido común llegaría a la consecuencia de que la obligación se ha extinguido y que ya no existe como contrato vinculante. ¿Qué le importa al acreedor quién le paga la deuda, especialmente cuando él mismo ha aceptado el pago hecho para la satisfacción de esa deuda?»¹⁰⁹.

Se admite, pues, que la intervención del tercero aceptada por el acreedor produce que el deudor quede liberado. Si luego el deudor es demandado por el acreedor, podrá alegar el *accord and satisfaction* para paralizar la demanda pero, si no lo alega (por ejemplo, por ignorarlo), se verá forzado a pagar nuevamente al acreedor a pesar de que se considera que —en realidad, no se explica bien cómo— «su liberación se había producido ya antes»¹¹⁰.

Los efectos de esta dación en pago ofrecida por el tercero y aceptada por el acreedor no se explican con detalle en la doctrina estadounidense. Por ejemplo, Gold señala que los tribunales no se

De todas formas, no es necesario pasar por un previo *executory accord*, sino que el deudor puede directamente ofrecer una prestación distinta y el acreedor aceptarla, dando lugar así a un puro *accord and satisfaction*. Información algo más amplia sobre el asunto, en A. L. CORBIN, *On contracts*, VI, Charlottesville (Vir.), 1962. En sentido similar, L. P. SIMPSON, *Handbook of the Law of Contracts*, St. Paul (Minn.), p. 567 y CALAMARI y PERRILLO, p. 801. Para el concepto de liberación (*discharge*) y más información sobre figuras que entre nosotros llamaríamos *subrogados del cumplimiento*, se puede ver CORBIN IV, pp. 978 y 981 y WILLISTON, III, p. 3105-3106. CORBIN, IV, explica en pp. 1027-1028 que si el acuerdo no produce la liberación por medio del cumplimiento futuro de una prestación distinta (es decir, no produce el efecto propio del *executory accord*), sino que produce inmediatamente el efecto de liberar la obligación original estaremos ante un *substituted contract*. Hay información sobre las diferencias entre esta figura y el *accord and satisfaction* en CORBIN, IV, p. 1063.

¹⁰⁷ Como explica GOLD, p. 165, diciendo que incluso en la actualidad hay cuestiones que no tienen solución unívoca. Sobre esto, ampliamente, WILLISTON (2003), pp. 166-168.

¹⁰⁸ WILLISTON, III, p. 3182, donde aclara también que hubo estados, como Nueva York, que siguió fiel a la postura tradicional inglesa.

¹⁰⁹ Se trata de *Gray v. Herman*, 75 Wis. 453, 44 NW 248 (1890), citado por WILLISTON (2003-XXIX), p. 164.

¹¹⁰ CORBIN, IV, p. 1054 y, más ampliamente, CORBIN (1962), pp. 152-154. El fenómeno puede recordar, entre nosotros, al llamado *pago al acreedor aparente* (cfr. art. 1164 CC). Si se quiere ver qué distintas formas de liberación distintas al cumplimiento se conocen en *common law* estadounidense, se puede consultar WILLISTON, III, pp. 3105-3106.

preocupan mucho en aclarar cómo se produce la extinción de la deuda, sino que adoptan la solución que la implica sin dar más explicaciones¹¹¹. Por su lado, Thurston, menciona de pasada que el pago de un tercero se suele ver como satisfacción de la deuda que impide al acreedor reclamar por segunda vez al deudor, pero se queda ahí y no da más explicaciones¹¹². Finalmente, y hablando más en general, Hope ha destacado que el efecto extintivo del pago de la deuda ajena es cuestión de escasa importancia práctica¹¹³.

La pregunta de qué ocurre en las relaciones entre el deudor y el tercero tras el acuerdo solutorio alcanzado entre el tercero y el acreedor tampoco se responde con mucha claridad en la doctrina estadounidense¹¹⁴. Lo que se dice es que, en estos casos de *accord and satisfaction* realizados por tercero, el deudor es, en principio, el *donatario* de la transacción y que, si la rechaza, eliminará la posibilidad de que el tercero se dirija contra él exigiéndole restitución¹¹⁵. Sin embargo, se reconoce que, si el deudor se apoya en la intervención del tercero, puede hablarse en cierta forma de ratificación, «con lo que se mantiene la apariencia de que no hay liberación (del deudor) sin autorización o ratificación del deudor», dice Corbin¹¹⁶. De hecho, esa especie de ratificación era apreciada con gran laxitud por los tribunales, dispuestos a admitirla por pequeña que fuera la base ofrecida por el caso en cuestión y dándola por supuesta si el deudor hacía uso como defensa del *accord and satisfaction*¹¹⁷.

Al hilo de lo anterior se puede recoger la explicación de que el *accord and satisfaction* realizado por el tercero y el acreedor puede ser revocado por éstos en cualquier momento, si antes no ha mediado la ratificación del deudor¹¹⁸. El deudor puede, incluso, empezar

¹¹¹ GOLD p. 172 n 113; en p. 198 insiste en la idea. El efecto extintivo sí está algo más claramente previsto en el § 278 del *Restatement (2d) Contracts*, como se explica más adelante.

¹¹² E. S. THURSTON, «Recent Developments in Restitution» 45 *Mich. L. Rev.* 935 1946-1947, pp. 943-944.

¹¹³ Véase, HOPE, p. 112 n 14.

¹¹⁴ El carácter fragmentario de la solución que ofrece el *common law* creo que queda claro cuando WILLISTON, III, p. 3185, advierte que, aunque se entienda que la obligación del deudor no se ha extinguido, puede ser de aplicación algún remedio basado en la equidad.

¹¹⁵ CORBIN, IV, p. 1054 y CORBIN (1962), p. 153, quien parece apuntar a que estamos ante un contrato en favor de otro. Este autor también se preocupa en señalar, en total coherencia con lo que luego se explicará sobre los argumentos relativos a la cesión del crédito, que esa negativa del deudor no evitará que el tercero se dirija contra él en caso de cesión del crédito o de subrogación. La misma idea sobre el donatario, que está muy extendida, en R. E. SCOTT y J. S. KRAUS, *Contract Law and Theory*, 4.ª ed. Lexis-Nexis: Newark (NJ), 2007, p. 1009.

¹¹⁶ CORBIN (1962), p. 154.

¹¹⁷ WILLISTON, III, p. 3185. También GOLD, p. 166, señala que estos problemas que planteaba el *accord and satisfaction* realizado por un tercero se han solucionado recurriendo a las reglas del mandato (*agency*).

¹¹⁸ WILLISTON, III, p. 3185.

rechazando la transacción y luego aceptarla, con tal de que lo haga antes de que acreedor y tercero la revoquen¹¹⁹. Como se ve, esta pieza que se pone ahora sobre la mesa deja ver que en esta materia la figura que está al alcance de la mano es la figura del llamado *contrato en beneficio de tercero* (como se ve, aquí el *tercero* es, ahora, el deudor) o *contrato en beneficio de otro*. Aunque esta última denominación es menos frecuente en nuestro sistema, en esta materia del pago de tercero va a ser útil recurrir a ella para evitar las complicaciones derivadas de los juegos de palabras entre *tercero/solvens* y *tercero/deudor*.

En efecto, la cercanía en esta materia del contrato en beneficio de otro se puede apreciar también atendiendo al dato de que una de las hipótesis que se suelen plantear en la doctrina estadounidense es, precisamente, el del deudor que es donatario/beneficiario de la transacción hecha entre tercero y acreedor¹²⁰. Esto hace que el sistema estadounidense, que es más favorable a admitir ese contrato en beneficio de otro, aceptara más fácilmente que al *common law* británico el *accord and satisfaction* hecho por un tercero¹²¹.

En todo esto del *accord and satisfaction*, merece la pena tener en cuenta también que, a causa del requisito de que los acuerdos estén basados en una *consideration*, el *common law* presenta rigideces a la hora de modificar los acuerdos preexistentes. Por eso, los pagos parciales que el acreedor acepta como satisfacción total dan lugar a problemas y sólo se admiten con restricciones. Lógicamente, si esto es así para los pagos parciales hechos por el deudor (o su representante), el problema ha de trasladarse también a los casos en que es un tercero ajeno el que ofrece cumplir con una cantidad menor¹²².

Como no podía ser de otra manera, en el *Restatement (2d) Contracts* se recoge toda esta tradición que se acaba de describir en los párrafos anteriores sobre la figura del *accord and satisfaction*. Es

¹¹⁹ GOLD p. 182.

¹²⁰ Como se puede ver en SCOTT y KRAUS, p. 1009. Véase también el § 302 del *Restatement (2d) Contracts*.

¹²¹ Como señala GOLD, p. 172. En p. 182 explica este autor que lo que se ofrece al deudor es, efectivamente, aceptar un contrato en beneficio suyo que han hecho el acreedor y el tercero. En el mismo sentido también, p. 188.

¹²² Para esto, CORBIN, IV, pp. 1048 y ss y 1055 y CORBIN (1962), p. 157. Esta rigidez dio lugar a que los antiguos casos ingleses en ocasiones no permitieran al deudor que esgrimiera ante el acreedor el *accord and satisfaction* realizado por un tercero. Para esto WILLISTON, III, p. 3182 y GOLD, p. 199. Todas estas rigideces quedan de manifiesto en el hecho de que A. FARNSWORTH, *Contracts*, 2.^a ed. Boston, 1990, pp. 295 y ss. estudia todas estas cuestiones en relación con la *consideration* como instrumento para controlar el acuerdo/consentimiento. Según FARNSWORTH, p. 297, sin embargo, el pago parcial hecho por un tercero y admitido por el acreedor como satisfacción total sí es admisible y está soportado por *consideration*. Esta opinión está también recogida ahora en el Comentario c/ al 278 del *Restatement (2d) Contracts*.

cierto que el *Restatement (2d)* emplea una denominación algo distinta a la que hemos visto hasta ahora, pero veremos rápidamente que el régimen jurídico es similar.

El *Restatement (2d)* empieza la explicación de esta materia hablando del llamado *cumplimiento sustitutorio* (*substituted performance*). Este tipo de cumplimiento aparece como la primera de una serie de figuras que, en la doctrina italiana, Nicolò llamaba *cumplimiento indirecto de tercero*¹²³. Se trata de un grupo de figuras entre las que es frecuente encontrar diferencias entre los autores que, por otro lado, siempre se ocupan de trazar las diferencias entre unas y otras¹²⁴. Sea como sea, el § 278 del *Restatement (2d)* es el que regula ese cumplimiento sustitutorio. Para ello establece que¹²⁵:

1) Si el acreedor acepta en satisfacción del deber del deudor una prestación ofrecida por éste que difiere de lo debido, ese deber se extingue.

2) Si el acreedor acepta en satisfacción del deber del deudor una prestación ofrecida por una tercera persona, el deber se extingue, pero si el deudor no había consentido previamente la prestación realizada por el tercero en su beneficio puede, en un plazo razonable desde que tuvo conocimiento, hacer la liberación ineficaz retroactivamente mediante una declaración de rechazo al efecto.

Como se ve, las diferencias con la figura que Williston llama *accord and satisfaction*, desde nuestro punto de vista, no son tantas y la similitud con nuestra dación en pago sigue siendo evidente. Desde

¹²³ En la *Nota introductoria* que se coloca en la sección segunda del Capítulo 12 del *Restatement (2d) Contracts*, se explica que una deuda puede ser liberada por la aceptación por parte del acreedor de una prestación o de una promesa que sustituya el cumplimiento (exacto) de esa deuda. Esto puede ocurrir de diversas formas. La nota menciona (a) el cumplimiento sustitutorio (*substituted performance*) del que se habla en el texto a continuación; (b) la aceptación por el acreedor de una promesa de cumplimiento sustitutivo como forma de producir desde luego la extinción de la deuda (*substituted contracts*), con la peculiaridad de que, si uno de esos contratos sustitutivos operan el cambio de la persona del deudor o del acreedor, se tratará de una *novation*; (c) El acreedor puede vincularse por medio de contrato a aceptar el cumplimiento sustitutorio en el futuro como satisfacción de la deuda, siendo esta figura la que se denomina *accord and satisfaction* en el *Restatement* (aquí la prestación original se sigue debiendo, hasta la ejecución del *accord*); (d) Acreedor y deudor pueden, mediante la figura llamada *account stated*, admitir las deudas pero sin que eso suponga de inmediato su extinción.

¹²⁴ Se puede ver, por ejemplo, CALAMARI y PERRILLO, pp. 800 y ss. También hemos citado ya, en ese sentido a CORBIN, IV, pp. 1025-1028 y 1042.

¹²⁵ Ese § 278 dice literalmente: «(1) If an obligee accepts in satisfaction of the obligor's duty a performance offered by the obligor that differs from what is due, the duty is discharged. (2) If an obligee accepts in satisfaction of the obligor's duty a performance offered by a third person, the duty is discharged, but an obligor who has not previously assented to the performance for his benefit may in a reasonable time after learning of it render the discharge inoperative from the beginning by disclaimer».

el punto de vista del pago de la deuda ajena las cosas son igualmente similares a las que hemos descrito hasta ahora con la ayuda de los diversos autores. Esto se puede ver en el Comentario b) que hace los redactores del ALI a ese § 278 del *Restatement (2d)*.

Ese Comentario b) explica que el acreedor sólo está obligado a aceptar la prestación (igual a la debida o no) que un tercero ofrece como satisfacción completa o parcial de la deuda, si ese tercero actúa en nombre del deudor. Si el tercero no actúa en nombre del deudor, pero el acreedor prefiere aceptar la prestación que le ofrece, sigue el Comentario, el deudor se libera conforme a los términos de la oferta del tercero. El Comentario b) explica que esa transacción es tenida por un contrato a favor del deudor y, de hecho, se remite al § 306, que está en el capítulo dedicado al *contrato en beneficio de tercero*. El deudor, como cualquier otro beneficiario de un contrato a su favor, puede rechazar el beneficio de la prestación realizada por el *solvens*¹²⁶. En este caso, concluye el comentario, «se priva del efecto extintivo a la operación realizada», sin explicar nada más.

4.2.2 La llamada *novation*

De forma paralela a lo que ocurre con el *accord and satisfaction* que acabamos de ver, en EE. UU. está admitido que el acreedor puede pactar la sustitución del deudor por un tercero a través de la llamada *novation* sin tener que contar para ello con el permiso del deudor¹²⁷. El tratamiento que se da al fenómeno también es similar al descrito en el epígrafe anterior. En efecto, se considera que el deudor es el donatario/beneficiario de la operación de *novation* que han realizado el acreedor y el tercero¹²⁸. En el fenómeno se vuelven a utilizar, pues, los esquemas del contrato en favor de otro.

Corbin destaca que esta figura de la *novation* funciona de manera similar a como funciona el pago realizado por tercero y aceptado por el acreedor: el deudor queda liberado y es considerado donatario/beneficiario de la operación¹²⁹.

La misma visión de esta materia que se encuentra en la doctrina se contiene también en la regulación que se hace en el § 280 del *Restatement (2d)*. En ese precepto se regula la *novation* como contrato sustitutorio en el que se cambia la persona del acreedor o la

¹²⁶ Uso aquí la palabra *solvens* para tratar de evitar en este contexto los malentendidos de la palabra *tercero*. Si la operación es una dación en pago realizada por el tercero, el término *solvens* se utiliza sabiendo que puede ser equívoco en otro sentido.

¹²⁷ CORBIN, IV, p. 1070.

¹²⁸ CORBIN, IV, pp. 1068 y 1072

¹²⁹ CORBIN, IV, p. 1070.

del deudor. Lo que a nosotros nos interesa más está en el Comentario b) que se hace a ese § 280.

En ese Comentario b) se aclara que el acreedor puede acordar con un tercero que liberará al deudor a cambio de la promesa del tercero de que entregará una prestación (igual o distinta que la debida originalmente que, como ya hemos destacado, esto es indiferente en el *common law* estadounidense). Sin embargo, en esta figura que recuerda a nuestra expromisión, el consentimiento del deudor juega un papel similar al que jugaba en el § 278 (al que el propio redactor del *Restatement* se remite) con el llamado *cumplimiento sustitutorio* (o *accord and satisfaction*).

En efecto, después de decir que la operación descrita puede desarrollarse sin tener que contar con el consentimiento del deudor, el citado Comentario b) dice que los derechos del deudor se sujetan a lo establecido en el capítulo 14 del *Restatement* (2d), capítulo que se dedica al contrato en beneficio de un tercero. De esta manera, sigue el Comentario b), si el deudor no ha consentido la operación, puede hacerla inoperativa con efecto retroactivo. Como se ve, la posición de los acreedores es efectivamente más débil que la que les reconoce el Derecho civil codificado.

4.2.3 La oferta de cumplimiento

Otra de las figuras a las que el civilista continental mirará cuando esté tratando de reconstruir el régimen del pago de un tercero en el *common law* es el régimen de la oferta (*tender*) de cumplimiento. Sobre esto, una vez asumido que el punto de partida se coloca en el carácter personal de la obligación como vínculo, las cosas no son muy sorprendentes.

Así, como era de esperar, el ofrecimiento de pago ha de ser realizado por el deudor o su representante o auxiliar, siempre que sea posible servirse de auxiliares en el cumplimiento. Un tercero que no actúe en nombre del deudor no puede, por tanto, hacer una oferta capaz de producir los efectos propios de esta figura (por ejemplo, detener el devengo de interés o paralizar los remedios por incumplimiento de la parte contraria), a menos que el acreedor la acepte libremente y se dé lugar a su *satisfacción*¹³⁰. De nuevo podemos apoyarnos en Williston para tener una versión clara de la regla aplicable. Dice este autor que «La oferta debe de ser hecha

¹³⁰ Como se puede ver en S. WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, XXVIII, 4.ª ed. (preparada por R. Lord), Denvers (MA), 2003, p. 765. Sobre la idea de oferta de cumplimiento (*tender*) y sus efectos cuando se trata de pagar dinero, CORBIN, IV, p. 985; igualmente, CALAMARI y PERRILLO, p. 816.

por el deudor o su mandatario/representante (*agent*). Cualquiera que sea el efecto del pago por un extraño que sea aceptado por el acreedor, es claro que ese acreedor no tiene la obligación de aceptar ese pago»¹³¹.

Por su lado, Gold explica que «desde 1588 se considera que la oferta de cumplimiento (*tender*) hecha por un tercero no produce efecto. También se admite desde entonces que el deudor se pueda servir de un tercero para hacer esa oferta. Incluso se admite que ese tercero pueda hacer la oferta sin previa autorización, siempre que haya posterior ratificación por parte del deudor. Si el deudor se apoya en esa oferta realizada por el tercero, eso equivale a ratificación»¹³². Como se ve, todo esto resulta coherente con lo ya visto en epígrafes anteriores y, de nuevo, los esquemas del contrato en beneficio de tercero son la explicación de este fenómeno.

4.2.4 La delegación de pago

La última figura en la que encontramos cuestiones interesantes para reconstruir el régimen del pago de un tercero en el *common law* estadounidense es la delegación de pago (*delegation of performance*). La delegación de pago se entiende como la concesión por el deudor de un poder de ejecutar el deber que pesa sobre el primero¹³³. Es curioso observar cómo esta manera de definir la figura refleja el hecho de que la regla general es la de que el cumplimiento es personal del deudor.

Naturalmente, esa delegación de pago no libera al deudor de forma inmediata, sino que hay que esperar a que el delegado cumpla la delegación y el acreedor acepte el pago¹³⁴. El acreedor aquí sí tiene que aceptar ese pago y, si lo rechazara, se entiende que está repudiando la obligación¹³⁵. Si un tercero ofrece el pago sin haber solicitado antes el permiso del deudor, la obligación de éste se entiende liberada (*discharged*) si el acreedor decide aceptarlo como

¹³¹ WILLISTON, III, p. 3127.

¹³² GOLD, p. 201

¹³³ FARNSWORTH, pp. 778 y 823; igualmente, CALAMARI y PERRILLO, p. 698. La idea está también clara en el Comentario *d*) que se hace al § 318 del *Restatement (2d) Contracts*.

¹³⁴ CORBIN, IV, p. 810. La cosa también está clara en el Comentario *d*) que se hace al 318 FARNSWORTH, pp. 778 y 823; igualmente, CALAMARI y PERRILLO, p. 698. La idea está también en el Comentario *c*) que se pone al § 318 del *Restatement (2d) Contracts*. Por otro lado, ya hemos visto que –salvo excepciones (cfr. art. 1161 de nuestro CC)– la oferta de cumplimiento realizada por persona autorizada por el deudor produce en los EE. UU. los mismos efectos que la realizada personalmente por éste.

¹³⁵ SIMPSON, p. 154, p. FARNSWORTH, p. 826.

dación en pago (*accord and satisfaction*)¹³⁶. Con esta última idea, parece que se cierra el círculo por el momento.

Desde el punto de vista de la delegación de pago, surge el problema de los límites para hacerla. Se alude así a los contratos celebrados *intuitu personae*, a la existencia de un pacto exigiendo el cumplimiento personal del deudor y a la presencia de un interés público en evitar la delegación¹³⁷. También se presta atención al régimen del incumplimiento, destacando que el deudor original no desaparece de la escena (salvo que, por acuerdo con el acreedor, estemos ante una auténtica *novation*) y responde si el delegado no cumple o cumple defectuosamente¹³⁸. Como siempre, los problemas contractuales están a flor de piel en este sistema. Como se verá más abajo, esto ha tenido clara influencia en Europa, en la redacción de los PECL y del DCFR.

Todas estas cosas están claras en la regulación de esta materia que ofrece el § 318 del *Restatement (2d) Contracts*. Según ese precepto:

1) Un deudor puede delegar a otro el cumplimiento de su deber, a menos que la delegación sea contraria al interés público o a los términos de su compromiso.

2) En defecto de pacto, una promesa sólo requiere el cumplimiento personal en la medida en que el acreedor tenga un interés relevante en que esa concreta persona realice o controle el cumplimiento de los actos prometidos.

3) A menos que el acreedor acepte lo contrario, ni la delegación de pago ni el contrato para asumir la deuda que realizan el tercero y el deudor suponen la liberación del deudor de ninguno de sus deberes ni responsabilidades.

4.2.5 En resumen: una dación en pago explicada como un contrato a favor de tercero

En los epígrafes anteriores, hemos visto que en EE. UU. es más fácil reconstruir las explicaciones sobre el efecto extintivo del pago de un tercero, es decir, reconstruir lo que pasa en las relaciones acreedor-*solvens*, de lo que es en el *common law* británico. En EE. UU., esa reconstrucción se puede hacer a través, básica-

¹³⁶ FARNSWORTH, p. 825 n 12, remitiéndose al § 278 del *Restatement (2d) on Contracts*.

¹³⁷ FARNSWORTH, p. 826; CORBIN, IV, pp. 806 y ss.; CALAMARI y PERRILLO, p. 701. Se manejan, pues, ideas similares a las que se han manejado entre nosotros para interpretar el artículo 1161 CC. Véase, por todos, DíEZ-PICAZO, p. 552.

¹³⁸ Por todos, WILLISTON, I, p. 760.

mente, de la figura del *accord and satisfaction* (o, en palabras del *Restatement (2d) Contracts*, la figura del *cumplimiento sustitutorio*) realizado por un tercero. Así, como hemos visto, el esquema de funcionamiento del *accord and satisfaction* se repite en la *novation* y se mantienen también reglas coherentes en materia de oferta de cumplimiento (*tender*) y de delegación de pago.

Como también hemos visto, ese esquema de funcionamiento estadounidense se basa en la estructura del contrato en beneficio de otro. Esta estructura permite dar cierta coherencia al sistema de efectos de la intervención en deuda ajena, desde el punto de vista de las relaciones con el deudor y con el acreedor.

Las soluciones que se alcanzan en EE. UU. no son equiparables a las del Derecho civil continental, pero sí se admite con generalidad una extinción de la obligación en caso de intervención del tercero aceptada por el acreedor. Se puede decir que, así, el sistema estadounidense ha tratado de desarrollar las soluciones previstas para las intervenciones del tercero respecto de las que ofrece el *common law* británico, pero no acercándose al Derecho civil codificado, sino creando un nuevo modo de ver estas cuestiones que conserva muchos rasgos del sistema del *common law* tradicional del que aparece como una evolución.

4.3 UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS RAZONAMIENTOS DOCTRINALES

Una vez que hemos repasado las soluciones que se ofrecen en EE. UU. sobre los efectos de la intervención de un tercero entre éste y el deudor, por un lado, y sobre el efecto extintivo de esa intervención, por otro, creo que es útil recoger algunos razonamientos y argumentos doctrinales que están en la base de todo esto.

Para ello, empezaré recogiendo algunas observaciones muy generales sobre la organización del Derecho privado en relación con las fuentes de las obligaciones. Esto nos permitirá ver la relevancia que tiene en nuestra materia el hecho de que el papel del *Law of Restitution* se delimita con la vista puesta en proteger la figura del contrato como manera de explicar los intercambios entre particulares. Se trata de una cuestión que está relacionada con la cuestión de si el sistema protege la seguridad (enriquecimiento *injusto*) o la justicia de las transacciones (enriquecimiento *injustificado*).

Después, recogeré las razones que se han expuesto en la doctrina para defender que debe superarse la visión tradicional del *Law*

of *Restitution* para dar un tratamiento especial a las intervenciones de tercero en deudas ajenas.

4.3.1 El significado y evolución del término *oficioso*

La calificación de una intervención como *oficiosa* ha sido piedra angular en la tradición anglosajona en esta materia. Este apartado se dedica a explicar el significado del término *oficioso* y las investigaciones desarrolladas en EE. UU. sobre él, que han abierto las puertas al estado de cosas que se puede ver hoy día en ese sistema.

Como sabemos, el *Law of Restitution* niega la acción al que interviene en asuntos ajenos de manera *oficiosa*. El motivo que justifica esa negativa queda claro en dos citas jurisprudenciales muy expresivas¹³⁹. En la primera se dice que, si se reconociese la restitución a favor del que interviene *oficiosamente*, «la única persona que estaría razonablemente segura frente a demandas a las que no ha prestado su consentimiento sería aquel que no tuviera ninguna propiedad, porque así no correría el riesgo de que alguna cosa suya fuese accidentalmente mejorada por otro a su costa y eso lo pudiera llevar a la ruina». En la segunda, se dice que «ningún negocio privado estaría bajo el control de su dueño, en cuanto a la manera o al tiempo de conducirlo, ni estaría libre de interferencias de extraños –quizá vagos, borrachos, o hasta enemigos– que podrían arrancar al dueño de su actividad empresarial para enredarlo en un litigio». En el mismo sentido, Farnsworth pone el ejemplo de un carpintero que, al ver una casa en estado calamitoso, la repara y luego pide restitución al dueño. Si la ley permitiera la reclamación, dice este autor, los propietarios se verían obligados a vallar sus propiedades para protegerse de los carpinteros en paro¹⁴⁰.

Aunque el término *oficioso* sigue siendo importante en el *common law* británico, lo cierto es que ha perdido peso en EE. UU. Ya hemos señalado que el primer *Restatement* sobre enriquecimiento injusto lo utilizaba en el § 2 y que, sin embargo, el precepto similar del tercer *Restatement* conserva el significado de la norma pero omite el término en cuestión. Esto se debe probablemente a que antes de la aparición de este tercer *Restatement*, en la doctrina estadounidense se dejaba ver cierta insatisfacción hacia el uso del tér-

¹³⁹ Son citas que da J. W. WADE, «Restitution for Benefits Conferred Without Request» 19 *Vand. L. Rev.* 1183 1965-1966, p. 1183 n 2, de *Iste Royal Mining Co. v. Her- tin*, 37 *Mich.* 332, 338 (1877) y de *Force v. Heines*, 17 *N. J. L.* 385, 387 (*Sup. Ct.* 1840).

¹⁴⁰ FARNSWORTH, p. 105.

mino *oficioso* (o *volunteer* o *intermeddler*, que también así se denomina al que interviene oficiosamente en asuntos ajenos).

En ese sentido, se había dicho que *oficioso* es una palabra que no vale de mucho porque encierra muchos significados¹⁴¹. Se había dicho también que el término es una manera resumida de expresar la conclusión de que el demandante no tiene acción contra el demandado, pero que no permite elaborar una teoría para predecir los resultados¹⁴². Se había llegado a decir que la denominación de *oficioso* es para el demandante «el beso de la muerte»¹⁴³. El término, además, se ponía también en conexión con la idea de que la intervención sea realizada *animus donandi*. Veámos estas dos cosas más despacio en los dos números siguientes.

1. Lo que nos interesa ahora es destacar el origen y el significado de la calificación de un acto como oficioso. Para ello, podemos empezar siguiendo la exposición de Hope y pasar luego a la exposición de Wade.

1.1 Hope escribía antes del primer *Restatement of Restitution* y con la esperanza de ampliar en EE. UU. el reconocimiento del enriquecimiento injusto (*quasi-contract*, como era denominado usualmente en aquella época) basándose en alguna medida en la figura de tradición romana de la gestión de negocios sin mandato. Sus aportaciones fueron muy influyentes.

Es destacable el interés que suscitaba la gestión de negocios ajenos sin mandato en autores de trabajos que aún hoy se citan como básicos en esta materia¹⁴⁴. Con todo, creo que se puede decir que, tras el estudio de esta figura y la experiencia comparada, la doctrina no llega nunca a proponer su admisión general en el sistema. En esto, el recorrido más claro es el de Dawson, quien, tras un pormenorizado estudio de las dificultades que la figura de la gestión sin mandato plantea en el Derecho alemán del enriquecimiento injustificado, aboga por dejarla a un lado y hacer hincapié directamente en el punto de vista del enriquecimiento injusto¹⁴⁵.

Explica Hope que el término *oficioso* obedece a dos fenómenos que quizá sean dos caras de la misma moneda. Por un lado alude al espíritu individualista del *common law*, para lo que recoge

¹⁴¹ PALMER, II, p. 359.

¹⁴² PALMER, II, p. 360.

¹⁴³ Lo dice WADE, p. 1084. La idea, sin esa expresión tan gráfica, estaba ya en HOPE, p. 29.

¹⁴⁴ En este sentido están los trabajos de HOPE, DAWSON, WADE. El interés hacia la figura y su importancia también se puede ver en autores más antiguos, como por ejemplo WOODWARD, p. 309.

¹⁴⁵ J. P. DAWSON, «Negotiorum Gestio: The Altruistic Intermeddler», *Harvard Law Review*, 74, 1961, II, p. 1127.

incluso opiniones sociológicas sobre ese espíritu anglosajón de amor a la libertad individual y a la garantía de una esfera de decisión propia y exclusiva del individuo¹⁴⁶. Por otro lado, alude a la supremacía del contrato y al exigente requisito de *privity* entre las partes, que es una idea similar a lo que entre nosotros llamamos el efecto relativo de los contratos. Desde este punto de vista, la conclusión a la que se llega en esta materia es que «un hombre no puede resultar obligado frente a otro a menos que exista entre ellos un contrato formal o expreso, de forma que no está obligado a remunerar a otro por un beneficio obtenido salvo que el primero lo hubiese solicitado de forma que ello supusiera la causa (*consideration*) de su promesa expresa de pagar por dicho beneficio»¹⁴⁷. Es cierto, sigue Hope, que más adelante el sistema se flexibilizó en parte al permitir que, más allá de los contratos expresos y formales, los contratos implícitos (*contracts implied in fact*) también pudieran justificar la obligación del demandado. En cualquier caso, también en estos supuestos seguía habiendo una base contractual para los intercambios que, de suyo, excluye el carácter oficioso de la actuación del otro.

Señala Hope que, cuando se recibe en el *common law* la idea romana de cuasicontrato, se hace incorrectamente, confundiendo el auténtico *cuasicontrato* que viene creado por la ley, con los contratos implícitos (tácitos), en los que sí hay un acuerdo real entre las partes¹⁴⁸. De esta manera, el sistema sigue funcionando con una dicotomía que distingue entre las llamadas *obligaciones positivas*, que sólo pueden ser creadas por medio de estos contratos (formales y tácitos) y las llamadas *obligaciones negativas*, que son las que vienen creadas por la responsabilidad extracontractual. Así, el sistema tiene muy difícil dejar hueco para la creación de obligaciones positivas por medio del auténtico *cuasicontrato* de creación legal¹⁴⁹.

En ese sentido, se puede destacar la pregunta –que se mueve en ese esquema binario contrato/responsabilidad extracontractual– de si una intervención oficiosa es o no un *tort*. Efectivamente, en el caso de pago de una deuda ajena no es infrecuente en la doctrina

¹⁴⁶ Frente a esa realidad inglesa, HOPE destaca que el pueblo estadounidense es una mezcla de razas donde ese espíritu no puede ser determinante (p. 30) e, incluso, que una visión menos individualista como la que él propone es más conforme a la ética cristiana (pp. 35 y ss.).

¹⁴⁷ HOPE, p. 30.

¹⁴⁸ Las mismas ideas se pueden encontrar en las obras ya más modernas de WADE, p. 1185. La mismas ideas están en STOLJAR *Quasi-contracts* (1964) citado por WADE. En el *common law* británico, hay ideas similares en IBBETSON (2001), p. 44.

¹⁴⁹ HOPE, p. 31. Desde un punto de vista histórico, IBBETSON (2001), pp. 42 y ss. explica esta ceguera del sistema a la influencia decisiva de POTHIER en el desarrollo del moderno Derecho de contratos inglés.

aludir a los torts de *champerty* y *maintenance*¹⁵⁰. También se han preocupado de marcar las diferencias entre la intervención oficiosa y el *tort* de *tresspass*¹⁵¹.

Estas consideraciones de Hope parecen ser asumidas en el *Restatement (3d) of Restitution*, en el que se encuentra una formulación interesante: la cuestión fundamental, se dice, es la de saber si la restitución al demandante impondría una nueva responsabilidad sobre el demandado, responsabilidad que éste debería haber podido asumir o satisfacer en diferentes términos o rechazar completamente¹⁵². El deseo de proteger la esfera del contrato frente a la aplicación de remedios restitutorios parece claro.

También el deseo de proteger el papel del contrato tiene su reflejo en esta materia en el Comentario a) al § 2 de ese *Restatement (3d)*, en donde se encuentra la idea de que el contrato desplaza a la restitución porque es superior para tratar los intercambios voluntarios, en la medida en que elimina el problema de determinar el valor de las cosas¹⁵³. Además, hay razones de justicia y eficiencia, sigue el Comentario a), que aconsejan apoyarse básicamente en el contrato para hacer los intercambios voluntarios. Por otro lado, hablando ya de enriquecimientos que se imponen al demandado, el Comentario d) a ese mismo § 2 y explica que «como el contrato es preferido a la restitución como base de las obligaciones privadas, normalmente no se da restitución al demandante que no ha aprovechado la oportunidad que tenía de haber realizado un contrato de antemano»¹⁵⁴.

1.2 Podemos seguir ahora la exposición de Wade, quien creo que nos da otra pista útil sobre el significado del término *oficioso* en el *Law of Restitution*. Explica este autor que, a partir del primer *Restatement of Restitution* de 1937, está claro en EE. UU. que quien ha sido injustamente enriquecido a expensas de otro está obligado a restituir. De esta forma, quien enriquece a otro sin que éste lo haya solicitado, recibe una ganancia que, independientemente de la forma que adopte, sólo habrá que restituir si el enriquecimiento ha sido injusto.

¹⁵⁰ Como explica WADE, p. 1206. La vinculación entre estas figuras, relacionadas con política legislativa en materia de proceso, y la cesión de créditos se puede ver en CALAMARI y PERRILLO, p. 671. Abundante información en WILLISTON, III, pp. 2995 y ss.

¹⁵¹ HOPE, pp. 32-33.

¹⁵² En la *Nota introductoria* que se coloca a los §§ 26-30, en p. 384 del *Restatement (3d)*, I.

¹⁵³ Como se puede ver en p. 17 del *Restatement (3d)*, I. Recordemos, por otro lado, el argumento que BIRKS llamaba de la *depreciación subjetiva*, que claramente está relacionado.

¹⁵⁴ En p 18 del *Restatement (3d)* I.

Pues bien, sigue Wade, a la hora de decidir sobre la justicia o no del enriquecimiento, se da mucho peso a la circunstancia de que ese enriquecimiento había sido conferido sin que el demandante lo hubiese solicitado previamente. Esta consideración, concluye, es la que se encierra en el término *oficioso* que empleaba ese primer *Restatement* sobre enriquecimiento. Por eso, el término *oficioso* encierra, en realidad, la consideración de política legislativa de que nadie debe verse obligado a pagar por un enriquecimiento que no ha solicitado y que no desea recibir. Esta consideración es lo que hay que tener en cuenta para decidir si el enriquecimiento recibido es o no injusto, según Wade¹⁵⁵.

Como se ve, esto permite ir más allá del término *oficioso* y plantear las cosas de manera en que abiertamente se puedan lograr predicciones sobre el resultado que ofrecen las normas, en lugar de limitarse a expresar una conclusión que se esconde en ese término, expresivo sí, pero poco significativo y poco transparente. Estas opiniones de Wade han sido recogidas en el *Restatement (3d) of Restitution*, que como ya hemos visto opta por prescindir del término *oficioso*¹⁵⁶. De hecho, el Comentario d) al § 2 de ese *Restatement* llega a decir que la norma general que niega la restitución para los enriquecimientos impuestos se expresa tradicionalmente por referencia al demandante caracterizado como *officious, intermeddler* o *volunteer* y que esa norma del § 2 «sustituye el empleo de esos términos tradicionales por una explicación funcional»¹⁵⁷.

Para lo que a nosotros nos importa, esta manera de plantear las cosas creo que abre las puertas a la posibilidad de tipificar el pago de un tercero como caso especial y alejarlo de las soluciones que se alcanzan generalmente en el grupo de casos que se tratan bajo la rúbrica de los enriquecimientos impuestos, dado que permite profundizar en las razones especiales de justicia/injusticia que pueden plantearse en estos casos.

2. La segunda cuestión que habíamos anunciado es la de las relaciones entre el término *oficioso* con las intervenciones realizadas *animus donadi*. Ya hemos señalado que, según la doctrina, el término *oficioso* era una manera resumida de decir que el demandante no tenía derecho a obtener restitución del demandado. Entrelazada con esa idea está la observación de que en los tribunales de *equity* el término *volunteer* (que es sinónimo del término *officious*) significaba que el interviniente no tenía ánimo de reclamar por el

¹⁵⁵ WADE, pp. 1083-1085. La idea la asume FARNSWORTH, p. 105.

¹⁵⁶ Las ideas de WADE están en la *Nota introductoria* que se coloca a los §§ 26-30, en p 384 del *Restatement (3d) I*.

¹⁵⁷ Véase el Comentario d) en p. 18 del *Restatement*.

enriquecimiento impuesto al demandado¹⁵⁸. En realidad, la cuestión central no era si existía o no ese ánimo en el momento de la intervención, sino que la cosa se movía entre el supuesto de quien quiere prestar gratuitamente y luego reconsidera su decisión y reclama la restitución, por un lado, y el supuesto de servir de expediente no muy elegante (por ficticio) pero efectivo de negar la restitución al demandante que se entendía que no la merecía. En este sentido, se ha dicho incluso que el uso del término *voluntario/oficioso* por parte del *common law* obedece a una confusión entre no tener acción de restitución y no tener acción por haber intervenido con ánimo de donar¹⁵⁹.

Se puede observar que esta misma manera de razonar se encuentra también, como ya hemos dicho en el epígrafe dedicado al pago de tercero en el Derecho continental, en la postura minoritaria que se mantenía entre algunos de los exégetas franceses del Código de Napoleón más antiguos, como Toullier. Según esa opinión, el pago de un tercero realizado contra la expresa voluntad del deudor debe entenderse que ha sido realizado con ánimo de donar, por lo que no daba lugar a acción contra él. Esa postura no gozó de la preferencia de la inmensa mayoría de los exégetas, hasta el punto de que en los Códigos posteriores al francés de 1804 y en las doctrinas de los respectivos países, se admite sin reserva la llamada *acción in rem verso* que aparece recogida en el último párrafo de nuestro artículo 1158. III CC¹⁶⁰.

Recurrir a un ánimo de donar más o menos ficticio permite, pues, que el operador quede tranquilo y dé por justificada la ganancia obtenida por el demandado. Además, en materia de pago de tercero, la doctrina estadounidense ha señalado que no es infrecuente que el cumplimiento del deber ajeno se haga de forma desinteresada y que, por tanto, no sea injusto que el deudor retenga el enriquecimiento¹⁶¹. Se puede observar que –por su ámbito de aplicación– el *Law of Restitution* no parece, pues, preocupado por los enriquecimientos impuestos realizados con ánimo de donar, más allá de la clara solución prevista para el problema de evitar que por

¹⁵⁸ La observación está, por ejemplo, en WADE, p. 1184, n 4. Ahí, con cita de POME-ROY, *Equity Jurisprudence*, 1919, n. 91, dice que volunteer significa donatario o persona que no ha entregado *consideration*. Información histórica y muy crítica hacia el papel de los tribunales de Equity en esta materia, en IBBETSON (2001), pp. 42 y ss.

¹⁵⁹ WADE, p. 1804.

¹⁶⁰ Ya hemos advertido también de la postura del artículo 1099 de nuestro Proyecto de Código Civil de 1851, que tuvo su propia influencia en algunos Códigos de la época. Véase, por ejemplo, el artículo 1574 del Código chileno

¹⁶¹ WOODWARD, pp. 113 y 326.

medio de la restitución el demandante, en realidad, esté queriendo deshacer el regalo hecho¹⁶².

Estas consideraciones sobre el ánimo de donar tienen mucho peso en los casos de servicios prestados sin haber sido solicitados. Así, se presume que los servicios son realizados sin ánimo de reclamar, tanto cuando se realizan en el ámbito de las relaciones familiares –lo que puede ser más claro, al menos cuando esas relaciones familiares se mantienen estables–, como cuando se realizan fuera de las relaciones familiares. En esta materia, todo lo más, se distingue entre quien es un profesional que presta un servicio por el que suele cobrar y quien no lo es, de forma que se reconoce al primero la posibilidad de dirigirse contra el beneficiado y se le niega al segundo. Farnsworth lo explica gráficamente poniendo el ejemplo del médico que atiende a un herido desmayado en la calle –se le permite la restitución– y el ejemplo del simple viandante que atiende una situación similar¹⁶³.

4.3.2 La propuesta de tipificar el pago de tercero como un caso especial

Después de todo lo dicho, no es difícil entender que en la doctrina estadounidense que escribía antes del *Restatement (2d)* de contratos y, especialmente, antes del *Restatement (3d)* de restitución, se expresara cierta insatisfacción respecto de las soluciones que el sistema alcanzaba en el pago de un tercero¹⁶⁴. Por ello, se va a proponer un reconocimiento pleno de esos pagos de tercero como un caso especial dentro del grupo de los enriquecimientos impuestos. En este contexto doctrinal es donde aparecen las soluciones que finalmente se acaban reflejando en los *Restatements*, soluciones que no siempre coinciden con las propuestas que paso a recoger.

Dawson expresa esa insatisfacción acerca de las soluciones existentes en su momento diciendo que, «para mí, el mayor problema que tenemos sin solucionar en este campo es el del cumplimiento no solicitado de las obligaciones»¹⁶⁵. En efecto, se destaca en ese sentido que resulta paradójico que el sistema ayude y reconozca una acción a quien interviene en propio interés (por ejemplo, quien paga la deuda ajena para levantar un embargo sobre finca

¹⁶² El caso de quien se arrepiente de donar es mencionado frecuentemente por la doctrina. Por todos, FARNSWORTH, p. 106.

¹⁶³ FARNSWORTH, pp. 105-106. En estos ejemplos resuenan los casos del buen samaritano que se estudian tradicionalmente en el *common law of torts*.

¹⁶⁴ Así, entre otros muchos, DAWSON (1961), p. 863, o THURSTON, pp. 943-944.

¹⁶⁵ DAWSON (1951), pp. 141.

propia) y niegue cualquier acción a quien interviene de forma altruista en favor de otro¹⁶⁶. También se ha dicho que negar la restitución en los pagos de tercero «sólo causa daño al individuo altruista que estaba tratando de ayudar o al que actuaba por error. ¿Hay algún resultado social cuya promoción aconseje esta anomalía? No, esa regla ni siquiera sirve a la coherencia lógica (del sistema)»¹⁶⁷.

Expresada la insatisfacción, queda el camino libre para hacer propuestas. En este sentido, decía Palmer que «ha llegado el momento en que los tribunales reconozcan que el pago (de la deuda ajena) a veces es justificado por el laudable deseo de proteger los intereses del deudor y, consecuentemente, reconozcan la posibilidad de reclamar la restitución»¹⁶⁸. En el mismo sentido, dice Dawson, hablando de los motivos que pueden justificar la intervención no solicitada de un tercero que, «cuando se trata sólo de satisfacer una obligación ajena, podemos estar preparados para admitir la legitimidad de esos motivos más ampliamente»¹⁶⁹.

Por su lado Wade da un paso más en la misma línea y propone crear una regla especial para los pagos de tercero que, de adoptarse, supondría aproximarse en gran medida a las soluciones del Derecho civil continental¹⁷⁰. Dice este autor que «cualquiera que sea la validez que tenga la regla de que no hay acción para el que interviene oficiosamente, no se debe de aplicar al pago de la deuda ajena, puesto que la regla contraria no incrementaría la carga que ya soportaba el deudor y, por otro lado, el que interviene de manera realmente oficiosa intentando conscientemente interferir en los asuntos del deudor, puede hacerlo igualmente si logra una cesión del crédito»¹⁷¹.

Esta cita de Wade ofrece una buena ocasión para explicar dos argumentos muy frecuentes en la doctrina y que destacan los caracteres especiales que presenta el pago de un tercero frente al resto de los casos de enriquecimiento impuesto. El primero se refiere a que en la actualidad se admite en el *common law* que los créditos son

¹⁶⁶ Como señala PALMER, II, p. 362. En la misma línea, ya THURSTON, pp. 943-944. Para ilustrar la situación, que le parece escandalosa, PALMER, II, p. 462 pone el ejemplo del pago por un tercero de unas primas atrasadas a una compañía de seguros y explica que se puede pedir la restitución del pago realizado por error y no se puede pedir la restitución del pago hecho conscientemente.

¹⁶⁷ Tomado de WADE, p. 1213. En p. 1208 hay una formulación también interesante en este mismo sentido.

¹⁶⁸ PALMER, II, p. 367. Una idea similar en PALMER, IV, p. 332.

¹⁶⁹ DAWSON (1951), p. 144.

¹⁷⁰ Esta idea se repite en muchos autores. Se puede citar en esta ocasión a DAWSON (1951), p. 142.

¹⁷¹ WADE, p. 1213. En p. 1208 hay una formulación también interesante en este mismo sentido.

cedibles. El segundo, se refiere a la idea de que, en los pagos de tercero, el deudor ya estaba previamente sujeto a una obligación (la obligación pagada).

1. Respecto de la idea de que en la actualidad los créditos son cedibles, se pueden destacar los siguientes puntos:

a) Efectivamente, cuando se ha admitido ya que los créditos (*choses in action*) se pueden ceder, no tiene mucho sentido el argumento tradicional de que reconocer la restitución en el pago de un tercero puede suponer para el deudor encontrarse con un nuevo acreedor al que no conoce y frente a quien no ha consentido vincularse¹⁷². En el mismo sentido, se destaca que la intervención del tercero en los asuntos del deudor no tiene mucho que ver con el ánimo de dañar, sino que es una mera decisión de negocios¹⁷³.

b) En la misma línea, se dice que ha de admitirse el pago de un tercero cuando éste podría haber obtenido una cesión del crédito y, al contrario, se dice que ha de negarse la restitución al tercero cuando éste no habría podido obtener esa cesión¹⁷⁴.

c) En este contexto, se puede entender también el principio general del *Law of Restitution* que trata de evitar imponer al demandado una obligación que le perjudique por comparación con la situación existente si el demandante no hubiera intervenido. Efectivamente, en esta materia, el Comentario d) al § 2 del *Restatement* (3d) se remite al § 50, que contiene una norma en tal sentido¹⁷⁵.

d) La doctrina estadounidense destaca que condicionar el pago de tercero a la autorización del deudor por temor a permitir un pago realizado *animus nocendi*, que es el argumento que venía jugando un papel fundamental en las soluciones tradicionales del *common law*, supone pasarse de frenada. Se cree, como también ocurría en la doctrina inglesa más avanzada, que se puede cerrar el

¹⁷² Muchos autores emplean este argumento. Se puede ver en WADE, pp. 1206 y 1207 o DAWSON (1961), p. 1128 y J.P. DAWSON, «The Self-Serving Intermeddler», *Harvard Law Review*, 87 (1974) 1409-1458, p. 1437. También PALMER, II, p. 364; THURSTON, pp. 943-44. Un buen resumen de los problemas y cuestiones que se planteaban históricamente sobre la admisión de la cesión del crédito, en L.L. FULLER y M.A. EISENBERG, *Basic Contract Law*, 4 ed. St. Paul (Minn.), 1981, pp. 794 y ss.

¹⁷³ HOPE, pp. 210 y 211.

¹⁷⁴ Por ejemplo, PALMER, II, p. 365 usa ese argumento. Se basa en un caso frecuentemente citado y que ya hemos mencionado en este trabajo *Norton v. Haggatt* 117 Vt. 130, 85 A.2d 571 (1952), en el que el tercero paga la deuda del deudor con un banco para tener un ascendente sobre él. El argumento consiste en que el banco nunca habría aceptado la cesión de un crédito que estaba siendo puntualmente pagado por el deudor y sin desatender los vencimientos periódicos.

¹⁷⁵ Ese Comentario d) al § 2 se puede ver en la p. 19 del *Restatement* (3d), I. La norma del § 50 (3) es «The liability in restitution of an innocent recipient of unrequested benefits may not leave the recipient worse off (apart from the costs of litigation) than if the transaction giving rise to the liability had not occurred».

paso a este tipo reprochable de intervención diciendo que sólo se dará lugar a la restitución si el enriquecimiento del deudor resulta injusto¹⁷⁶. El § 63 del *Restatement* (3d) contiene una norma que específicamente trata esta materia¹⁷⁷.

2. La segunda idea consiste en destacar que, en el caso del pago de un tercero, el demandado ya estaba sujeto a una obligación preexistente, por lo que reconocer una acción del *solvens* contra él no supone hacerle incurrir en una nueva responsabilidad¹⁷⁸. El planteamiento puede ser novedoso para los civilistas continentales y por eso merece la pena tratar de aclararlo. Para ello, creo que se pueden hacer dos observaciones:

a) Esta idea se entiende bien si se recuerda que, entre los casos de beneficios no solicitados, se incluye en EE. UU. el caso de las mejoras a la propiedad ajena y que, en esos casos, dar lugar a la restitución del enriquecimiento significa hacer nacer una nueva obligación en el patrimonio del deudor sin contar con su voluntad y quizá poniéndole ante una obligación a la que no pueda hacer frente. Lo expresa muy bien Woodward diciendo que cumplir el deber ajeno siempre reporta un beneficio porque ahorra el cumplimiento o la pena impuesta por incumplir, pero salvar la propiedad no siempre lo supone, dado que no existe una obligación de cuidar la propiedad y el dueño puede considerar que el esfuerzo no merecía la pena¹⁷⁹.

b) Por otro lado, si el argumento de que se puede admitir con más generosidad la restitución en caso de pago de tercero se basa en que el deudor ya estaba previamente obligado, la identidad de posición respecto al deudor de acreedor y tercero —que para nosotros es un dato indiscutible en casos de cesión/subrogación y que no plantea problemas por la mayor debilidad del derecho personal del *solvens* que los angloamericanos no ven— pasa entonces a ser lo más importante¹⁸⁰. La conclusión que propone WADE es ilustrativa cuando dice que, «como el *solvens* se coloca en los mismos

¹⁷⁶ Las dos ideas son de PALMER, II, p. 365.

¹⁷⁷ Ese § 63 es del tenor literal siguiente: «Equitable Disqualification (Unclean Hands). Recovery in restitution to which an innocent claimant would be entitled may be limited or denied because of the claimant's inequitable conduct in the transaction that is the source of the asserted liability».

¹⁷⁸ Esta idea también es muy utilizada en la doctrina, como se puede ver en WADE, p. 1208; DAWSON (1961), p. 1129; PALMER, II, pp. 363 y 367; THURSTON p. 944 n 41. En la misma línea, brevemente, FARNSWORTH, p. 105.

¹⁷⁹ WOODWARD, p. 312. Es el argumento que, en Inglaterra, BIRKS llamaba de la *depreciación subjetiva*.

¹⁸⁰ Como se ve muy claro en DAWSON (1961), p. 1128 o en WADE, p. 1207, quien aconseja ver los efectos del pago del tercero como equivalentes a los de una cesión. Esta observación, que tiene todo el sentido en los esquemas angloamericanos, resulta sorprendente para el Derecho civil codificado.

zapatos del acreedor original, esa obligación no puede cambiar, con lo que la carga del deudor no se incrementa en absoluto»¹⁸¹. Esta idea es central, hasta el punto de que se formula, como hemos visto en el *Restatement (3d)* de 2011, el principio general de que el demandado no puede quedar en peor posición que la que tenía como deudor.

4.3.3 Otras consideraciones

Antes de llegar a la posición más o menos clara que recogen ahora los *Restatements* mencionados, la doctrina estadounidense había realizado distintos intentos de avanzar en este terreno proponiendo otros ejemplos de pagos de tercero en los que convenía reconocer la acción de enriquecimiento contra el deudor. Merece la pena recoger algunos de estos intentos para aclarar cuestiones problemáticas.

Como sabemos, la regla general es que no se reconoce acción a quien oficiosamente impone a otro un enriquecimiento no solicitado. La cara positiva de esta regla general es que sí se puede reconocer acción a quien no interviene de forma oficiosa, sino que interviene por otras razones. Así, el *common law* reconoce tradicionalmente acción a quien ha enriquecido a otro por error o bajo presión o compulsión. Pues bien, la doctrina estadounidense propone que también se reconozca una acción de enriquecimiento en algunos otros casos excepcionales. Se trata de casos que se presentan como excepciones a esa regla general y que, otras veces, se presentan como otros casos en los que la intervención no tiene carácter oficioso.

Se trata de los siguientes:

– El caso de quien interviene en propio interés. Por este camino se llega a admitir, como ocurre ahora con claridad en el *Restatement (3) Restitution*, la legitimación de lo que entre nosotros llamamos *tercero interesado*. En este camino, los argumentos más convincentes para una tipificación clara de estos supuestos están en la obra de Dawson¹⁸². También son claros los de Palmer, quien pronostica que, si va a haber algún cambio en la solución tradicional del *common law*, probablemente se hará apreciando más suavemente el requisito del pago en interés propio.

– El caso de quien interviene cumpliendo un deber ajeno en cuyo cumplimiento hay un interés público relevante. A pesar de

¹⁸¹ WADE, p. 1207.

¹⁸² DAWSON (1974), p. 1457.

que no ha sido acogida en su totalidad, interesa ahora destacar la propuesta de Hope. Según este autor, el sistema no tiene ningún problema en reconocer acción cuando se descubre un interés público en la intervención del tercero (sea para salvar la vida, la salud, o los bienes, sea para cumplir un deber ajeno, como el de prestar alimentos o el de enterrar a los muertos)¹⁸³. Por ello, no debería haber mucho problema en aceptar cualquier intervención en la que concurra ese interés público que, según Hope, siempre va en aumento y que acabará teniendo su peso en las decisiones de los tribunales. Menciona, por ejemplo y por destacar elementos que interesan en este trabajo, el interés público en la honestidad de los tratos y en el interés en el cumplimiento puntual de las obligaciones. Por ese camino, que destaca también la fuerza que da al crédito el sistema del Derecho civil codificado, quedaría al alcance de la mano establecer una regla general de admisión del pago de un tercero en el sentido del Derecho civil continental. Hope formula su conclusión señalando que, una vez que los tribunales reconocen la presencia de un interés relevante, se considera al tercero como nuevo acreedor sin que se mencione el contrato como base de la operación ni se exija el consentimiento del deudor a la intervención de ese tercero. En estos casos, sigue este autor, lo único que tiene que probar el tercero es que el deudor había incumplido culposamente sus obligaciones o que era incapaz de cumplirlas puntualmente. En estas circunstancias, concluye Hope, se admite el remedio contra el deudor incluso si ha expresado su voluntad contraria a la intervención que, lógicamente, ya no se considera oficiosa¹⁸⁴.

– Otro grupo de casos que se han mencionado y que también tendrían la virtualidad de ampliar la admisión de restitución en pagos de tercero alude al reconocimiento de un deber moral en el tercero que interviene. La idea sería algo así como admitir que el tercero puede estar en ocasiones obligado a hacer frente a la deuda ajena por una obligación moral¹⁸⁵. El ejemplo que se ha puesto es el del pago por parte del Ejército estadounidense en Europa de los daños causados por un militar de esa nacionalidad que había robado dinero a un ciudadano inglés. En ese caso se aconseja reconocer al Ejército acción contra el deudor/militar por considerar al prime-

¹⁸³ En el mismo sentido WADE, p. 1185. Como se ve, se emplean aquí ejemplos bien conocidos en la tradición del Derecho romano y que se recogen también en los Códigos civiles (cfr. nuestro artículo 1894 CC).

¹⁸⁴ HOPE, pp. 49-50. En el mismo sentido, WADE, p. 1200. En la tradición del *common law*, es ilustrativa la cita que hace IBBETSON (2001), p. 41, de BLACKSTONE, «Se debe entender que un hombre consiente en hacer lo que su deber o los imperativos de la justicia demandan».

¹⁸⁵ En este sentido, destacando la virtualidad general de este punto de vista, PALMER, II, pp. 396-397.

ro moralmente obligado a hacer frente a esa obligación indemnizatoria¹⁸⁶. En las circunstancias en que se realiza el pago, no parece difícil descartar el ánimo officioso de la intervención o, por decirlo con palabras más modernas, la intervención parece justificada y el enriquecimiento experimentado por el deudor parece injusto. Sobre la posibilidad de intervenir sobre la base de una obligación moral, con todo, se señala que la jurisprudencia no admite el mero deseo de favorecer a un amigo¹⁸⁷.

5. CONSIDERACIONES COMPARADAS

Para los que partimos de la visión del Derecho civil codificado, hay algunas observaciones que permiten entender mejor el funcionamiento del *common law* en esta materia. Este epígrafe se dedica a proponerlas. Como se destacará en cada caso, algunas de las consideraciones que siguen son válidas para el *common law* en general, mientras que otras lo son únicamente para el *common law* británico o para el estadounidense.

5.1 EL ENFOQUE UNILATERAL/BILATERAL DE LA CUESTIÓN

1. Conviene poner el punto de partida en el hecho de que los sistemas de *common law* enfocan todo el asunto desde un punto de vista bilateral. Esto supone acentuar el peso que tiene el interés del deudor a la hora de justificar las soluciones que se alcanzan. De hecho, se puede decir que el tratamiento del pago del tercero en *common law* se centra en el punto de vista del deudor a causa probablemente del desarrollo de este sistema a través de la jurisprudencia. En efecto, parece lógico suponer que, en la práctica de los tribunales, los casos de pago de tercero arranquen de la reclamación de un tercero contra el deudor, puesto que el acreedor pagado difícilmente tendrá interés en perseverar en sus reclamaciones y, por su lado, el deudor tampoco tendrá normalmente interés en moverse si previamente nadie le reclama nada.

2. Ese punto de partida bilateral permite, además, destacar el gran peso que tiene en esta materia la cuestión de preservar la primacía del contrato a la hora de permitir o no reclamaciones basa-

¹⁸⁶ Es un ejemplo de WADE, pp. 1203-1204, que pone también el ejemplo de la esposa que paga deudas del marido a las que jurídicamente no estaba obligada a hacer frente.

¹⁸⁷ WADE, p. 1204.

das en obligaciones derivadas del *Law of Restitution*, es decir, obligaciones de origen legal que se vienen a imponer sobre el demandado al margen de su voluntad. Es más, como veremos, en esta materia lo que parece es que el *common law* apunta a una visión que podríamos llamar *cuasicontractual*, en el sentido en que se usa esta expresión por parte de los autores anglosajones más antiguos y que consiste en imaginar la operación, en nuestro caso, como un acto de carácter contractual (una dación en pago) *implícito*¹⁸⁸. Por otro lado, se pueden destacar también los problemas especiales que suponen los enriquecimientos en los que intervienen tres partes, como sucede en nuestro caso. Desde este punto de vista, no sólo está en juego la imposición de obligaciones al margen del contrato, sino también la idea de relatividad del contrato.

3. Esto tiene relación con otra cuestión también muy general: la de que el punto de partida tradicional en el *common law* en materia de enriquecimiento injusto acentúa la seguridad del tráfico, en la medida en que se considera que las atribuciones patrimoniales deben de quedarse donde estén a menos que exista un buen motivo para permitir su reclamación por el demandante. Frente a esto, en el Derecho civil codificado se insiste en la justicia del resultado, invirtiendo el razonamiento: hay acción salvo que exista una causa que justifique el enriquecimiento del demandado¹⁸⁹. En esa medida, en el *common law* no preocupa tanto que el deudor se vea enriquecido por una intervención de un tercero en la que el sistema no encuentra razón para reconocer una acción de enriquecimiento. Al revés, ese resultado se considera admisible y no contradice el funcionamiento general del sistema. Se podría tratar de cerrar el argumento diciendo que, entonces, se presume que el tercero quiso donar, pero este razonamiento es de carácter ficticio y poca capacidad explicativa. Además, lo que subyace a esta manera de hablar quizá se pueda expresar mejor diciendo que, si el *solvens* interviene sin asegurarse la acción contra el deudor y sabiendo que la ley no hace por él ese trabajo, «él sabrá lo que hace».

4. Frente a lo que se desprende de las observaciones de los tres últimos párrafos, las soluciones del Derecho civil codificado parten en esta materia de la consideración del crédito/deuda como parte activa y pasiva de una obligación que, como no deriva sólo

¹⁸⁸ Para esa manera de entender el cuasicontrato, por todos, HOPE, p. 31. Desde un punto de vista histórico, IBBETSON (2001), pp. 42 y ss.

¹⁸⁹ Sobre esto, son interesantes las observaciones de T. KREBS, «Unrequested Benefits in German Law», en J. W. NEYERS, *et. al.*, *Understanding Unjust Enrichment*, Hart, 2004, pp. 256 y 262. Este autor destaca que, cuando se analizan los casos de enriquecimientos impuestos entre los que se encuentra el pago de un tercero, también en Alemania plantea problemas entender que hay que demostrar una causa para que el enriquecimiento se consolide en manos del demandado.

del contrato sino que puede derivar también de las demás fuentes de las obligaciones, se ve de manera aislada y desde un punto de vista predominantemente unilateral. Eso hace que el interés preponderante sea el del acreedor, como se aprecia en el hecho de que éste pueda cobrar tranquilamente de cualquiera y, además, que la intervención de ese cualquiera dé siempre lugar a una reclamación contra el deudor. Además, el resultado de que el *solvens* siempre pueda dirigirse contra el deudor, incluso cuando interviene contra su voluntad, es coherente con el punto de partida que adopta el Derecho del enriquecimiento *injustificado* en los sistemas de Derecho civil codificado.

5. Desde el punto de vista del acreedor del Derecho civil continental, también es destacable que los efectos del pago entre éste y el tercero se resumen en el efecto extintivo de ese pago, caracterizado por la existencia de lo que se ha llamado *animus solvendi debiti alieni*, y llevando al pago indebido (en nuestro sistema, al art. 1895 CC) aquellos supuestos en que falte esa conciencia de la ajenidad de la deuda. Frente a ello, en el *common law* hay mucho más margen para estudiar las relaciones entre acreedor y tercero y explorar las posibles reclamaciones de éste contra aquél, tanto desde el punto de vista del tipo de reclamación que se estudia entre nosotros como supuestos de pago de lo indebido, como desde el punto de vista de los efectos del convenio celebrado entre el acreedor y el tercero. En este sentido, podemos recordar lo ya expuesto al hablar del *common law* británico sobre las posibles reclamaciones del tercero contra el acreedor (por falta de *consideration* o por medio de un *trust*) si éste se encuentra con que el deudor no ratifica el pago y podemos recordar también las dificultades que causaban esas reclamaciones¹⁹⁰. Para ofrecer otro ejemplo desde el mismo punto de vista de las relaciones entre el acreedor y el tercero, se puede recoger la propuesta de Wade que pretende alcanzar las soluciones que le parecen óptimas en este terreno por medio de una técnica procesal. Según este autor, el tercero que ha pagado puede reforzar su posición demandando a la vez al deudor y al acreedor que ha aceptado su intervención¹⁹¹. Si comparamos la posición de este acreedor, que ha aceptado la prestación ofrecida por el tercero y que se ve ahora demandado por él, con la posición del acreedor satisfecho por un pago de tercero en el Derecho civil, creo que la conclusión de que nuestro sistema protege mucho más al acreedor no necesita de mayor prueba. Por lo dicho acerca de las posibilida-

¹⁹⁰ Por todos, FRIEDMANN y COHEN, pp. 7-8. Sobre la idea de *failure of consideration*, se puede ver a FRIEDMANN, p. 539.

¹⁹¹ WADE, p. 1208.

des que se abren en las relaciones tercero-acreedor en el *common law*, creo que se puede concluir que, en esos sistemas, se abre un flanco del problema de las intervenciones de terceros en las deudas ajenas que para nosotros es casi invisible y está menos estudiado a causa de la admisión muy amplia del efecto extintivo del pago de un tercero.

6. La mayor fuerza relativa del crédito en Derecho civil se puede apreciar, curiosamente, en las observaciones que hacen los autores estadounidenses sobre el pago del tercero de una obligación en cuyo cumplimiento se considera que existe un interés público. Ya hemos visto en las explicaciones de Hope cómo, en el conflicto entre el interés del acreedor, el del deudor y el del tercero, la presencia de un interés público en el cumplimiento de la obligación determinaba que la balanza se inclinara definitivamente del lado de reconocer acción al *solvens* contra el deudor¹⁹². El ejemplo paradigmático es el del reembolso del que ha pagado los gastos de funeral contra quien debería haberse ocupado de enterrar a sus muertos. Esto deja ver cómo un factor ajeno a las tres partes cuyos intereses están en conflicto puede resultar decisivo¹⁹³. Por otro lado, esto permite apreciar la valoración de la situación que hacen en general los sistemas de Derecho civil codificado: en ellos el interés del crédito, el interés de lo que Hope llamaba «la honestidad de los tratos y el cumplimiento puntual de las obligaciones», decanta la solución a favor de reconocer generalmente acción a favor del tercero, puesto que, por otro lado, se considera que al deudor le beneficia por regla general el pago de una obligación unilateral y todos los efectos de esa intervención están diseñados con ese fin. La admisión del pago de un tercero en Derecho civil codificado respondería, entonces, a ese juicio de política legislativa favorable al crédito.

7. Por otro lado, estas consideraciones pueden servirnos para observar cómo los autores estadounidenses son más proclives a admitir el pago de un tercero cuando se trata de cumplir una deuda de dinero (*debt*) y no tanto de cumplir una obligación contractual no dineraria¹⁹⁴. De hecho, en la tarea que la doctrina estadounidense emprende para tipificar el pago de un tercero como caso especial respecto al resto de casos de enriquecimientos impuestos, el supuesto del pago de un tercero se coloca todavía en el *Restatement (3d) Restitution* como un caso especial de cumplimiento del

¹⁹² HOPE, pp. 49-50. En el mismo sentido, WADE, p. 1200.

¹⁹³ Como destaca WADE, p. 1185.

¹⁹⁴ Por todos, en EE. UU., CORBIN, IV, p. 458. En el *common law* británico, se puede ver la misma tendencia en los autores más atentos a estas cuestiones, como TREITEL, p. 810.

deber ajeno, lo que encierra un grupo de casos más amplio que los que en este contexto se estudian normalmente en Derecho civil codificado. De forma simétrica, los estudios de esta materia desde el Derecho civil continental, más allá del supuesto regulado en nuestro artículo 1161 CC, se centran en el pago de deudas dinerarias y tienden a dejar en un segundo plano el pago de un tercero en las prestaciones no dinerarias. Esto, como veremos más abajo, también ha tenido influencia en las normas europeas de *soft law*, especialmente en el CESL. Desde este punto de vista, por otro lado, se puede intuir la importancia del pago de un tercero para sectores del ordenamiento en los que las prestaciones dinerarias son del todo centrales como ocurre, por ejemplo, en el Derecho bancario.

5.2 LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL FENÓMENO

Al repasar el tratamiento que se da en EE. UU. a la figura llamada *accord and satisfaction* (o *substituted performance*), hemos visto que el tratamiento de lo que entre nosotros se llama pago de una deuda ajena se hace a través de considerarlo como un caso de dación en pago realizada por tercero y recurriendo a los esquemas teóricos del contrato a favor de otro para explicar los efectos de la intervención entre el deudor y tercero. En el *common law* británico, en cambio, no se ha llegado todavía a aceptar con claridad que el *accord and satisfaction* hechos por tercero produzcan la extinción de la deuda y, por ello, se producen diferencias entre los dos principales sistemas de *common law*. Sin embargo, desde un punto de vista lógico, creo que la construcción de la intervención como dación en pago en los casos en los que el deudor acepta o ratifica esa intervención y en los casos en que se trata de un tercero interesado sí es un territorio común en el que puede haber resultados coincidentes entre ambas ramas del *common law*.

A continuación se recogen unas consideraciones sobre esta construcción técnica que utiliza el *common law* —con más claridad en la versión estadounidense— comparándola con nuestros propios esquemas de funcionamiento. Esto se puede hacer en los siguientes puntos:

a) En el *common law* se emplea una concepción de la obligación que todavía arrastra el pasado de considerarla como un vínculo que une personalmente al acreedor y al deudor. Ese pasado, probablemente, comparte algunos fundamentos con la visión centrada en el contrato a la que aludíamos en el epígrafe anterior. De esa consideración como vínculo personal arranca que, como hemos

dicho, la intervención del tercero sobre la deuda ajena sea vista, no como un pago hecho por el tercero, sino como *una dación en pago* (*accord and satisfaction* o, en términos más modernos *substituted performance*) hecha por tercero. Recordemos que Williston decía que el pago auténticamente debido es el pago del deudor (o su auxiliar o representante) y que la prestación realizada por el tercero no llega a ser un pago exacto aunque sea objetivamente idéntica a la debida¹⁹⁵. Así las cosas, es lógico que el acreedor no tenga la carga de aceptar el pago de un tercero, como sí ocurre en el Derecho civil codificado, y pueda tranquilamente rechazarlo aunque el tercero ofrezca la entrega de exactamente la prestación debida. Por ello, la manera de ver las consecuencias de la intervención del tercero sobre el deudor también es distinta, como paso a explicar en el número siguiente.

b) Al aceptar que la dación en pago hecha por tercero produce la extinción de la obligación, el sistema de EE. UU. puede explicar los efectos de la operación entre el tercero y el deudor sobre los esquemas del contrato en beneficio de otro. Las cosas son distintas en el *common law* británico:

i. En EE. UU. la intervención realizada por el tercero y aceptada por el acreedor produce la extinción de la obligación, lo que se ofrece al deudor como un beneficio de manera que éste, entonces, pueda aceptarla o rechazarla. En el primer caso, su aceptación se entiende como ratificación de la intervención del tercero y, consiguientemente, como asunción de la obligación de pagar por el beneficio recibido. Dicho en palabras de Corbin, este funcionamiento de la aceptación/ratificación permite conservar la regla de que el efecto extintivo sobre la deuda depende de que el deudor haya mandado pagar o ratifique la intervención del tercero¹⁹⁶. Quizá por atender a lo que se considera que sucederá normalmente en la práctica, la doctrina normalmente no se ocupa tanto de señalar qué ocurre en caso de que el deudor rechace el beneficio ofrecido, pero se ha llegado a decir que, entonces, la deuda *revive*¹⁹⁷. Efectivamente, ésta es la conclusión que se alcanza en el § 278 del *Restatement (2d) Contracts*, cuyo Comentario *b*) dice que, si el deudor no acepta el beneficio que supone para él la dación en pago realizada por tercero, «se priva del efecto extintivo a la operación realizada».

ii. En el *common law* británico, al no aceptarse el efecto extintivo de la dación en pago hecha por tercero, la intervención

¹⁹⁵ WILLISTON, III, p. 3182.

¹⁹⁶ CORBIN (1962), p. 154.

¹⁹⁷ Para la idea de que la obligación *revive*, FRIEDMANN, pp. 542 y ss.

del tercero (aceptada por el acreedor) supone, como hemos visto, que la deuda atraviesa una fase interina en la que no se sabe bien qué suerte va a acabar corriendo y si al final se extinguirá por la ratificación del deudor. En esta fase interina, la tradición británica del *common law* tiende a pensar que la obligación en la que el tercero ha intervenido sigue viva hasta que el deudor la consienta, lo que contrasta con la idea americana recogida en el párrafo anterior¹⁹⁸.

iii. Como señala GOLD, el hecho de que el contrato en beneficio de tercero se aceptara más fácilmente en EE. UU. que en el *common law* inglés –en el que la figura se ha admitido hace relativamente poco y por medio de una ley con ese fin– puede explicar que en aquél sistema las normas sobre legitimación para intervenir sobre la deuda ajena fueran concebidas con mayor generosidad hacia los terceros¹⁹⁹.

iv. En cualquier caso, se ve de nuevo en todo esto que el sistema protege mucho los intereses del deudor en preservar su esfera de decisión y, correlativamente, sufren los intereses del acreedor que ha aceptado la intervención del tercero.

c) La visión de la intervención del tercero como una dación en pago también produce sus efectos en las relaciones entre el acreedor y el tercero, más allá de lo que acabamos de ver sobre si la deuda se extingue/revive. Ya hemos comentado que este lado de la intervención no es normalmente relevante para el Derecho civil continental porque, entre nosotros, la cosa se reduce a la producción de un efecto extintivo automático por la intervención realizada *animus solvendi debiti alieni*. Como ese efecto extintivo no se produce en el *common law* con la misma facilidad, en estos sistemas es posible preguntarse por las relaciones que surgen entre el acreedor y el tercero a raíz de la intervención de éste. Desde este punto de vista, la pregunta es qué ocurre si el tercero no logra cobrar del deudor (por ejemplo, si éste no acepta el beneficio que se le ofrece ni puede considerarse que ratifique la intervención del tercero) y, en especial, si puede dirigirse contra el acreedor para tratar de deshacer la dación en pago que han celebrado. Como se ve, esto es un asunto relacionado con la pregunta de si se puede considerar que, en esos casos, el tercero puede deshacer la operación y hacer que la

¹⁹⁸ Para la postura británica, por todos, BIRKS (1985), pp. 189-190 y 289. Más abajo se verá cómo la solución prevista en el artículo III.-2:107 DCFR supone una tercera manera de ver ese efecto extintivo de la intervención del tercero.

¹⁹⁹ GOLD, p. 172, entre otras. La Ley británica en cuestión es la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*. Se puede consultar en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/contents>

deuda *reviva*. También está relacionado con la pregunta de si cabe basar la reclamación en la *failure of consideration*²⁰⁰.

d) Para terminar estas consideraciones sobre la construcción dogmática de la figura, se pueden destacar algunos puntos de contraste entre el sistema americano basado en la dación en pago y el contrato a favor de otro y el sistema del Derecho civil codificado basado en el efecto extintivo del pago de un tercero. Se trata de los puntos siguientes:

i. Desde el punto de vista del Derecho civil codificado, la intervención del tercero se puede ver como un pago (que es un acto debido y no un contrato), gracias a la amplia legitimación para pagar que se contiene en la descripción de los requisitos de regularidad del pago. Por ello, se admite sin problemas el efecto extintivo de ese pago, eliminando así las posibilidades de que el tercero vaya contra el acreedor (excepto en los casos de error; cfr. nuestros arts. 1895 y 1900 CC), y ello determina que se planteen de manera distinta los efectos de ese pago entre el *solvens* y el deudor.

ii. En el estudio de los sistemas de *common law*, basados en la figura del *accord and satisfaction*, la idea de ratificación juega un papel esencial. Esto acerca estos casos al contrato de mandato (*agency*), que ya hemos dicho que se ha utilizado para resolver dudas en esta materia²⁰¹. Además, abre la puerta a una cierta flexibilidad a la hora de apreciar que concurre esa ratificación, puerta que ha sido utilizada por los tribunales estadounidenses para acercarse a algunas de las soluciones que el Derecho civil codificado alcanza más fácilmente²⁰².

iii. Desde un punto de vista comparado, cabe señalar que es lógico que en el *common law* se equipare el tratamiento del acto solutorio realizado por un tercero que entrega una prestación igual a la debida originalmente, con el acto solutorio del tercero que realiza una prestación distinta. En ambos casos, claro está, se necesita contar con el consentimiento del acreedor, que acepta una u otra. En la tradición del Derecho civil, en cambio, se insiste en los requisitos de regularidad del pago, con lo que se limita (en principio, se hace en beneficio del deudor) el poder del acreedor de rechazar el ofrecimiento de un tercero a los casos en que lo ofrecido no sea

²⁰⁰ Sobre la idea de *failure of consideration*, por todos, FRIEDMANN, p. 539.

²⁰¹ Es muy interesante la observación de REUSCHLEIN y GREGORY, p. 83, según la cual la ratificación es un instrumento que se ha utilizado para solucionar problemas de enriquecimiento injusto cuando el principal ha retenido algún enriquecimiento o no puede ratificar por problemas de capacidad. Sobre la importancia del mandato implícito (o legalmente creado), son también interesantes las explicaciones de MACGREGOR y WHITTY, *passim*, y las de IBBETSON (2001), pp. 33 y 41, insistiendo en el abuso de las ficciones en esta materia.

²⁰² Como se puede ver en GOLD, p. 187 y WILLISTON (2003-XXIX), p. 168.

exactamente lo debido. En estos esquemas, consecuentemente, el acreedor sólo puede aceptar o rechazar libremente la dación en pago ofrecida por tercero, no el pago perfecto.

5.3 EL EFECTO EXTINTIVO SE DETERMINA MEDIANTE UNA CLÁUSULA GENERAL

De lo que hasta aquí hemos dicho se puede derivar también una conclusión general sobre la manera de concebir el efecto extintivo de la intervención sobre deuda ajena que creo que tiene su interés y que probablemente arranca también de centrar el sistema en un punto de vista bilateral y en el interés del deudor. Para explicarlo, hay que confrontar planteamientos distintos.

a) Por un lado está la regla del Derecho civil codificado de que el pago (exacto) de un tercero produce la extinción de la deuda y, correlativamente, un derecho personal del *solvens* contra el deudor. La regla es muy fácil de aplicar porque el único requisito que se le exige al tercero es el llamado *animus solvendi debiti alieni*, que excluye la consideración del supuesto como pago indebido (cfr. nuestros arts. 1895 y 1900 CC). El resto de requisitos que se puede entender –desde otro punto de vista– que se le exigen al tercero, en realidad, no son más que el cumplimiento de los requisitos de regularidad del pago; es decir, la exigencia de que el tercero ofrezca una prestación idéntica a la debida.

b) Por otro lado, tenemos que el *common law* tradicional británico ofrece el principio general de que, en principio, no hay acción contra el deudor que ni ha autorizado al *solvens* ni ha ratificado su gestión. Dicho de otro modo, tenemos que sólo las intervenciones de tercero que aparecen justificadas por las circunstancias de la intervención (pago de un tercero interesado, pago por error (*sic*), pago bajo compulsión, etc.) producen una acción de enriquecimiento de ese tercero contra el deudor y, consiguientemente, la extinción de la deuda (que es lo que determina ese enriquecimiento). Por ello, puede decirse que se determina el efecto extintivo de la intervención del tercero analizando si éste tiene o no acción contra el deudor. Como el análisis de si existe o no esa acción se basa –como ha quedado especialmente claro al estudiar la doctrina estadounidense– en consideraciones de política legislativa integradas en una cláusula general, creo que puede concluirse que el *common law* británico basa también las soluciones sobre el efecto extintivo del pago de un tercero en el juego de una *cláusula general*. Así, cuando se considere que el tercero puede alegar una buena razón para reclamar el enriquecimiento que

ha experimentado el deudor, se le reconocerá acción contra el éste y, por otro lado, se considerará que la intervención del tercero ha tenido eficacia extintiva. No hace falta destacar que el empleo de una cláusula general para estos fines se traduce en una pérdida relativa de certeza.

c) Por otro lado, se puede destacar que en los sistemas anglosajones sí que existe una regla clara en materia de pago de un tercero, pero que apunta en una dirección contraria a la regla del Derecho civil continental. Me refiero a la regla anglosajona que dice que el tercero que «paga una deuda (*debt*) sin haber sido requerido para ello, sin tener otro interés en el asunto que convertirse en el acreedor del demandado, no debe de tener acceso a la restitución»²⁰³. Esta regla es contraria a la tradición continental pero, curiosamente, un civilista del continente la admitiría sin dudar si estuviera referida a la subrogación del tercero sin interés.

d) En el *common law* estadounidense, se añade una regla clara al sistema tradicional descrito en el punto b) anterior. En efecto, el § 278 *del Restatement* (2d) sobre contratos admite que el pago (en realidad, la dación en pago) de un tercero aceptado por el acreedor extingue la obligación. En principio, eso no quiere decir nada sobre las posibles reclamaciones del *solvens* contra el deudor, que siguen explicándose en términos de enriquecimiento injusto y con un punto de vista restrictivo.

Como se ve, los sistemas de Derecho civil codificado y el *common law* británico están en clara confrontación. El sistema de EE. UU. introduce, en cambio, un mayor acercamiento en materia de legitimación para pagar, por mucho que la explicación dogmática siga siendo distinta y por mucho que el acercamiento sea mucho menor en materia de efectos de la intervención del tercero en las relaciones entre éste y el deudor. Esto va a ser de utilidad cuando veamos lo que ocurre en los PECL y en el DCFR en esta materia.

6. EL PAGO DE UN TERCERO EN LOS TEXTOS DE *SOFT LAW*

La tradición del *common law* británico y estadounidense que hemos repasado en los epígrafes anteriores tiene una clara influencia en los textos de *soft law* europeos e internacionales que han aparecido en los últimos años. Me refiero a los PICC, a los PECL,

²⁰³ Son palabras del *Restatement* (3d) *Restitution* vol. 1 p. 310. La misma idea también se maneja en el *common law* británico; véase, por todos, STOLJAR (1989), p. 171.

al DCFR y al CESL. En lo que sigue haremos algunas alusiones a los PICC, pero el trabajo prestará más atención a los textos europeos, que ofrecen unas normas más desarrolladas en materia de pago de la deuda ajena.

Al examinar las cuestiones que plantea el pago de un tercero en estos textos, se puede apreciar que la figura aparece de forma fragmentaria y en distintos contextos. Así el pago de un tercero aparece como una cuestión relacionada con la posibilidad del deudor de servirse de auxiliares en el cumplimiento, como una cuestión planteada por el incumplimiento por parte de esos auxiliares y hasta como una cuestión –en realidad emparentada con lo anterior– que tiene que ver con la posible transmisión de la deuda y la responsabilidad del deudor en esos casos. Empecemos por esto último, dejando para sucesivos epígrafes lo relacionado con la legitimación de los terceros para intervenir en las deudas ajenas, que es lo que entre nosotros representa el contenido más propio de la figura del pago de un tercero, lo relativo a las consecuencias del rechazo por el acreedor del pago de un tercero, lo relativo a los cambios de deudor encauzados a través de una expromisión y lo relativo a los efectos entre el deudor y el tercero desencadenados por la intervención de éste.

6.1 EL PAGO DE UN TERCERO ORDENADO POR EL DEUDOR Y LOS CAMBIOS DE DEUDOR

Los PICC regulan el pago de tercero en sede de cambio de deudor. En efecto, una vez regulado (a) el cambio de deudor por un acuerdo entre el deudor original y el nuevo deudor que es consentido por el acreedor y (b) el cambio de deudor por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, el artículo 9.2.6 le da el nombre de *pago de tercero* a una última figura relacionada con el cambio de deudor²⁰⁴. De esta forma, se mantiene el nombre de la figura de *pago del tercero*, pero en realidad lo que se regula aquí es la delegación de pago o la asunción de pago. Es decir, la operación que consiste en que el deudor pida a un tercero que cumpla por él, a lo que el acreedor no puede negarse, cuando el pago de ese tercero satisface su interés²⁰⁵. Con esta fórmula, la regla de que se exclu-

²⁰⁴ Artículo 9.2.6: «(1) Sin el consentimiento del acreedor, el deudor puede convenir con otra persona que ésta cumplirá la obligación en lugar del deudor, a menos que la obligación, según las circunstancias, tenga un carácter esencialmente personal. (2) El acreedor conserva su recurso contra el deudor».

²⁰⁵ Por el contrario, en opinión de MAZZA», artículo 9.2.6 PICC», en S. VOGENAUER y J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, 2009, p. 1034, este artículo 9.2.6 deja claro que los PICC admi-

yen del pago de un tercero las prestaciones de carácter personalísimo queda al alcance de la mano. Los PICC, pues, no dicen mucho sobre lo que a nosotros nos interesa. Se limitan a tratar –y además, de forma no muy clara– la cuestión de si el deudor puede servirse de auxiliares para cumplir.

Los PECL contienen una norma de alcance similar a la que acabo de describir en los PICC. Se trata del artículo 8:107, según el cual quien confía el cumplimiento del contrato a otra persona sigue siendo responsable de ese cumplimiento. Como se ve, esta norma de los PECL es (lógicamente) una norma relativa a los contratos, no a las obligaciones, y que se limita a recordar, desde el punto de vista del problema del incumplimiento, las condiciones en que el deudor puede recurrir a auxiliares en el cumplimiento. El artículo III.-2:106 DCFR contiene una norma similar, aunque esta vez referida al cumplimiento de las *obligaciones*. En relación con la regulación similar contenida en el CESL (en sus artículos 92 y 150), se ha señalado que se trata de una norma probablemente inútil por obvia y que tiene sólo un sentido clarificador que atiende a las distintas tradiciones existentes en la UE²⁰⁶. Para un lector español, en efecto, es fácil estar de acuerdo con este diagnóstico²⁰⁷. En rigor, pues, no se ofrece aquí información sobre la figura del pago de un tercero en sentido estricto. Todo lo más, se puede decir que aborda la cuestión del pago de un tercero autorizado por el deudor.

6.2 LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO PARA PAGAR EN LOS DISTINTOS TEXTOS

En realidad, es el artículo 7:106 PECL el que ofrece la regulación del pago del tercero en ese texto de *soft law*²⁰⁸ El contenido de

ten el pago de un tercero sin que el consentimiento del acreedor sea necesario y que, por ello, ese acreedor no puede rechazar el cumplimiento ofrecido por un tercero. Basta leer el texto del artículo 9.2.6 para darse cuenta de que eso no es así: el texto presupone el acuerdo entre el deudor y el *solvens*. Quizá MAZZA acusa la influencia de la terminología estadounidense que ya hemos visto. En nuestro país, quizá le pase lo mismo a RUEDA VALDIVIA, p. 1289, para quien el ejemplo del subcontratista es «la expresión más significativa del cumplimiento por tercero».

²⁰⁶ ZOLL, «The Seller's Obligations», en R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law*, Baden-Baden/München/Portland, 2012, p. 438.

²⁰⁷ Sobre el asunto, en España, J. NANCLARES VALLE, «Libro III. Obligaciones y derechos», en E. Valpuesta (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo*, Barcelona, 2011, p. 171.

²⁰⁸ Artículo 7:106 PECL: «Ejecución por un tercero».

(1) *Salvo que el contrato requiera una ejecución personal, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento por un tercero:*

(a) *Si el tercero actúa con el consentimiento del deudor.*

este artículo 7:106 PECL ha sido asumido en los dos primeros párrafos del artículo III.-2:107 DCFR, por lo que el contenido de estos dos textos se explicará a continuación de forma simultánea.

Sin embargo, el DCFR añade un tercer párrafo que introduce significativas novedades en la visión del pago de un tercero plasmada en los PECL y que será comentado en un número posterior²⁰⁹. El CESL, adaptando el uso de los términos al hecho de que está regulando contratos de compraventa y suministro de servicios, sigue básicamente el enfoque del DCFR en esta materia.

1. Como se desprende de la lectura de sus casi idénticas normas, ninguno de los textos de *soft law* europeos mencionados sigue la senda tradicional del Derecho civil continental²¹⁰. En efecto, en estos textos el pago de un tercero no tiene la eficacia extintiva general que es común en el continente, sino que se exige en ellos algo más que la cualidad de tercero para poder pagar la deuda ajena. En concreto, en estos textos se afirma que sólo el pago de un tercero autorizado por el deudor o el pago de un tercero *interesado* extinguen la obligación.

Con toda probabilidad, estas primeras reglas sobre el pago de un tercero en estos textos están siguiendo la visión del *common law* británico tradicional, en la versión ofrecida básicamente por Goff y Jones que hemos recogido en un epígrafe anterior²¹¹. En efecto, esos dos casos de pago de tercero admitidos en los PECL eran los únicos que se admitían en el *common law* británico en las construcciones de esos dos influyentes autores.

En estos textos, la legitimación especial de lo que podemos llamar *terceros interesados* se formula a través de una cláusula gene-

(b) *O si el tercero tiene un interés legítimo en la ejecución y el deudor no ha cumplido o resulta manifiesto que no cumplirá al tiempo del vencimiento de la obligación».*

(2) *El cumplimiento por un tercero conforme al apartado (1) libera al deudor.*

²⁰⁹ Se puede confirmar esa identidad inicial entre PECL y DCFR en esta materia y la diferencia añadida en el DCFR en el diagnóstico de Y. M. ATAMER, «Performance and its modalities», en J. Basedow et al (dirs.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, II, p. 1268, Oxford, 2012. Para lo mismo, en España, MARCHAL ESCALONA, p. 1278 y RUEDA VALDIVIA, p. 1294.

²¹⁰ Como destaca en nuestro país, NANCLARES VALLE, p. 172, hablando del DCFR. Igualmente lo destacan en sus comparaciones de los PECL con Italia y Países Bajos, respectivamente, V. M. DONINI, «Artículo 7:106 PECL», en L. ANTONIOLLI y A. VENEZIANO, *Principles of European Contract Law and Italian Law*, La Haya, 2005, p. 335 y J. G. J. RINKES, «Performance», en D. Busch et al. (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Nijmegen, 2002, p. 306.

²¹¹ En las notas de Derecho comparado que aparecen bajo el artículo 7:106 PECL se cita expresamente a estos autores, como no podía ser de otra manera por su relevancia. Véase la p. 496 de la versión española. Para destacar la influencia especial del Derecho inglés sobre los PECL, S. SÁNCHEZ LORENZO, «El Derecho contractual inglés», S. Sánchez Lorenzo (ed.) *Derecho contractual comparado*, 2.ª ed. Civitas/Thomson-Reuters, 2013, pp. 139-216, en p. 206.

ral. Esto probablemente es buena idea, dada la distinta manera en que los diferentes ordenamientos utilizan ese concepto. Como se ha señalado en nuestro país, el interés a que aluden aquí los PECL es un interés de marcado tono patrimonial y no un interés simplemente personal²¹². Conforme a la tradición continental, se ha dicho respecto del CESL –que contiene una regulación similar– que esos terceros son los que se verían afectados negativamente si no se les permitiera pagar²¹³.

En cualquier caso, si recordamos lo estrecha que queda la legitimación de los terceros para pagar extintivamente en los PECL, podemos ver que en este texto ocurre como en el *common law*: el efecto extintivo del pago no se determina por una regla clara, como se hace por ejemplo en nuestro artículo 1158 CC, sino que se determina por el juego de una norma basada en el funcionamiento de una cláusula general (lo que se considere *interés* en cada caso).

Como ya hemos adelantado, la norma –que se incluye en los textos PECL y DCFR que estamos comentando– según la cual sólo el deudor puede cumplir si el contrato requiere cumplimiento personal es un punto en el que coinciden el enfoque basado en los contratos y el enfoque basado en las obligaciones y que no requiere más comentario²¹⁴.

Se puede destacar también una novedad que no creo que esté claramente explicada o entendida. Me refiero a que, como se ve en el tenor literal del artículo 7:106 PECL y artículo III.-2:107 DCFR, el tercero interesado sólo puede intervenir *si el deudor no ha cumplido o está claro que no cumplirá cuando la obligación venza*.

Desde el punto de vista continental, se ha señalado que la norma en cuestión puede considerarse implícita en la idea general de cumplimiento de una obligación vencida²¹⁵. Por otro lado, con una posición que recuerda la preocupación tradicional anglosajona por los pagos realizados *animus nocendi*, Dannemann dice que con esa norma se trata de distinguir entre los terceros con interés en intervenir y los terceros que quieren intervenir con ánimo de vejar al

²¹² L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA, A. M. MORALES MORENO, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002, p. 309. En los comentarios a PECL y DCFR, sin embargo, se admite como ejemplo el pago de una mujer por las deudas del marido (de las que no tenía que responder).

²¹³ G. DANNEMANN, «The Buyer's Obligations», en R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law*, Baden-Baden/München/Portland, 2012, p. 556.

²¹⁴ Lo deja claro el diagnóstico de Derecho comparado que ofrecen las notas incluidas en ese artículo 7:106 PECL (p. 339 de la versión en inglés). La observación se repite en las notas al artículo III.-2:107 DCFR (p. 742 de la versión también en inglés). En relación con los artículos 92 y 150 CESL, y con un tono decididamente continental, ZOLL, p. 438, aboga por una interpretación estricta de esta excepción a la admisión del pago de tercero.

²¹⁵ Lo destacan L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA, A. M. MORALES MORENO, p. 308 y DONINI, p. 332, sin aportar explicaciones.

deudor²¹⁶. Sin embargo esta idea no resulta de todo clara porque parece que el requisito de tener interés en el pago ya estaba implícito en la definición misma del supuesto de hecho y quizá sea mucho querer impedir el caso del tercero interesado que, además, quiere vejar al deudor.

En cualquier caso, la influencia de la tradición del *common law* creo que es innegable en este texto. Recordemos que es característico de esta tradición la preocupación por garantizar la posición del deudor²¹⁷. Recuérdense, por otro lado, la observación de la doctrina estadounidense de que los terceros pueden intervenir en deuda ajena si concurre un interés público relevante, *con la única exigencia de que se pruebe que el deudor había incumplido o iba a incumplir*²¹⁸. En mi opinión, lo que quizá da problemas bajo esta norma es que en la tradición del *common law* la intervención del tercero no se ve como pago, es decir como acto de carácter solutorio, porque eso resulta prácticamente imposible en un sistema en el que no se ha admitido ampliamente la legitimación de cualquiera para pagar. En efecto, como en el *common law* se considera que sólo es cumplimiento exacto el realizado por el deudor o sus auxiliares —es decir, el previsto en el artículo 7.106 (1) PECL— entonces la intervención del tercero interesado no tiene por qué ocurrir cumpliendo los requisitos de regularidad del pago. De ahí que convenga introducir en las normas del PECL y DCFR que regulan este supuesto el inciso relativo a que *deudor no haya cumplido o esté claro que no cumplirá cuando la obligación venza*.

2. Como hemos dicho, el artículo III.-2:107 DCFR regula el pago de un tercero siguiendo el enfoque de los PECL, pero añade un importante párrafo tercero que admite el efecto extintivo de cualquier pago de tercero aceptado por el acreedor²¹⁹. Así, el DCFR se coloca probablemente en la línea de la doctrina británica más

²¹⁶ Véase, G. DANNEMANN, p. 556, comentando la norma similar existente en el CESL.

²¹⁷ Sobre el artículo 7:106 PECL, Díez-PICAZO, ROCA y MORALES MORENO, p. 308 han dicho que los PECL «no consideran relevante, en cambio, el posible interés del deudor en que se abstengan los terceros de injerirse en su esfera jurídica, pagando sus deudas». Me parece una idea algo desenfocada, quizá motivada por una primera comparación con las reglas por ejemplo alemanas sobre legitimación para pagar. En efecto, en mi opinión hay que tener en cuenta que (sin contar con la voluntad del deudor) sólo los terceros interesados están legitimados para pagar en los PECL y, en segundo lugar, hay que tener en cuenta el hecho de que los PECL no aseguran en absoluto que el tercero que paga vaya a obtener del pago una acción personal contra el deudor. Así las cosas, creo que queda claro que la regulación de los PECL implica una gran consideración hacia los intereses del deudor.

²¹⁸ Así, HOPE, pp. 49-50, y WADE, p. 1200.

²¹⁹ El texto en cuestión es artículo III.-2:107: «Cumplimiento por un tercero.

(1) Cuando los términos que regulan la obligación no requieren que la cumpla personalmente el deudor, el acreedor no podrá rechazar que el cumplimiento lo lleve a cabo un tercero si:

(a) el tercero actúa con el consentimiento del deudor; o

evolucionada, tal como se ha reflejado en el ya mencionado *Restatement* inglés de 2012 sobre la materia. En esta misma línea se puede colocar, al menos a primera vista, el también ya mencionado § 278 del *Restatement (2d)* sobre contratos estadounidense. Esa misma regla se contiene en el artículo 127 CESL²²⁰. En estas normas del DCFR (y CESL) se pueden destacar tres novedades:

a) Frente al silencio de los PECL, el DCFR establece que, si el acreedor acepta un pago ofrecido por un tercero que ni actúa a instancias del deudor ni tiene interés en la obligación, la deuda se extingue²²¹. Añade a continuación que, en esos casos, el acreedor responde ante el deudor de cualquier perjuicio que esto le cause.

i. La admisión aquí de este efecto extintivo supone dar un paso adicional respecto de la posición de los PECL, que eran más fieles a la tradición inglesa representada por Goff y Jones. En este sentido, el DCFR ha asumido las propuestas de la doctrina británica más reciente, que estaba en una línea hasta cierto punto similar a la posición adoptada por el ya citado § 278 del *Restatement (2d)* sobre contratos estadounidense. El artículo 127 CESL, como ya hemos señalado, va en este mismo camino.

ii. Por el contrario, los comentarios a este nuevo párrafo del artículo III.-2:107 DCFR no aclaran más sobre esa norma de que el acreedor responde ante el deudor por los daños que el pago de un tercero sin autorización hayan causado a ese deudor. Por su lado, el CESL contiene una norma similar a ésta, sin añadir tampoco ninguna explicación adicional²²². Se trata de normas oscuras que

(b) *el tercero tiene un interés legítimo en el cumplimiento y el deudor o bien no ha cumplido o bien resulta manifiesto que no cumplirá la obligación en el momento de su vencimiento.*

(2) *El cumplimiento por un tercero de acuerdo con el apartado (1) libera al deudor salvo que el tercero asuma el derecho del acreedor mediante cesión o subrogación.*

(3) *Cuando no se requiere el cumplimiento personal por parte del deudor y el acreedor acepta el cumplimiento de la obligación del deudor por un tercero en circunstancias que no se contemplan en el apartado (1) el deudor quedará liberado, pero el acreedor será responsable frente al deudor por los daños que dicha aceptación pueda ocasionar.*

²²⁰ MARCHAL ESCALONA, p. 1279, destaca también esta similitud.

²²¹ Sobre ese caso, los PECL sólo contenían un comentario algo enigmático, pero definitivo: «el artículo 7:106 no se ocupa de las consecuencias derivadas para el deudor si en esos casos (*solvens* que paga en interés propio o *solvens* que paga para hacer un favor al deudor) el acreedor aceptara la prestación hecha por el tercero».

²²² Este aspecto tampoco merece comentario por parte de SCHULLER y A. ZENEFELS «Obligations of Sellers and Buyers», en G. DANNEMANN y S. VOGENAUER, *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, 2013, pp. 592 y 604. Por el contrario, sí lo comenta G. DANNEMANN, p. 556, quien señala que son aquí de aplicación las reglas sobre la indemnización por daños. Este autor añade un comentario algo críptico que parece apuntar a la imposición al deudor de gastos adicionales del pago incurridos por el *solvens*, que es ajeno a la tradición continental y que –por otro lado– no se acaba de entender, si se tiene en cuenta que los efectos del pago del tercero entre el *solvens* y el deudor se dejan en el CESL al Derecho interno.

recuerdan algunos ejemplos manejados en *el common law* y que deberían haber sido objeto de comentarios y aclaraciones específicas por parte de sus redactores. La primera impresión es que esas normas están pensando probablemente en un contrato más que en una obligación unilateral²²³. En realidad, como veremos luego, lo más probable es que esta norma que comentamos haya que ponerla en relación con una norma específica del DCFR sobre cambio de deudor por expromisión. En mi opinión, ésta es la manera más clara de entender lo que han querido hacer los redactores del DCFR en este punto.

b) El DCFR opta por pasar al texto de la norma la posibilidad de que la intervención del tercero, en lugar de producir la extinción de la deuda, dé lugar a la cesión o a la subrogación. La novedad, que ya estaba en los comentarios al texto paralelo de los PECL, es correcta pero su valor parece más bien cosmético o de *elegantia iuris*²²⁴. Sin embargo, la ausencia de una norma similar en el artículo 127 CESL ha sido señalada como problemática a causa de que las relaciones entre el comprador (deudor del precio) y el *solvens* caen fuera del ámbito de aplicación de ese texto y algunas legislaciones nacionales prevén la subrogación, que es contradictoria con el efecto extintivo previsto como único en el CESL²²⁵.

c) En los comentarios que se hacen al DCFR se aclara que el derecho del *solvens* respecto del deudor (a) será distinto según lo que hayan pactado entre ellos, (b) puede provenir de una gestión de negocios ajenos sin mandato y (c) puede provenir del enriquecimiento injusto²²⁶. La inclusión de la gestión de negocios sin mandato es algo que choca con la tradición anglosajona²²⁷. Sin embargo, con una idea que recuerda ahora al *common law*, los autores del DCFR se preocupan de aclarar que el que impone un enriquecimiento a otro sin contar con su voluntad normalmente no le puede reclamar nada. En esto último también se pone de manifiesto la existencia de contradicciones entre unos y otros sistemas jurídicos.

3. Aunque ya hemos señalado que la regulación propuesta en el CESL asume básicamente las soluciones de los PECL en la

²²³ En el mismo sentido, en nuestra doctrina, NANCLARES VALLE, p. 173. Este autor propone un ejemplo que me parece claro en ese sentido: es posible que el deudor haya incurrido en gastos de preparación de su prestación que resultan inútiles a causa de la intervención del tercero y que deben de serle indemnizados.

²²⁴ En los PECL, véase el Comentario A.

²²⁵ Lo señala G. DANNEMANN, p. 557, aunque quizá sea un exceso de celo.

²²⁶ Comentario F.

²²⁷ La regulación de la gestión de negocios sin mandato en el DCFR, sin embargo, recuerda mucho a las ideas que manejan en este sentido algunos autores anglosajones, pero en sede de *law of restitution*.

visión más desarrollada que proporciona el DCFR, merece la pena hacer alguna observación más para destacar sus novedades. En el CESL la novedad que se aprecia a primera vista es que, de acuerdo con el objeto de su regulación, se cambian las palabras *acreedor* y *deudor* por las de *vendedor* (o prestador del servicio) y *comprador* (o cliente). Con esto, los textos se colocan en un nivel menor de generalidad respecto a la tradición continental del Derecho de obligaciones.

Ese nivel de generalidad elegido parece también haber tenido relevancia en la regulación de esta materia del pago de un tercero, que atiende al carácter dinerario de la prestación debida por el comprador y cliente frente a la prestación no dineraria de los vendedores o prestadores de servicios.

a) Así, para los profesionales, las normas relevantes (arts. 92 y 150) se limitan a decir que:

i. Cabe recurrir al uso de auxiliares en el cumplimiento, salvo que se precise el cumplimiento personal del profesional. Curiosamente, la regulación de esta excepción al principio general de que cabe recurrir al uso de auxiliares es distinta en la venta y en la prestación de servicios. En la venta se exige que ese cumplimiento personal esté previsto en el contrato –lo que parece correcto para estos tipos de operaciones de venta– mientras que en la prestación de servicios el texto es más general, para que permitir así que ese cumplimiento personal pueda considerarse implícito o que deriva de la naturaleza del servicio en cuestión. Sin embargo, se ha señalado que quizá no tiene sentido tener dos previsiones distintas y que se debería de generalizar la regla más amplia y más tradicional del artículo 150 CESL dedicada a los servicios. La explicación de esta propuesta es que en la venta puede tratarse de objetos específicamente elaborados y que la venta también pueden conllevar prestaciones de servicios accesorios en los que también se ha de poder entender implícita la exigencia de un cumplimiento de carácter personal²²⁸.

ii. El profesional en cuestión sigue siendo responsable del cumplimiento en estos casos en que recurre al uso de auxiliares.

iii. Esta última norma no se puede limitar cuando la otra parte del contrato sea un consumidor²²⁹.

²²⁸ ZOLL, p. 437.

²²⁹ ZOLL, p. 439 es muy crítico con esta regulación de los párrafos 2 y 3 del artículo 92 CESL, señalando que este instrumento no regula la transmisión de la obligación y, sin embargo, esos párrafo interpretados a contrario dan la impresión de que sí cabe pactarla en contratos entre empresas. Ese autor también añade que, entendiendo esas previsiones como referidas al problema del incumplimiento, se producen también inconvenientes con la regulación de las condiciones generales.

b) Para los compradores o clientes (deudores del precio), la regulación del pago de tercero está contenida en el artículo 127 CESL. Sobre ella se puede destacar que:

i. Se trata de una regulación algo más detallada que la prevista para los vendedores y, como ya hemos señalado, coincide sustancialmente con la regulación contenida en distintas normas del DCFR. Aunque está contenida en el capítulo de las obligaciones del comprador, se aplica a todos los contratos a los que es de aplicación el CESL²³⁰. Eso sí, el citado artículo 127 CESL incluye aquí la norma de que el deudor puede servirse de auxiliares y que eso no supone que se libere de su responsabilidad en el cumplimiento; como se recordará, esa norma estaba contenida en artículos *ad-hoc* en los PECL y en el DCFR²³¹.

ii. Por otro lado, el artículo 127 CESL no regula para los deudores del precio la excepción al pago del tercero basada en la exigencia del cumplimiento personal del deudor. La explicación aparente de esta ausencia es el carácter dinerario de la prestación debida por el comprador, que apunta a la exclusión de un interés del vendedor en que pague personalmente el deudor. Sin embargo, la opción adoptada aquí por CESL ha sido criticada señalando que la ausencia de esa previsión podría entenderse como una prohibición del pacto en ese sentido, lo cual vendría a chocar con el principio de que el CESL es dispositivo salvo que expresamente se excluya este carácter²³².

6.3 LAS CONSECUENCIAS DEL RECHAZO POR EL ACREEDOR DEL PAGO DE UN TERCERO

Para que las normas que permiten el pago de un tercero sean eficaces, es necesario que exista algún tipo de consecuencia jurídica en caso de que resulten incumplidas. Desde el punto de vista de las consecuencias del rechazo por el acreedor de una oferta de cumplimiento, hay que fijarse en dos datos:

a) Por un lado, se puede advertir que los comentarios a los textos de los PECL y del DCFR dejan claro que, si el acreedor rechaza un pago de tercero que era correcto y que venía calificado por el consentimiento del deudor o el interés del *solvens*, se le ten-

²³⁰ En opinión de DANNEMANN, p. 553.

²³¹ Se trata del artículo 8:107 PECL y del artículo III.-2:106 DCFR.

²³² La crítica es de DANNEMANN, p. 555, quien propone leer esa ausencia, en cualquier caso, como un principio contrario a las limitaciones al pago de un tercero.

drá por incumplidor y no podrá recurrir a los remedios por incumplimiento²³³.

b) Por otro lado, hay que destacar también que los PECL y el DCFR regulan por separado la negativa del acreedor a recibir un bien determinado (art. 7:110 PECL y art III.-2:111 DCFR) y la negativa a recibir una suma de dinero (art. 7: 111 PECL y artículo III.-2:112 DCFR). En este último caso, que para nosotros es más interesante, los comentarios a los PECL se preocupan de señalar que tanto el deudor como el tercero podrán recurrir a la consignación²³⁴. Lógicamente, en esos comentarios se destaca que el tercero podrá ofrecer y consignar con los estrictos límites en que se acepta esta figura en los PECL (tercero autorizado por el deudor o bien tercero con interés, ex artículo 7:106 PECL). Esta idea ha pasado de los comentarios al texto de la norma en el DCFR, que incluye un nuevo apartado (2) en tal sentido²³⁵.

6.4 EL PAGO DE UN TERCERO Y LOS CAMBIOS DE DEUDOR MEDIANTE EXPROMISIÓN

La regulación sobre legitimación para pagar de un tercero en los textos de los PECL y DCFR que hemos visto en los apartados anteriores es coherente con la visión de los cambios de deudor contenida en esos textos. De igual forma que esa regulación es distinta a la contenida en los Códigos civiles continentales, veremos ahora que, a diferencia de lo que ocurre en Derecho civil codificado, estos textos de *soft law* requieren el consentimiento del deudor para que pueda entrar un nuevo deudor en la rela-

²³³ Como se puede ver en el Comentario C del artículo 7:106 PECL y Comentario C del art. III.-2:107 del DCFR.

²³⁴ Los Comentarios A y C (p 356 de la versión inglesa) al artículo 7:111 PECL dejan claro, respectivamente, que el deudor y el tercero pueden ofrecer y consignar.

²³⁵ Por la coincidencia sustancial con la norma de los PECL, sólo transcribo aquí el artículo III.-2:112 DCFR: «*Negativa a recibir una suma de dinero.*

(1) *Cuando un acreedor se niega a aceptar un pago debidamente ofrecido por el deudor, el deudor puede, previa notificación al acreedor, liberarse de la obligación de pago depositando el dinero a la orden del acreedor de conformidad con la legislación del lugar donde tenga lugar el pago.*

(2) *El apartado (1) se aplicará, con las modificaciones oportunas, a sumas de dinero debidamente ofrecidas por un tercero en circunstancias en las que el acreedor no tiene derecho a rechazar dicho pago.»*

Obsérvese que esta solución coincide con la de los PECL, a pesar de que, como se explica en el texto a continuación, el DCFR sea más generoso con la participación de los terceros al margen de la voluntad del deudor. Lo que ocurre es que los dos textos pueden coincidir en esto porque la nueva norma del DCFR sobre pago de tercero presupone la voluntad favorable del acreedor.

ción²³⁶. Es decir, que ignoran la figura de la *expromisión* tal como la conoce el Derecho civil continental²³⁷.

En los PECL nos interesa el artículo 12:101 (1), según el cual, «un tercero puede sustituir al deudor en la relación obligatoria y liberar a éste de sus obligaciones siempre que consientan a ello el deudor y el acreedor»²³⁸. Las normas del DCFR están en la misma línea.

En efecto, en el DCFR la norma de partida está en el artículo III.-5:202, que clasifica las figuras de cambio de deudor que se van a regular. Se distingue entre (a) un cambio del deudor primitivo en el que éste quede liberado (sustitución completa); (b) un cambio en el que el deudor primitivo sigue siendo responsable para el caso del que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente (sustitución incompleta); y (c) un cambio consistente en que el deudor primitivo y el nuevo deudor queden como responsables solidarios (adición de un nuevo deudor).

Lo que a nosotros nos interesa está en el artículo III.-5:204 DCFR, que lleva como título *Sustitución completa* y que dice así: «Un tercero puede comprometerse con el acuerdo del acreedor y del deudor primitivo a sustituir al deudor primitivo de forma completa, con el efecto de que el deudor primitivo queda liberado». Como se ve, es necesario el consentimiento del deudor para que se le pueda sustituir en la obligación²³⁹. Esto responde, como señala Leible, al principio general –hasta donde yo sé, ajeno a la tradición continental, en este contexto– según el cual nadie debe ser enriquecido por otro si no quiere²⁴⁰.

La postura adoptada en este punto por el DCFR es distinta a la solución adoptada en los PICC²⁴¹ (art. 9.2.1.b).

²³⁶ Desde el punto de vista español, NANCLARES VALLE, p. 204 destaca también esas diferencias.

²³⁷ En opinión de ADAME-MARTÍNEZ, «A Few Remarks on Chapter 12 of PECL», en A. VAQUER, *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 245-280, en p. 254, el DCFR va aquí contra toda la tradición del Derecho civil continental. Véase, para una información detallada del Derecho comparado, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «La asunción contractual de deuda», en S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado*, 2.ª ed. Civitas/Thomson-Reuters, 2013, pp. 1201-1332, en pp. 1202 y ss y p. 1214. Según este autor (p. 1217), en el continente sólo el Código polaco exige el consentimiento del deudor en la asunción de deuda (art. 519.2).

²³⁸ El Comentario B de este artículo de los PECL dice que esta norma no impide que el acreedor libere de manera unilateral al deudor de acuerdo con las normas nacionales que sean aplicables, pero que en esos casos no estaríamos ante un acto jurídico de sustitución como el que se regula en esta norma, sino que estaríamos ante dos actos jurídicos: uno de liberación del deudor y otro de contrato entre el acreedor y el tercero.

²³⁹ Esto no merece comentario para NANCLARES VALLE, p. 204-206.

²⁴⁰ S. LEIBLE, «Cambio de deudor», en A. VAQUER, *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 233-244, en p. 239.

²⁴¹ Ese mismo Comentario E del artículo III.-5:204 DCFR advierte de que en los PICC la cosa es algo más complicada porque en el Comentario 6 al artículo 9.2.5

La relevancia de este artículo III.-5:204 DCFR para nosotros queda clara en el Comentario E, en el que se explica que aquí se exige el consentimiento del deudor para que pueda quedar liberado por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor²⁴².

Esta posición común de los PECL y del DCFR queda muy bien explicado en el Comentario E al artículo III.-5:204 DCFR, que es muy claro y que nos podemos limitar a transcribir para que queden patentes las diferencias con nuestra propia tradición:

«No se puede considerar la sustitución de un deudor por un nuevo deudor como la concesión segura de un simple beneficio sin excepción alguna al deudor original. Puede haber casos, como los que implican la prestación de un servicio, en los que el deudor tenga un gran interés legítimo en cumplir la obligación. La reputación del deudor podría verse afectada si es sustituido por otro proveedor de servicios, incluso aunque –quizás particularmente en este caso– se pague completamente al deudor. El deudor puede querer efectuar el cumplimiento a fin de mantener a una plantilla calificada de empleados y de poder conseguir más trabajo. El deudor puede haber celebrado contratos accesorios con otras personas, como proveedores y transportistas, para que pudiera hacerse el trabajo y puede no querer que se le obligue a intentar deshacer estos contratos. Además, incluso si en teoría los derechos del deudor no se viesen afectados, en la práctica las cosas podrían no estar tan claras. Los derechos pueden estar condicionados a que se produzcan ciertos acontecimientos que el deudor puede tener un interés legítimo en seguir controlando. En resumen, el deudor a menudo tiene derecho a la seguridad y estabilidad de la relación contractual y no debería privársele de ese derecho sin su consentimiento.»

A continuación el Comentario E sigue diciendo que «Es cierto que en el caso de una simple obligación de pago, si todas las demás obligaciones en virtud del contrato ya se han cumplido, el deudor puede tener interés en que se le sustituya. Sería posible formular las normas de forma que se pudiera distinguir entre el caso en que el deudor tiene interés en efectuar o controlar el cumplimiento (o en no ser sustituido) y el caso en el que el deudor no tiene tal interés. Sin embargo, esto llevaría a un conjunto de normas más complicadas que no lograrían una ventaja práctica significativa (...). Finalmente, si el deudor no consintiera la sustitución en un caso de

de los PICC se apunta que no puede obligarse al deudor a aceptar el beneficio de la sustitución y que puede negarse a quedar liberado mediante el acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor. Como se ve, parece repetirse aquí el modelo de contrato en beneficio de tercero que ha sido tan influyente en los *Restatements* americanos. En la solución de los PICC también se ve probablemente la influencia del *Uniform Commercial Code* estadounidense.

²⁴² ESPINIELLA MENÉNDEZ, p. 1218, n. 101, destaca que esto puede entenderse en el sentido de que el consentimiento del deudor es requisito de la liberación de éste, pero no obsta a que el acuerdo entre acreedor y nuevo deudor tenga efectos interpartes. Como se ve, los esquemas serían, pues, perfectamente coherentes con la tradición anglosajona sobre esto.

simple beneficio, el acreedor todavía podría aceptar el pago de un tercero, con lo que el deudor quedaría liberado y el acreedor sería responsable ante el deudor de las pérdidas que dicha aceptación ocasiona (apartado (3) del artículo III.-2:107 Cumplimiento por un tercero). Esto no significaría la sustitución por un nuevo deudor, sino que significa que el acreedor no se vería perjudicado por la negativa del deudor si el tercero todavía está dispuesto a pagar y que el deudor no resultaría perjudicado».

Como se desprende del primer párrafo transcrito, predomina en este artículo III.-5:204 DCFR el punto de vista contractual. Recordemos, además, que esta norma proviene de los PECL. Desde ese punto de vista, puede haber muy buenas razones para ver la sustitución del deudor como un problema para ese mismo deudor y, lógicamente, esos problemas se superan limpiamente si la operación se condiciona a su consentimiento.

Como se desprende del segundo párrafo, las cosas son distintas desde el punto de vista de las puras deudas de dinero (lo que en inglés se llama *debts*). Estas consideraciones se parecen más a las que se alcanzan en nuestro Derecho de obligaciones, basado en un punto de vista unilateral. Lo que está claro en este Comentario E es que, si el deudor prefiere no consentir el cambio de deudor, el acreedor puede decidirse a aceptar el pago de un tercero. Si lo hace, se convierte en responsable ante el deudor de cualquier daño que éste pueda sufrir por ese pago.

Como habíamos advertido, este Comentario E tiene mucha relación con esa norma del artículo III.-2:107 DCFR según la cual el acreedor responde de los daños que pueda sufrir el deudor a consecuencia del pago del tercero (ni autorizado por el deudor ni *interesado*) que acepta el acreedor. De esta manera, podemos confirmar, pues, que la norma está pensando en escenarios contractuales. Podemos confirmar también que es una norma que resulta ajena a la tradición del Derecho civil codificado, lo que es coherente con el punto de vista también ajeno a nuestra tradición adoptado en materia de pago de un tercero y cambio de deudor. Podemos confirmar por último que esa norma probablemente refleja el hecho de que el tercer supuesto de pago de tercero admitido por el DCFR (pago aceptado por el acreedor) no se puede explicar, en realidad, dentro de los esquemas del pago de tercero en sentido estricto, sino que hay que explicarlo con los esquemas de funcionamiento de alguna otra figura; muy probablemente, de la dación en pago (*accord and satisfaction*) realizada por un tercero.

6.5 LOS EFECTOS DEL PAGO ENTRE EL *SOLVENS* Y EL DEUDOR

Para saber qué efectos prevé el DCFR entre el deudor y el tercero que interviene en la deuda, deberemos arrancar de los comentarios que se pueden encontrar en sede de pago de tercero. Ya hemos recogido que, según el Comentario F del artículo III.-2:107 DCFR, cuando el pago de un tercero supone la extinción de una deuda ajena, la acción del tercero contra el deudor depende de las circunstancias y normas que sean aplicables y que, más en concreto, se hace referencia (a) al mandato o el acuerdo que exista entre deudor y tercero, (b) a las normas sobre gestión de negocios sin mandato y (c) a las normas sobre enriquecimiento injusto²⁴³. Hasta aquí todo encaja más o menos con la tradición continental, donde ese modelo básico de tres acciones es el relevante cuando paga un tercero que no obtiene la subrogación, como hemos visto al comienzo de este trabajo. Sin embargo, ese Comentario F termina advirtiendo que en materia de enriquecimiento injustificado quien enriquece a otro de forma voluntaria y sin error, normalmente no tiene acción contra el enriquecido. Esto nos confirma que algo ha cambiado y, como veremos, se trata de un cambio radical de los esquemas con los que el Derecho civil codificado venía resolviendo tradicionalmente la cuestión de los efectos del pago de un tercero entre éste y el deudor. En efecto, tal como están las cosas en el DCFR parece bien posible que en muchos casos el tercero no tenga acción contra el deudor y que tampoco la tenga contra el acreedor.

Como no merece la pena estudiar el contenido de los posibles pactos entre deudor y *solvens*, veremos a continuación qué resulta para un tercero de aplicar la versión del DCFR de la figura de la gestión de negocios sin mandato, para ver luego las normas sobre enriquecimiento injusto.

6.5.1 La reclamación basada en la gestión de negocios sin mandato

En sede de gestión de negocios sin mandato, el punto de partida a efectos del pago de un tercero es distinto al que es tradicional en el Derecho civil codificado²⁴⁴. La definición de la gestión de nego-

²⁴³ Ese Comentario F hace también referencia a la posible subrogación en la obligación pagada, que en principio es materia que estamos dejando deliberadamente al margen de este trabajo.

²⁴⁴ En general sobre esta figura y desde el punto de vista español, E. SABATER BAYLE, «Libro V. Gestión de negocios ajenos», en E. Valpuesta (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo*, Barcelona, 2011, pp. 426-431.

cios aparece en el artículo V.-1:102 DCFR, según el cual, «Cuando un gestor actúe para cumplir un deber de otra persona, cuyo cumplimiento es debido, urgente y necesario por ser un asunto de *interés público prioritario* y actúe con la intención principal de favorecer a la persona beneficiaria del cumplimiento del deber, la persona en cuyo favor se cumple el deber por parte del gestor será el dueño del negocio en el sentido del presente Libro» (énfasis añadido).

Como se ve, en la figura juega un papel principal la idea de que la gestión al cumplimiento de un deber que responde a un *interés público prioritario*. Para nosotros, lo más importante se encuentra en el Comentario B a ese artículo V.-1:102, que aclara que «Esta norma no sólo exige que el gestor actúe para desempeñar un deber del interesado, sino también que el cumplimiento de ese deber sea de interés público prioritario». Añadiendo un poco más abajo que «el cumplimiento de las obligaciones contractuales difícilmente llegará a ser de interés público». Como se ve, la valoración del pago de tercero desde el punto de vista de la gestión de negocios es radicalmente distinta a la tradicional en los sistemas de Derecho civil codificado. Por ello, al tercero le resultará realmente difícil basarse en las normas de la gestión de negocios sin mandato del DCFR para dirigirse contra el deudor.

6.5.2 La reclamación basada en el enriquecimiento injusto

En el DCFR no es nada fácil saber qué va a ocurrir con el pago de un tercero desde el punto de vista del enriquecimiento injusto a causa del nivel de abstracción elegido al redactar las normas sobre esta materia y a causa también, probablemente, de que el pago de un tercero no figurara entre los problemas a los que prioritariamente querían atender sus redactores.

Desde un punto de vista continental, la norma que parece más conocida y que podría querer atender al caso del pago de un tercero es la norma contenida en el artículo VII.-4:101 (e) DCFR²⁴⁵. En los distintos apartados de este artículo se encuentran supuestos que responden a la tradición alemana de las *condictiones* y, en ese apartado (e), aparece la *condictio* prevista para el regreso del *solvens* contra el deudor (*Rückgriffskondiktio*)²⁴⁶. Sin embargo, parece que se trata de una falsa apariencia y que esa norma, en el fondo, no sería capaz de solucionar el caso que nos preocupa. Esto parece

²⁴⁵ Ese artículo VII.-4:101 DCFR dice que «El enriquecimiento se obtiene a costa de otro, cuando éste: (e) libera al enriquecido de una deuda».

²⁴⁶ Sobre estas *condiciones* alemanas, X. BASOZABAL, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, 1998, pp. 35 y ss.

desprenderse, por ejemplo, del Comentario A de ese precepto, según el cual, «Este artículo, junto con los siguientes de este capítulo, aborda otro elemento fundamental de la pretensión por enriquecimiento injustificado, a saber, el requisito de que el enriquecimiento debe atribuirse a la desventaja del demandante». Es decir, que se trata de un requisito adicional que no es capaz de cambiar las cosas en caso de que se concluya que, como veremos a continuación, el enriquecimiento experimentado a raíz del pago de un tercero no se considera injusto, por aplicación del artículo VII.-2:101 y (quizá) del artículo VII.-2:102 DCFR. Insisto en que, sobre esto, creo que es difícil llegar a conclusiones claras.

En el DCFR, el punto de partida en materia de enriquecimiento está en una regla general muy amplia, según la cual quien obtiene un enriquecimiento injustificado a costa de otro está obligado a restituirlo a éste [art. VII.-1:101 (1)]. Como vemos, se parte de una visión ya conocida al estudiar el *common law* que consiste en preguntarse cuándo existe un enriquecimiento y preguntarse luego cuándo se considera injustificado o injusto.

1. Es más o menos fácil determinar que pagar una deuda ajena supone un enriquecimiento para el deudor. En el DCFR esto puede encontrarse en el artículo VII.-3:101 (1) (a), que establece que una persona se enriquece mediante el incremento de activos o la disminución de obligaciones. Por su lado, el artículo VII.-4:101 (e) establece que se considera que el enriquecimiento se obtiene a costa de otro cuando éste libera al enriquecido de una deuda²⁴⁷. Este requisito de que el enriquecimiento sea *a costa de otro* recuerda lo que en su momento vimos al estudiar el *common law* británico.

Afinando algo más, también puede ser relevante la norma del artículo VII.-5:102 (2) (a) DCFR, según la cual el enriquecido no estará obligado a pagar más de lo que ha ahorrado, si no había consentido el enriquecimiento. Esta norma, tal como está escrita, podría llegar a tener significado desde el punto de vista que ha preocupado en los sistemas de Derecho civil codificado de las excepciones que el deudor puede oponer al *solvens*, pero creo que es improbable que este problema llegue a plantearse bajo el DCFR. En cualquier caso, lo que preocupa a los redactores del DCFR es otra cosa. En efecto, el Comentario C de ese artículo deja ver que, de nuevo de conformidad a la tradición anglosajona, lo que preocupa es la imposición de un enriquecimiento cuando no se puede restituir el objeto mismo en que consiste el enriquecimiento. Lo deja claro el ejemplo que ponen los redactores del DCFR en ese Comen-

²⁴⁷ También hay que tener en cuenta la norma del DCFR VII.-5:103: Valor pecuniario del enriquecimiento; ahorro de gastos.

tario C de un limpiacristales que lava por error los cristales de una casa, fijándose en el problema de si puede reclamar al dueño el valor de ese servicio²⁴⁸.

2. Saber si el enriquecimiento es injustificado o no resulta algo más difícil, quizá porque el DCFR trata de combinar la tradición alemana con la tradición anglosajona y eso no es nada fácil. Esto se puede apreciar desde el comienzo del Libro dedicado al enriquecimiento injusto, cuando el DCFR hace equilibrios entre la posición que podemos resumir en la denominación de enriquecimiento *injustificado* (por la que finalmente opta el DCFR y tradicional en el Derecho civil codificado) frente a la denominación de enriquecimiento *injusto* (tradicional en el *common law*).

Para saber si el enriquecimiento es injustificado hay que arrancar del artículo VII.-2:101 DCFR. En concreto, nos interesa el supuesto que establece que el enriquecimiento se considera *justificado* si el demandante lo había consentido libremente y sin error [art. VII.-2: 101 (1) (b)]²⁴⁹. En principio, parece que esta norma sería de aplicación al caso del pago de una deuda ajena por parte de un tercero que se mueve espontáneamente y cuenta con la participación del acreedor que acepta la prestación. Así, cabría entender que el DCFR excluye la acción contra el deudor en esos casos, lo que es la regla general en la tradición del *common law* y resulta coherente con la advertencia que se hace en el Comentario F del artículo que el DCFR dedica al pago del tercero (art. III.-2:107 DCFR), según el cual quien enriquece a otro de forma voluntaria normalmente no tiene acción contra el enriquecido. Por otro lado, el contexto en el que encontramos esta norma del DCFR también recuerda la manera de funcionar del *common law*: la imposición de un enriquecimiento se considera una intervención oficiosa que no da lugar a acción, salvo que haya habido dolo, amenazas o error²⁵⁰. Como parece que es perfectamente posible que en el DCFR el tercero no tenga acción contra el deudor sobre la base de las normas de enriquecimiento injusto, ese tercero hará bien en asegurarse un remedio por alguna otra vía.

Fuera de un pacto con el mismo deudor, el tercero podría tratar de encontrar otra vía para recuperar su prestación reclamando frente al acreedor. Desde este punto de vista, parece que el artículo VII.-2: 101 (1) (b) DCFR al que me acabo de referir también

²⁴⁸ En Inglaterra, GOFF y JONES trabajaban ya con un ejemplo similar.

²⁴⁹ Sobre esta norma, muy brevemente, E. SABATER BAYLE, «Libro VII. Enriquecimiento injustificado», en E. Valpuesta (coord.), *Unificación del Derecho patrimonial europeo*, Barcelona, 2011, pp. 477-498, en p. 492.

²⁵⁰ El Comentario D al artículo que comentamos reproduce estas ideas.

impediría una reclamación del tercero contra el acreedor para recuperar lo pagado.

Por otro lado, ya hemos destacado que, al limitar el efecto extintivo del pago de un tercero y concebir la intervención como un acto de naturaleza contractual (dación en pago), el *common law* abre un frente del problema que es prácticamente invisible para los civilistas continentales: el frente de las relaciones entre acreedor y *solvens*. Así, conviene recordar los distintos efectos entre el tercero y el acreedor propuestos por Goff y Jones y que hemos recogido en la exposición del *common law* británico. En estos esquemas, se proponía recurrir a la idea de *failure of consideration* o a la idea de *trust* para apoyar la reclamación del tercero contra el acreedor en los casos en que el deudor no ratificara el pago del tercero²⁵¹. Como se ve, la combinación de estas ideas con las ideas del Derecho continental hace que la solución del DCFR en esta materia no sea muy clara.

El artículo VII.-2:102 DCFR lleva por título *Cumplimiento de una obligación a favor de tercero* y establece en su apartado (a) que, cuando el enriquecimiento se obtiene a costa de quien cumple una obligación debida a un tercero, ese enriquecimiento estará justificado siempre que «la persona a cuya costa se obtiene cumple libremente». Esto parece coherente con lo que acabamos de ver en el artículo VII.-2:101. Por los ejemplos que se ponen en este artículo VII.-2:102 (sorprende por su complejidad el n.º 4), parece que este artículo se podría llegar a aplicar al tercero que paga al acreedor por estar obligado a ello frente al deudor. Por ello, lógicamente, ese artículo establece que las relaciones entre las partes se rijan por lo pactado entre ellas y que no exista la posibilidad de saltar esos pactos por medio de una acción de enriquecimiento. Lo dice claramente el Comentario B: «Esto asegura que los cumplimientos contractuales generan normalmente obligaciones solo entre las partes del contrato, aunque un tercero haya podido obtener un beneficio como resultado». Sin embargo, especialmente si se ven los ejemplos que preocupan a los redactores del DCFR, lo más probable es que este recorrido sea, en materia de pago de un tercero, inútil y redundante. En efecto, si el deudor ha autorizado al tercero a pagar, éste ya estará legitimado en virtud del artículo III.-2:107 DCFR y los efectos de ese pago entre ellos también se atenderán a lo pactado.

²⁵¹ Véase la exposición de GOFF y JONES, p. 17 n 90, seguida por otros muchos autores ya citados. También destacamos en su momento que esas soluciones de dirigirse contra el acreedor presentaban sus propios problemas en el *common law*. Sobre esto, por todos, FRIEDMAN y COHEN, pp. 7-8.

De ese artículo VII.-2:102 DCFR puede interesar también el apartado (b), según el cual el enriquecimiento que se obtiene a costa de quien cumple una obligación debida a un tercero está justificado si ese enriquecimiento es el resultado meramente incidental del cumplimiento de la obligación. Sin embargo, de nuevo el texto de los comentarios y los complejos ejemplos que se ponen dificultan grandemente saber el significado exacto de esta norma. Da la impresión de que la preocupación de los redactores es el respeto de la relatividad de los contratos.

En nuestra tradición hay una norma de cierre que dice que el *solvens* tendrá contra el deudor una acción de enriquecimiento injusto, en caso de que no haya una relación contractual o de gestión de negocios que pueda justificar el derecho personal del *solvens*. Los comentarios que ya hemos recogido al hablar de los efectos del pago de un tercero entre éste y el deudor en el DCFR responden a esa misma manera de estructurar la acción de enriquecimiento, dentro de los restrictivos términos en que puede surgir una acción del tercero contra el deudor en el DCFR. Con todo, para esto también hay que tener en cuenta las normas que el Libro VII dedica a las relaciones entre las reclamaciones del enriquecimiento injustificado y el resto de pretensiones.

6.5.3 En resumen

Como acabamos de ver, reconstruir en el DCFR los efectos de la intervención de un tercero no es fácil y tampoco se puede hacer sin desprenderse de una cierta sensación de inseguridad que responde, probablemente, a que los redactores de las normas sobre enriquecimiento injustificado, quizá por la dificultad de combinar las tradiciones europeas en esta materia, no tenían presente entre sus prioridades el problema del pago de un tercero.

En cualquier caso, interesa destacar que, como habíamos advertido, la posición del DCFR sobre estos efectos entre el tercero y el deudor puede considerarse similar a la del *common law* y radicalmente distinta al sistema continental de las tres acciones básicas que ya hemos mencionado y que hace referencia al mandato, a la gestión de negocios y a la acción de enriquecimiento (cfr. nuestro art. 1158 CC). La diferencia fundamental no está tanto en el cambio de la estructura de ese sistema de tres acciones, que sí se resalta aparentemente en el Comentario F del artículo III.-2:107 DCFR, sino que la diferencia se debe a la visión tan restrictiva que mantiene este texto de *soft law* sobre la gestión de negocios sin mandato y sobre el enriquecimiento injustificado. Así, aunque no es imposible

que el tercero logre obtener una acción contra el deudor basándose en esas normas, lo cierto es que normalmente le resultará difícil.

En efecto, hemos visto, en primer lugar y en palabras de los redactores del DCFR, que «el cumplimiento de las obligaciones contractuales difícilmente llegará a ser de interés público» y que ese interés público es uno de los requisitos generales de la gestión de negocios sin mandato²⁵². Hemos visto, en segundo lugar, que la norma de que quien realiza una prestación voluntariamente y sin error no tiene acción contra el enriquecido probablemente cierra el paso a la reclamación del tercero contra el deudor también en materia de enriquecimiento injusto, al no estar clara alguna otra vía alternativa para reclamar.

6.6 CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LOS TEXTOS DE *SOFT LAW* EUROPEOS

En materia de pago de la deuda ajena, los textos de *soft law* europeos intentan combinar el punto de vista del Derecho civil continental con el punto de vista del *common law*, pero ésta no es una tarea fácil²⁵³. En los siguientes puntos me propongo explicar, desde mi punto de vista, las posibilidades y dificultades que esa tarea encierra.

1. Hay algunos puntos en los que esas dos tradiciones contrapuestas llegan a las mismas conclusiones y, por ello, alcanzar una solución común no ofrece dificultades. Se trata de los siguientes puntos:

a) El pago por mandato del deudor, efectivamente, es un caso fácil y que recibe un trato similar en los dos sistemas. En materia de pago de tercero, el fenómeno del pago autorizado por el deudor se plantea de forma similar bajo un enfoque contractual, como se hace en el *common law*, y bajo un enfoque unilateral, que es más propio del Derecho civil continental. En esos casos no hay problemas de legitimación para pagar y tampoco de imposición de un enriquecimiento sobre el deudor²⁵⁴. Desde el punto de vista contractual, lo que se plantearía es la cuestión de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de su auxiliar, que es también

²⁵² Las palabras citadas pertenecen al Comentario E del artículo V.-1:102 DCFR.

²⁵³ Para confirmar la idea de que se trata de una solución de compromiso, RINKES, p. 306.

²⁵⁴ Quizá se podría destacar, hilando más fino, que en el Derecho civil continental cabría en cualquier caso el pago de un representante indirecto aprovechándose de la amplia legitimación de los terceros y que tal posibilidad no existiría en el *common law* con igual amplitud.

materia que no ofrece problemas insalvables para distinguir entre un punto de vista bilateral y un punto de vista unilateral.

b) El caso de la obligación que exige el cumplimiento personal del deudor (cfr. nuestro art. 1161 CC) se soluciona de la misma manera en los dos sistemas. Creo que no es difícil admitir que se trata de un problema que se plantea tanto para una visión de las cosas centrada en el contrato, como para una visión centrada en la obligación.

c) En mi opinión, ni siquiera el pago de un tercero con interés forma parte de este territorio común en el que las soluciones encajan razonablemente. Es cierto, como se explica a continuación, que es un supuesto que quizá se puede explicar en el *common law* con los esquemas dogmáticamente coherentes que también emplea el Derecho civil codificado y sin que el recurso a ver la operación como una dación en pago cause demasiados problemas. Sin embargo, limitar la legitimación para pagar a los terceros con interés —que quizá tenga sentido en una visión centrada en los contratos como la de los PECL— creo que implica una serie de efectos reflejos sobre todo el Derecho de obligaciones que no está claro que sean asumibles.

2. Cuando se pretende ir más allá de estos puntos de coincidencia entre la tradición continental y la tradición del *common law*, surgen las dificultades. Desde el punto de vista de la legitimación para pagar, la cuestión puede parecer más o menos fácil de resolver. Sin embargo, creo que una aproximación en este punto corre el riesgo de quedarse en la superficie del asunto. Veámoslo en los siguientes apartados:

a) La solución propuesta en los PECL consiste en limitar la legitimación de los terceros para pagar a sólo dos casos: el pago de un tercero autorizado por el deudor y el pago de un tercero interesado. Si tenemos en cuenta que el primero de estos dos casos encaja, en realidad, en los puntos de plena coincidencia entre la tradición continental y la del *common law* que acabamos de recoger en el número anterior, se puede concluir que lo único que admiten los PECL en materia de legitimación para pagar una deuda ajena es el caso del tercero interesado. La legitimación del tercero para pagar queda así reducida a su mínima expresión. Esta solución es coherente con las reglas que contienen los PECL sobre consignación y sobre transmisión de la deuda condicionada al requisito de la voluntad del deudor. Desde un punto de vista dogmático, la operación se puede seguir viendo como algo muy próximo a un auténtico pago, especialmente si se coloca el inciso incluido en el artículo 7:106 PECL

(y reproducido en el art. III.-2:107 DCFR), según el cual el tercero interesado sólo puede intervenir *si el deudor no ha cumplido o está claro que no cumplirá cuando la obligación venza*. De esta manera, como he intentado explicar, hay garantía de que se cumplirán lo que entre nosotros llamamos *requisitos de regularidad del pago*, al menos desde un punto de vista de las circunstancias del pago. Además, la operación también es más próxima a nuestra concepción del pago de tercero porque en estos dos casos es más fácil mantener la procedencia de una acción del tercero contra el deudor, lo que en principio elimina las posibilidades de que el tercero tenga que terminar reclamando contra el acreedor. Por otro lado, hay que ser consciente de que esta solución de los PECL implica cambiar la regla clara del Derecho civil codificado –según la cual el pago de tercero *animus solvendi debiti alieni* produce un efecto extintivo– por una norma que determina ese efecto extintivo sobre la base de una cláusula general (lo que en cada caso se considere *interés*). Esto parece que se va a traducir en una pérdida de certidumbre. Por lo demás, creo que se puede decir que la solución de los PECL logra alcanzar toda la cercanía posible entre el mundo del *common law* y el Derecho civil codificado en esta materia. Aparentemente, las soluciones difieren, pero los mecanismos dogmáticos subyacentes a la intervención no se ven demasiado afectados y, en cualquier caso y aunque sea materia ajena a los PECL, es más fácil que se siga alcanzando una coincidencia lógica entre los supuestos en que se produce el efecto extintivo y los supuestos en que se reconoce acción al tercero contra el deudor.

b) La postura del DCFR (y CESL) en esta materia parte igualmente del enfoque del *common law* adoptado en los PECL, pero admitiendo un caso más de pago de tercero: el caso del pago aceptado por el acreedor (art. III.-2:107 DCFR y art. 127 CESL). Sobre esta solución o modelo del DCFR cabe observar que:

i. Al aceptar el pago de tercero consentido por el acreedor, el DCFR amplía el número de casos en los que un tercero está legitimado para intervenir en la deuda ajena, con lo que aumenta la apariencia de similitud de las soluciones con el Derecho civil continental. De esta forma, desde el punto de vista de la legitimación para intervenir, el único caso en que seguiría habiendo diferencias entre la solución del DCFR/CESL y los Derechos civiles continentales sería el caso del tercero sin interés que quiere pagar la deuda ajena y no cuenta ni con la voluntad del deudor que le autoriza ni con la voluntad del acreedor que lo acepta. Se trata de un caso que claramente se excluye del tratamiento del pago de tercero contenida en esos dos textos. Negar la legitimación para pagar de estos terce-

ros sin interés ni contactos con las partes quizá no sea algo tan relevante en estos tiempos en que las comunicaciones son muchos más rápidas y sencillas. Además, lo cierto es que desde el punto de vista de la estricta legitimación para pagar, muchos ordenamientos continentales sensatamente admiten que un acuerdo entre acreedor y deudor pueda paralizar la intervención del tercero no interesado²⁵⁵.

ii. Sin embargo, creo que esa mayor similitud con las soluciones del Derecho civil codificado es sólo aparente y creo también que se logra a costa de sacrificar ahora –y de manera poco trasparente– el funcionamiento dogmático de la operación²⁵⁶. En efecto, recordemos que el § 278 del *Restatement* (2d) sobre contratos estadounidense –que parece ser la referencia para el DCFR en esta materia– lo que estaba regulando era el llamado *cumplimiento sustitutorio* (*substituted performance* o, en la terminología más antigua, *accord and satisfaction*) realizado por tercero, es decir, una figura muy próxima a nuestra dación en pago (realizada por tercero). Este tercer caso de supuesto pago de tercero que se viene a admitir en el DCFR parece, entonces, un intruso en la materia que no responde al funcionamiento dogmático de los auténticos pagos de tercero de la tradición continental caracterizados por la identidad de la prestación. Más abajo insistiré sobre esto.

iii. En este tercer supuesto admitido por el DCFR el acreedor es el que consiente la operación, por lo que no hay problemas desde el punto de vista de las normas sobre consignación.

3. En mi opinión, como ya he dicho, es determinante en esta materia es la decisión que se adopte en cuanto a los efectos de la intervención del tercero entre éste y el deudor. Desde este punto de vista, se vuelve a confirmar que los planteamientos básicos del DCFR son radicalmente distintos a los de la tradición del Derecho civil codificado. Esto se puede comprobar atendiendo a que:

a) Desde el punto de vista de la gestión de negocios ajenos, el DCFR adopta un punto de vista restrictivo y no admite que el

²⁵⁵ Esto queda reflejado en las notas de Derecho comparado que se incluyen bajo el artículo III.-2:107 DCFR. Desde este punto de vista, la cuestión, entonces, consiste en saber quién debe moverse y qué reglas se deben dar para regular ese movimiento. Nos preguntaríamos así (a) si debe moverse el tercero ofreciendo el pago y que sea el acreedor el que busque el consenso del deudor para poder rechazarlo (como ocurre en el BGB), (b) si debe moverse el tercero poniéndose de acuerdo con el deudor si el acreedor rechaza el pago (como ocurre en el *common law*), (c) o si el tercero no interesado puede vencer la resistencia de acreedor y deudor al pago (como ocurre, según algunos, en nuestro propio ordenamiento). Sobre esto, las cosas pueden ser más o menos sencillas, pero renuncio a especular sobre ellas en este momento. Desde el punto de vista interno, mi opinión se puede encontrar en P. DEL OLMO, «Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar», *Anuario de Derecho Civil*, 1999-I, pp. 145-207.

²⁵⁶ Las notas de Derecho comparado que acompañan a los textos del DCFR me parece que muestran cierta superficialidad en el examen de la situación.

pago de la deuda ajena sea algo que interese siempre al deudor ni que exista algún interés colectivo en lo que Hope llamaba en EE. UU. *la honestidad de los tratos y el interés en el cumplimiento puntual de las obligaciones*. Esta valoración de las cosas que el DCFR rechaza de plano era justamente lo que subyacía en las normas del Derecho civil continental sobre el pago de tercero, al lado de la consideración de que el pago de la deuda ajena siempre es beneficioso para el deudor.

b) Desde el punto de vista del enriquecimiento injusto, por otro lado, el DCFR hace particular énfasis en la idea de que nadie puede enriquecer a otro sin que éste lo desee y, al menos abiertamente, no hace excepción alguna en este terreno de los pagos de tercero. Con esto se asume el punto de partida anglosajón de evitar las intromisiones oficiosas –incluso en el terreno de la intervención en las deudas ajenas– y de la primacía del contrato.

4. Si combinamos ahora las normas sobre legitimación para pagar y las normas sobre efectos de la intervención entre el tercero y el deudor, podemos ofrecer las siguientes conclusiones:

a) Como hemos dicho ya, esta visión del *common law* asumida en el DCFR parte del punto de vista bilateral y, por ello, protege los intereses del deudor más que el Derecho civil codificado. Así, como hemos señalado, el crédito es relativamente más débil en el *common law* y en el DCFR que lo sigue²⁵⁷. En efecto, por un lado tenemos al acreedor del Derecho civil continental, que puede cobrar de quien esté dispuesto a pagarle, que sabe que él sale de la escena gracias al efecto extintivo automático y que sabe que el *solvens* tendrá incentivos para pagar porque siempre obtendrá una acción contra el deudor, al que se considera siempre enriquecido por la intervención. Además, cualquier perjuicio que pueda suponer el pago del tercero para el deudor es algo que se jugará en el problema de la definición del alcance que tenga el derecho del *solvens* y en el problema, bien conocido en nuestra tradición, de las excepciones que el deudor puede oponer frente a ese *solvens*. Por otro lado, tenemos al acreedor sometido al DCFR, que puede aceptar el pago (en realidad, la *dación en pago*) de cualquiera –con lo que se produce un efecto extintivo que enriquece seguramente al deudor–, pero que sabe que no sale de la escena sino que, por el contrario, resulta responsable frente al deudor de cualquier perjuicio que a éste le pueda suponer la intervención del

²⁵⁷ Ya hemos citado a GOLD, p. 171, quien destaca este dato de la menor fuerza del crédito en el *common law*.

tercero [ex art. III.-2:107 (3) DCFR)]²⁵⁸. Además, es muy posible que ese acreedor sometido al DCFR no encuentre a quien quiera pagarle por el temor del tercero a no tener luego recurso contra el deudor y no está claro, incluso, si el tercero que no logra cobrar del deudor podría luego tratar de reclamar algo del acreedor. En efecto, aunque también haya buenos argumentos para entenderlo de otra manera, en esta construcción parece que todavía quedaría abierta la posibilidad de que el tercero pudiera dirigirse contra el acreedor (tratando de *deshacer* la dación en pago) en los casos en que no haya podido hacerlo contra el deudor. Esto añade más riesgos para el acreedor y supone una manera de razonar extraña para la tradición continental en esta materia. De alguna forma, se ve en todo esto lo distinto que es el pago de un tercero y la dación en pago ofrecida por tercero. Por decirlo en otros términos, se ve qué consecuencias tiene partir de considerar que el deudor tiene derecho al cumplimiento o, lo que seguramente es lo mismo, partir de incluir a la persona del deudor –pero en su propio beneficio– en la definición de cumplimiento exacto.

b) Interesa también destacar algunas observaciones desde el punto de vista del tercero. El tercero sometido al DCFR sabe que será difícil que de su intervención en deuda ajena derive una acción contra el deudor, a menos que lo haya pactado así con ese mismo deudor. Efectivamente, el tercero al que el acreedor le acepta la prestación sabe, bajo el DCFR, que el deudor perfectamente puede verse enriquecido de forma definitiva por su intervención, que produce la extinción de la deuda. Sabe también que, si el deudor no le reembolsa, es difícil que tenga recurso contra el acreedor que acepta el pago, a menos que pacte algo con él²⁵⁹. En esas circunstancias, la opción de pedir una cesión del crédito es probablemente la más razonable para el tercero que esté decidido a intervenir en una deuda ajena sin contar con el permiso del deudor. Desde el punto de vista del acreedor, por otro lado, ceder el crédito (incluso con el régimen de garantías que pueda ser aplicable) quizá sea también preferible a aceptar la intervención del tercero por medio de una dación en pago realizada por tercero. En efecto, si acepta la intervención del tercero, ese acreedor sería entonces responsable ante el deudor de los perjuicios que esa operación pueda causar a éste [ex artículo III.-2:107 (3) DCFR)] y, por otro lado, hay que tener en cuenta que la probabilidad y magnitud de esa responsabilidad fren-

²⁵⁸ Es lógico, por cierto, que se produzca esta responsabilidad, dado que la operación ha sido posible, precisamente, gracias a que el acreedor la había consentido.

²⁵⁹ Sobre esas dificultades de que el tercero pueda dirigirse contra el acreedor, véase, FRIEDMANN, p. 539, y FRIEDMANN y COHEN, pp. 7-8, hablando desde el *common law*.

te al deudor no es fácilmente determinable para el acreedor *ex ante*. El equilibrio que logra *ope legis* la tradición del Derecho de obligaciones continental entre los intereses del deudor, del acreedor y del tercero en esta materia puede que en algún momento ponga en peligro la voluntad real de las partes, pero en general parece que está mucho más elaborado dogmáticamente.

5. La admisión de la intervención del tercero cuando el acreedor lo acepta se hace convivir en el DCFR con la norma, radicalmente ajena al Derecho civil codificado, de que hace falta la voluntad del deudor para que el acuerdo entre el acreedor y el tercero pueda suponer la liberación del deudor original. En esto de exigir el consentimiento del deudor, el DCFR sigue la postura ya adoptada en los PECL y se aleja de la solución de los PICC y de la solución adoptada en EE. UU. en sede de *novation*. Sin embargo, recordemos que, en principio, este tercer caso de pago de tercero aceptado por el acreedor se apoya probablemente en la propuesta estadounidense del *Restatement (2d)* de contratos.

Probablemente esta decisión de exigir el consentimiento del deudor original para hacer lo que entre nosotros llamaríamos *expromisión* debería predeterminar la respuesta del DCFR a si se puede constituir una garantía sin contar con la voluntad del deudor y sobre qué remedios tendría el garante contra el deudor en esos casos²⁶⁰. Renuncio a ofrecer la posición del DCFR sobre esta cuestión en estos momentos.

No está claro que se gane algo con esta incoherencia en que incurre el DCFR, como no sea el valor simbólico de hacer un guiño a los juristas del *common law*. Por otro lado, el mismo Comentario E al artículo III.-5:204 DCFR reconoce que, si el deudor original no quiere aceptar su plena sustitución por un nuevo deudor consentido por el acreedor, siempre podía éste recurrir a admitir un pago de tercero de conformidad con el artículo III.-2:107 DCFR. Sin embargo, merece la pena destacar que, de nuevo, hay aquí desajustes dogmáticos: desde el punto de vista continental está claro que no es lo mismo un pago de tercero que una *expromisión*, puesto que la primera operación requiere cumplir los requisitos de regularidad del pago (por ejemplo, que la obligación esté vencida), mientras que la segunda operación no lo requiere. De nuevo se percibe aquí que los redactores del DCFR no mantienen la distinción entre

²⁶⁰ Recordemos los problemas que planteaba en el *common law* el condicionar el remedio del fiador al consentimiento del deudor a la constitución de la fianza. El caso fundamental para esto era *Owen v. Tate* (1976) 1 Q. B. 402. Sobre ese caso y sus problemas, por todos, MITCHEL (2007), p. 1383 n 260.

un auténtico pago de tercero y una dación en pago realizada por un tercero.

6. Es contradictorio decir que no se pueden imponer enriquecimientos a otro sin contar con su voluntad y decir que el pago de tercero aceptado por el acreedor da lugar a la extinción de la deuda. Si se produce el efecto extintivo de su obligación, desde luego que el deudor se ha enriquecido, en la medida que sea. Otra cosa es que no se le quiera reconocer acción al *solvens* contra el deudor, por considerar que no hay motivo para ello, y otra cosa es, en segundo lugar, saber si en ese caso el *solvens* podrá dirigirse contra el acreedor tratando de deshacer el acuerdo (dación en pago) por medio del que intervino.

Si ese efecto extintivo se condiciona a que (a) el deudor consienta la intervención (aunque sea a posteriori), a que (b) el tercero sea un tercero interesado o a que (c) haya un interés público que justifique la intervención, se abre la puerta a la pregunta de si hay acción contra el deudor porque, desde luego, lo que sí está claro es que hay un enriquecimiento que se puede explicar por las circunstancias de la intervención²⁶¹. Pero si ese efecto extintivo se condiciona a que el acreedor acepte la intervención, entonces (con independencia de que luego se le dé acción al tercero), se le está imponiendo al deudor un enriquecimiento que parece difícil de explicar. Al menos, si se tiene en cuenta que:

a) En la lógica de los *Restatements* estadounidenses, ese enriquecimiento se ofrece al deudor bajo los esquemas del contrato en favor de otro. En efecto, en EE. UU. el efecto extintivo de la dación en pago realizada por el tercero se produce inmediatamente, pero luego entra en funcionamiento el mecanismo del contrato en beneficio de otro. Esto supone que el deudor puede elegir entre rechazar el beneficio que supone para él esa dación en pago (si, por ejemplo, tiene interés en cumplir personalmente para defender su reputación o para mantener su plantilla de empleados, o en el resto de casos que el propio DCFR maneja hablando de cambios de deudor) o aceptarlo, en cuyo caso, como decía Corbin, esto puede verse como una ratificación que explicaría el efecto extintivo de la dación (que, gracias a esa voluntad del deudor, podría ser vista como auténtico pago en este sistema que hasta cierto punto incluye al deudor en la

²⁶¹ Se puede decir, respectivamente, que el consentimiento del deudor lo explica, que el interés del tercero explica que se imponga el enriquecimiento (por considerar que el deudor no puede lícitamente resistirse a ese enriquecimiento si, por ejemplo, el *solvens* es un codeudor solidario) o que el interés público lo explica (el ejemplo ahora es el del pago de los gastos de un funeral).

definición del pago) y que justificaría el reconocimiento de una acción del tercero contra el deudor.

b) En cambio, en la solución del DCFR, se parte del efecto extintivo de la intervención del tercero admitida por el acreedor, pero considerándola definitiva y sin que el deudor pueda discutirla. Esto quizá responda al deseo de copiar el efecto extintivo definitivo del Derecho civil continental o quizá responda a la mayor lejanía del contrato en beneficio de otro en el *common law* británico. De cualquier forma, con este punto de partida, parece que no hay otra manera de atender al interés del deudor por cumplir personalmente que no sea el de reconocerle una acción indemnizatoria contra el acreedor quien ha sido condición necesaria para que la operación pudiera realizarse. Esta solución del DCFR aparece así como una consecuencia de la combinación entre el efecto extintivo automático y definitivo más propio del Derecho civil continental y el punto de partida del *common law* más favorable al deudor (que tiene derecho a cumplir él, por sí o por medio de auxiliares, si la prestación permite la sustitución). Por otro lado, quedaría por aclarar, además, si esta solución es compatible o no con la posibilidad del tercero de dirigirse contra el acreedor cuando no pueda cobrar del deudor. El DCFR no lo explica y creo que lo debería haber hecho.

Por lo tanto, la solución estadounidense basada en el contrato en beneficio de otro (y en dejar un poco a la sombra lo relativo al efecto extintivo), solución que supone que en algún momento se contará con la voluntad del deudor, parece algo más consistente que la novedosa solución del DCFR de imponer al acreedor una responsabilidad por los perjuicios sufridos por el deudor²⁶². En esto se ve probablemente la dificultad de intentar hacer equilibrios entre el *common law* y los sistemas de Derecho civil codificado.

7. CONCLUSIÓN

Tras una primera parte dedicada a recoger la tradición anglosajona sobre el pago de un tercero, este trabajo ofrece algunas conclusiones desde el punto de vista comparado. Se explica así que las diferencias de planteamiento entre los sistemas de *common law* y

²⁶² Para la idea de que en EE. UU. no dan mucha importancia al efecto extintivo, ya hemos citado a HOPE, p. 112 n 14; THURSTON, pp. 943-944 y GOLD, p. 172 n 113. Recordemos que, como en esta materia todo es dogmáticamente más flexible en *common law*, se ha llegado a pensar que, si el deudor no ratifica, la deuda puede *revivir*. Que la deuda reviva no parece tan raro si se piensa que el esquema de funcionamiento es una dación en pago realizada por tercero. Para esto, por todos, FRIEDMANN, pp. 542 y ss.

los de Derecho civil codificado se pueden remontar al enfoque elegido por cada uno de los dos grupos de sistemas, centrándose los primeros en el contrato, mientras que los segundos se centran en la obligación. Se explica también que en los EE. UU. se ha construido la intervención de los terceros en las deudas ajenas sobre la base de la dación en pago realizado por un tercero, lo que produce algunas diferencias dogmáticas importantes que, en mi opinión, no habían sido convenientemente destacadas en los estudios de Derecho comparado. Por último, se destaca el diagnóstico de que, en los sistemas de *common law*, se determina cuándo el pago de un tercero no autorizado por el deudor produce un efecto extintivo mediante el juego de una cláusula general, mientras que eso se determina mediante una regla concreta, en los sistemas de Derecho civil codificado. Esto se traduce en que se alcancen distintos niveles de seguridad y certeza en unos y otros sistemas, lo que creo que tampoco había sido convenientemente destacado en el Derecho comparado.

La segunda parte del trabajo se dedica a proponer una lectura de los textos del *soft law* más relevantes basada en esa tradición anglosajona. Aquí creo que se pueden destacar dos conclusiones. Por un lado, que esa tradición del *common law* ha tenido gran influencia, como era fácilmente previsible, sobre los artículos que esos textos de *soft law* dedican a la figura del pago de un tercero. Por otro lado, que conociendo esa tradición anglosajona se puede aclarar el significado de algunos de las normas incluidas en los PECL y DCFR. Desde este particular punto de vista, destaco tres conclusiones:

a) Que hay buenas razones para entender que el inciso contenido en el artículo 7:106 PECL y artículo III.-2:107 DCFR según el cual el tercero interesado sólo puede intervenir *si el deudor no ha cumplido o está claro que no cumplirá cuando la obligación venza* responde al hecho de que esos textos no conciben la intervención del tercero como un auténtico pago y, por lo tanto, necesitan impedir que la intervención del tercero con interés –que se puede imponer tanto al acreedor como al deudor y que no tiene por qué implicar el cumplimiento de los requisitos de regularidad del pago– pueda producirse antes del vencimiento de la obligación.

b) Que la interpretación del inciso del artículo III.-2:107 DCFR relativo a que el acreedor responde ante el deudor de cualquier perjuicio que le pueda suponer la intervención del tercero aceptada por ese acreedor se entiende de la mejor manera posible apoyándose en los Comentarios que se hacen al artículo III.-5:204 DCFR, en el que se exige el consentimiento del deudor para que un acuerdo entre el acreedor y un tercero puedan liberarle de la obligación ori-

ginal. En efecto, esos comentarios son los que justifican la citada norma del artículo III.-2:107 DCFR.

c) Que esa norma que impone una responsabilidad al acreedor frente al deudor se puede explicar también por la construcción dogmática por la que el DCFR ha optado y que consiste en la combinación de una dación en pago realizada por tercero que, por otro lado, tiene efecto extintivo automático y definitivo.

Hablando en general, es seguramente cierto que los textos del *soft law* europeo están intentando llegar a una solución de compromiso entre el modelo tradicional del pago de un tercero ampliamente admitido en los sistemas de Derecho civil codificado y el modelo representado por el *common law*. Sin embargo, se trata de una tarea difícil y creo que, pese a todos los esfuerzos, la situación en esos textos se puede resumir diciendo que estamos ante una aproximación aparente entre las dos tradiciones contrapuestas que esconde, en lo fundamental, una clara opción por el *common law*. Esta opción podría llegar a ser razonable en los PECL, en la medida en que se refieren sólo a los contratos y las diferencias en ese terreno son menores, pero en el DCFR se trabaja desde el punto de vista de la obligación y creo que se hace sin tener en cuenta adecuadamente todas las posibilidades de análisis dogmático que ofrece el Derecho de obligaciones codificado.