

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 mayo de 2011)

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

RESUMEN

Este trabajo aborda el caso del pago de la deuda ajena por un tercero que actúa en su propio interés y que no se subroga en la obligación pagada. El Tribunal Supremo se ha enfrentado recientemente a este supuesto y ha decidido, sin aclarar bien sobre qué base, que el efecto jurídico que se produce es el de una acción de enriquecimiento (in rem verso) del tercero contra el deudor. En este trabajo se propone una explicación teórica de esta correcta decisión, partiendo de los antecedentes históricos y comparados del artículo 1158 CC: esa acción in rem verso es la que procede cuando en la intervención del tercero no se dan los requisitos necesarios para considerarla una verdadera gestión de negocios ajenos sin mandato.

¹ Este comentario se ha realizado en el marco del proyecto (FFI2008-00647) financiado por el, entonces, MICINN, «Los PETL: Más allá del llamado Marco Común de Referencia (CFR)», dirigido por el profesor Dr. D. Miquel Martí Casals. Como tantas otras veces, el profesor don Antonio Cabanillas fue quien tuvo la amabilidad de llamar mi atención sobre la STS que motiva este trabajo. Agradezco también gustosamente la oportunidad que tuve de presentar este trabajo en el seminario *Federico de Castro* que dirige el profesor don Luis Díez-Picazo en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, así como los comentarios y sugerencias que allí se me hicieron. Sin embargo, cualquier equivocación que subsista en el texto es sólo responsabilidad mía.

PALABRAS CLAVE

Pago o cumplimiento; abuso de derecho; efectos del pago de tercero sin subrogación; reembolso, enriquecimiento; intervención del tercero en interés propio.

ABSTRACT

This paper studies the payment of the obligation by a third party who acts in its own interest and does not obtain a subrogation in the creditor's right. The Tribunal Supremo has recently ruled on such a case and has decided that an actio in rem verso is applicable to it. From a historical and comparative view, it is argued in this paper that there is a plausible theoretical explanation of this court decision: what happens is that, according to the traditional roots of Art. 1158 CC, the actio in rem verso is the normal effect of a payment by a third person who is not acting within the frame of a benevolent intervention in another's affairs (negotiorum gestio).

KEY WORDS

Payment; abuse of rights; effects of the payment by a third person; reimbursement, enrichment; intervention by a third party in its own interest

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El argumento del abuso de derecho. 3. La decisión del Tribunal Supremo, en el caso concreto. 4. Los efectos del pago de tercero, en general. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, nuestro Tribunal Supremo ha tenido que enfrentarse a un caso de pago de deuda ajena en el que se plantean algunos de los problemas que han venido preocupando a nuestra doctrina especializada en el pago de un tercero. Probablemente es cierto que el caso planteado no es el supuesto más difícil que cabría imaginar, pero sí sirve para poner a prueba las teorías que se habían formulado en la doctrina sobre estas cuestiones. En esa prueba, creo que unas teorías salen mejor paradas que otras y, en ese sentido, estamos ante una buena oportunidad para hacer lo que los científicos de la naturaleza llaman *falsar* una teoría, para descartarla.

En el supuesto enjuiciado por la STS de 26 de mayo de 2011 (RJ 2011/3988), la empresa Gwydion, S.L. había pagado las cantidades que otra empresa, ALVATUR, S.L. PROMOCIONES TURÍSTICAS (en lo sucesivo, ALVATUR, S.L.), debía a un Ayuntamiento, a la Agencia Tributaria y a la Seguridad Social. El pago de Gwydion, S.L. había ascendido a unos 170.000 euros, que es la cantidad que reclama posteriormente a ALVATUR, S.L. En primera instancia, se absuelve a la demandada, mientras que en la SAP Madrid 19 de noviembre de 2007 (JUR\2008\56536), se la condena a pagar

unos 135.000 euros. La diferencia entre lo pagado y la condena se debe a que, antes del pago de Gwydion, S.L., ALVATUR, S.L. había pagado ya al mencionado Ayuntamiento unos 35.000 euros en un procedimiento de apremio. El Tribunal Supremo confirma la decisión de la Audiencia y, en mi opinión, acierta.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no termina de explicar cómo se alcanza ese resultado. En mi opinión, las cosas son mucho más sencillas si se piensa que, en este caso, lo que ocurre en realidad es que Gwydion, S.L. ha pagado subrepticamente, «a espaldas del deudor» y en su propio interés². Este supuesto de pago de tercero es distinto al de pagar en la *ignorancia* del deudor y tampoco termina de encajar en el pago *contra* la voluntad del deudor previsto en el párrafo tercero del artículo 1158 CC, al menos si nos limitamos a hacer una interpretación puramente literal de ese precepto. En cambio, desde una interpretación que tenga en cuenta los antecedentes históricos y comparados del precepto, no hay problema para alcanzar la solución de acordar una acción *in rem verso* para estos casos de pago *escondido* al deudor en los que el tercero actúa movido por «cobdicia de ganar», en la gráfica expresión de nuestra legislación de Partidas.

En este trabajo, haré primero algunas observaciones sobre el argumento, descartado por el Tribunal Supremo, de que en el caso ha habido un abuso de derecho. Luego comentaré críticamente las bases teóricas en las que se apoya esta STS y propondré una alternativa que, en mi opinión, es más clara. Finalmente, recogeré algunos datos adicionales sobre el sistema tradicional de efectos del pago de un tercero (sin subrogación) que, según creo, es urgente recuperar en nuestro Derecho.

2. EL ARGUMENTO DEL ABUSO DE DERECHO

El supuesto de partida es algo rocambolesco porque, tal como se explica en la STS que comentamos, Gwydion, S.L. fue constituida con la finalidad de pagar deudas ajenas, con la intención de situarse, mediante ese pago «en una buena posición para el caso de ejecución sobre los bienes inmuebles del deudor» (FD 1). Este hecho fue valorado en la sentencia de primera instancia para destacar, siguiendo el resumen que hace de ésta el Tribunal Supremo (FD 1), «que Gwydion, S.L. buscaba su propio y exclusivo beneficio pagando deudas de empresas en dificultades para luego embargar sus bienes inmuebles y adquirirlos a bajo precio, «sin buscar el beneficio o utilidad del pago para el deudor sino su perjuicio». Añade esa sentencia de primera instancia que «la acción de repetición ejercitada (por Gwydion, S.L.) constituía parte del procedimiento para la obtención de inmuebles de la demandada a bajo precio y (...) que procedía declarar abusivo y antisocial el ejercicio del derecho dada la mala fe y la intención clara de perjudicar al deudor» (FD 1 de la STS en comentario). Frente a este argumento del Juez de primera instancia, la Audiencia dice con toda claridad, para acoger parcialmente la

² Esta expresión de «pago a espaldas del deudor» es conocida en nuestra doctrina. Creo que el primero que la utilizó, en una propuesta fructífera, fue J. SERRA CALLEJO «Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero», *La Ley*, 1991-2.º, pp. 1082-1107, en p. 1089. Más tarde, otros autores también la han utilizado. Se puede ver, por ejemplo, K.J. ALBIEZ DOHRMAN, «El pago por tercero», en J.R. Ferrándiz Gabriel (dir.), *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996.

demanda del *solvens*, que «mal cabía apreciar abuso de derecho en el caso enjuiciado cuando de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1158 del CC puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor».

Efectivamente, aunque en casación ALVATUR, S.L. sigue argumentando con la idea de abuso de derecho, el argumento de la citada SAP que hemos entrecomillado en el párrafo anterior (según el FD 1 de la STS en comentario) no deja lugar para la duda. Mal se puede tachar de abusivo el pago de una deuda ajena, cuando tal posibilidad viene claramente admitida en la Ley. También es destacable que el pago por Gwydion, S.L. busca más su propio beneficio –como agente en el mercado que es– que el perjuicio de ALVATUR, S.L. La STS en comentario confirma estas obviedades, aunque se ve obligada a dar una respuesta mucho más prolija por la necesidad de responder a los desenfocados argumentos presentados por la demandada/recurrente.

Sin embargo, detrás de los argumentos que emplea ALVATUR, S.L. para defender su idea de que hay un ejercicio abusivo de derecho, se ocultan algunas ideas básicas que merece la pena aclarar. Según la demandada (y siguiendo otra vez el relato del Tribunal Supremo), la intervención de Gwydion, S.L. ha frustrado «las expectativas de renegociación o aplazamiento del pago del deudor a las que siempre está abierta la Administración» y le ha impedido (a ALVATUR, S.L.) «el acceso normal a los recursos administrativos y judiciales, así como la negociación y aplazamiento de su deuda con las diferentes administraciones (a las que nunca se niegan) (sic)». Estas ideas son francamente inadmisibles, tal como señala la propia STS diciendo que no «pueden considerarse probados unos daños y perjuicios concretos o, si se quiere, distintos de la genérica pérdida de oportunidad de llegar a un acuerdo con el acreedor, oportunidad que sin embargo la recurrente sigue conservando en relación con la demandante-recurrida que pagó su deuda» (FD 2; la idea se repite también en FD 3, aptdo. 3.º).

En efecto, los argumentos utilizados por ALVATUR, S.L. en este punto quizá sólo merecen una mención que podríamos llamar de antropología jurídica: únicamente se puede comprender su planteamiento si se parte de una curiosa percepción del interés público. En mi opinión, si el acreedor de ALVATUR, S.L. –en lugar de ser un Ayuntamiento, la Agencia Tributaria y la Seguridad Social– hubiese sido un particular, a nadie se le habría ocurrido decir que el pago íntegro de los correspondientes créditos realizado por Gwydion, S.L. suponía una actividad antisocial. La razón es sencilla: todo el mundo habría apreciado con facilidad que en ese conflicto, el interés preponderante es el del acreedor de obtener satisfacción íntegra para sus créditos. Si un acreedor que quizá habría admitido una quita o concedido una prórroga, se encuentra con un tercero dispuesto a pagar desde luego la totalidad de la deuda vencida, lo esperable es que vea el cielo abierto y acepte ese pago íntegro de lo debido. Otra cosa sería si ese acreedor ya hubiese concedido esa prórroga o remitido parte de la deuda: ahí sí que, sin duda, ALVATUR, S.L. podría haberlo opuesto al *solvens*.

En cualquier caso, no hay que olvidar que, desde un punto de vista de política jurídica, el conflicto que hay que decidir en realidad se plantea entre tres partes y que la solución que alcanza el CC para solucionarlo es clara. En efecto, en el conflicto entre el deudor –que no quiere pagar o que quiere renegociar su deuda–, el tercero, –independientemente de que puede perseguir al pagar su propio interés o el del deudor–, y el acreedor –que quiere cobrar–, el legislador ha dejado claro que éste último es el preferido. Si se reflexiona un

momento, es fácil advertir que, al admitir el pago realizado por el tercero contra la voluntad del deudor (art. 1158.II, último inciso), lo que está diciendo el legislador es que el acreedor puede cobrar de cualquiera sin necesidad de contar con el permiso del deudor, por regla general³. Si la regla general fuera la contraria y el deudor pudiera impedir el pago de un tercero simplemente expresando su voluntad en contra, la posición del acreedor en el crédito se vería francamente perjudicada. En el caso extremo, ¿Tendría el acreedor que pedir permiso al deudor para poder cobrar de un tercero?

La solución que el legislador ha dado para este caso es, en realidad, el producto de una larga evolución doctrinal que, por las razones ya dichas, ha admitido el pago de tercero contra la voluntad del deudor (cuestión de legitimación para pagar), pero lo ha hecho ajustando con cuidado la consecuencia jurídica (cuestión de efectos del pago), que aparece definida en el CC como derecho que permite reclamar «aquello en que le hubiera sido útil el pago» (art. 1158.III), es decir, una acción para reclamar el enriquecimiento experimentado por el deudor.

3. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO, EN EL CASO CONCRETO

La parte más interesante de la STS de 26 de mayo de 2011 que comentamos es la que necesita poner a funcionar el sistema de remedios aplicable a los distintos casos de pago de tercero. Es aquí donde se aprecia que la solución finalmente alcanzada por el Tribunal Supremo es correcta, pero que la tarea del juez podía haber sido más sencilla si la guía doctrinal elegida hubiera sido otra y más clara.

El argumento fundamental de la recurrente es resumido por el Tribunal Supremo (FD 3) diciendo que «se centra en discutir que la acción ejercitada por ésta fuese la de reembolso ya que, en opinión de la recurrente, fue la de repetición porque, habiéndose hecho el pago sin conocimiento del deudor, es decir de la propia recurrente, y habiéndose opuesto ella misma al pago en su contestación a la demanda, primera oportunidad que tuvo para manifestar su expresa voluntad en contra, la demandante no tendría derecho más que a aquello en que el pago le hubiera sido útil a la recurrente, de suerte que, no habiéndole reportado ninguna utilidad y sí, en cambio, solo perjuicios, la demanda habría de ser desestimada».

Como se ve, el argumento entrecomillado emplea la denominación habitual en nuestra doctrina de derecho de reembolso (para el remedio del artículo 1158.II, que permite reclamar «lo pagado») y derecho de repetición (para el artículo 1158.III, que permite reclamar la utilidad). El argumento empleado por la recurrente y demandada, que el Tribunal Supremo correctamente rechaza, es combinación de dos opiniones doctrinales existentes en nuestro país que, en mi opinión, son equivocadas. Se mezclan en ese argumento (a) la idea de que el deudor puede oponerse al pago después de que éste ya se ha realizado y (b) la idea de que se pueden oponer al *solvens* que

³ Como toda regla general, admite algunas excepciones: un tercero no puede pagar la deuda ajena en los casos de prestaciones personalísimas (art. 1161 CC) ni tampoco cuando acreedor y deudor han pactado la exclusión del pago de un tercero. He estudiado estos casos en P. DEL OLMO, «Los límites al pago de un tercero y la legitimación para consignar», ADC, 1999-I, p. 145-207.

ejercita el remedio previsto en el art. 1158.III los perjuicios que, según la recurrente, ella misma ha sufrido (perder la oportunidad de renegociar su deuda a la baja o de obtener un aplazamiento). Veámoslo por partes

(a) Sobre la primera idea, el Tribunal Supremo acoge correctamente la opinión absolutamente mayoritaria en España y en Derecho comparado, según la cual la voluntad (y actitud) del deudor relevante para determinar los efectos del pago es la previa o coetánea a ese pago (FD 3, aptdo. 2.º). La voluntad del deudor posterior al pago sólo es relevante en el caso marginal de que éste venga a confirmar lo hecho por el *solvens*, ratificando así su gestión (cfr. art. 1892 CC). La idea de atender a la voluntad/actitud del deudor posterior al pago fue propuesta por E. Lalaguna con el loable propósito de aclarar algunas dudas del sistema de remedios del pago de tercero, pero es ajena a la tradición que se esconde detrás de esta figura y no funciona correctamente, como se demostrará más abajo⁴.

(b) Respecto de la segunda parte del argumento empleado por la recurrente, lo cierto es que el Tribunal Supremo no acaba de pronunciarse sobre qué remedio es el que correspondía al *solvens*, si la acción de repetición del artículo 1158.III o la de reembolso del artículo 1158.II. Lo único cierto es que el Tribunal Supremo (FD 3, aptdo. 3) considera correcto que el *solvens*, a pesar de que ha pagado unos 170.000 €, sólo pueda reclamar al deudor unos 135.000 € y que la razón de esta rebaja deriva del hecho de que el deudor, por su lado, había pagado ya al Ayuntamiento unos 35.000 €.

El Tribunal Supremo alcanza un resultado correcto, pero deja en la nebulosa la razón que le permite alcanzarlo⁵. En mi opinión, lo que ocurre en este caso es que el Tribunal Supremo es víctima del caótico panorama doctrinal que existe en España acerca del pago de un tercero. En efecto, el resultado correcto es permitir la reclamación de unos 135.000 € por el *solvens*, pero ese resultado choca literalmente contra el tenor literal del artículo 1158.II, que permite reclamar «lo pagado» y, en realidad, Gwydion, S.L., había pagado unos 175.000 €. Además, para gran parte de la doctrina, ese artículo 1158.II se aplica tanto a los pagos *ignorados* por el deudor como a los pagos *aprobados* por éste, lo que lleva necesariamente a confirmar que se tiene que poder reclamar «lo pagado», sin ningún descuento, porque la consecuencia jurídica es común y lo que no se puede permitir es que el deudor oponga al *solvens* que paga siguiendo sus instrucciones ninguna de las excepciones que aquél podría haber opuesto al acreedor⁶. Lo expresa muy claramente J. Serra Callejo diciendo que «el que obra por encargo de otro debe ser resarcido de todo gasto amparado por los términos de su convenio con el mandante, sin que éste pueda alegar a posteriori que su interés era en realidad distinto de lo que había manifestado al mandatario»⁷.

⁴ E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sujetos del pago», *BIMJ*, 1985, pp. 15 y 16.

⁵ El resultado de reconocer una reclamación sólo del enriquecimiento en estos casos de pago *escondido* al deudor en realidad ya estaba en STS 18 noviembre 1998 (RJ 8412); STS 12 noviembre 1987 (RJ 8397) y 30 septiembre 1987 (RJ 6455).

⁶ Esta descripción de la doctrina más extendida está ahora bien recogida en F. OLIVA BLÁZQUEZ, «Comentario al artículo 1158» en A. Cañizares et al. (dir.), *Código Civil comentado*, III, Cizur Menor, 2011, pp. 354-355.

⁷ J. SERRA CALLEJO, «Consideraciones...», *La Ley*, 1991-2.º, cit. p. 1090. La idea estaba ya en F. Laurent, autor que es fundamental para entender los antecedentes de nuestro artículo 1158 por estar detrás del célebre Anteproyecto de Código Civil belga, que resultó muy influyente en la regulación de esta materia en nuestro propio CC. En el sentido indicado, véase F. LAURENT *Principes de droit civil français*, XX, 3.ª ed. Bruselas-París, 1878, p. 347

Se podría alcanzar ese resultado correcto (permitir la reclamación de 135.000 €) diciendo que lo que ocurre es que en este caso es de aplicación el artículo 1158.III porque el deudor se ha opuesto al pago del tercero en la primera ocasión en que ha tenido la posibilidad de hacerlo. Ya hemos visto que este razonamiento, que es empleado por ALVATUR, S.L., tiene el inconveniente de dar relevancia a la actitud del deudor posterior al pago, lo que es inadmisibile. En efecto, si expresando su voluntad contraria al pago posteriormente a su realización el deudor pudiera limitar el alcance de la acción del *solvens*, ¿habría muchos deudores que no lo hicieran?

Descartado lo anterior, se podría alcanzar ese resultado correcto (permitir la reclamación de 135.000 €) diciendo que lo que ocurre es que el reembolso del artículo 1158.II no es inmune a las excepciones que el deudor podría haber opuesto al acreedor. Para poder defender esta tesis es necesario, por la razón resumida más arriba en las citadas palabras de J. Serra Callejo, decir que lo pagos aprobados por el deudor no están en el artículo 1158.II. Esto es lo que hacen, sin justificarlo especialmente, los profesores R. Bercovitz y E. Valladares⁸. Claro que, entonces, ¿qué diferencia hay entre este reembolso del artículo 1158.II (frente al que cabe oponer excepciones) y la acción de repetición del artículo 1158.III? Los citados autores dicen que, frente a esta última acción, el deudor puede oponer verdaderas excepciones y, además, «otros perjuicios» (como son, según estos autores, la proximidad de una prescripción extintiva del crédito pagado, el deseo del deudor de no pagar para forzar una reclamación o mejora y la existencia de relaciones comerciales duraderas entre el deudor y el acreedor)⁹. Como se ve, algo de esto es lo que estaba pensando la defensa de ALVATUR, S.L., por los razonamientos que emplea.

En efecto, esa base teórica es la que subyace en la idea de que se pueden oponer al *solvens* que actúa en ejercicio de la acción *in rem verso* (ex art. 1158.III) perjuicios del tipo de los que pretende haber sufrido ALVATUR, S.L. Sobre esta cuestión teórica el Tribunal Supremo no se pronuncia, porque su tarea no es solucionar polémicas doctrinales. Sin embargo, en la STS sí queda claro, en cualquier caso, que los perjuicios alegados concretamente por ALVATUR, S.L. («genéricas expectativas de haber llegado a acuerdos favorables con sus acreedores») no son relevantes, puesto que «tales expectativas genéricas siempre existen en toda relación entre acreedor y deudor sin que por ello impidan el pago por un tercero con los efectos que determina el artículo 1158 CC» (STS, FD 3, aptdo. 3.º).

⁸ Cfr. R. BERCOVITZ y E. VALLADARES, «Comentarios al artículo 1158», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, XVI-1.º, 2.ª ed. Madrid, 1991, p. 23, donde afirman, apodícticamente, que «los efectos determinados en el artículo 1158 se refieren a actuación de terceros no ligados por relación contractual o por relaciones derivadas de normas específicas». R. BERCOVITZ sigue manteniendo su opinión en el comentario que hace al artículo 1158 en R. Bercovitz (dir.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed. Cizur Menor, 2009, p. 1392. Esta opinión ha tenido eco en la jurisprudencia. También recientemente, G. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia 2006, p. 33, apoya esta idea, pero lo hace con argumentos débiles que son históricamente incompletos.

⁹ R. BERCOVITZ y E. VALLADARES, «Comentarios...», cit. p. 58. Véase una crítica de estas ideas en P. DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998, p. 47.

En realidad, estos intentos doctrinales de explicar el caso que plantea la STS en comentario fallan porque se mueven en una interpretación puramente literal del artículo 1158. De esa manera, adoptan un punto de vista que ignora la tradición que se esconde tras ese precepto y que, además, se sitúa al margen de la experiencia comparada de los países de la órbita de la codificación francesa. En efecto, en el caso decidido por la STS, lo que se plantea es el tratamiento de lo que podríamos llamar pago *subrepticio* del tercero, es decir, un pago realizado «a espaldas del deudor» al que se añade el dato de que el *solvens* actúa en interés propio. Se trata de un pago que es *ignorado* por dicho deudor, lo que apunta a la aplicación del artículo 1158.II entendido literalmente, y que no es un pago *contra* la voluntad del deudor, lo que excluye la aplicación del artículo 1158.III. Pero este resultado puramente literal es claramente inasumible: ¿Merece mejor trato quien deliberadamente oculta al deudor su intención de pagar que quien lo hace abiertamente pero contra su voluntad? ¿Puede el legislador dar un tratamiento distinto a quien paga abiertamente contra la voluntad del deudor de quien lo hace subrepticamente, ocultándole a éste sus intenciones y actuando en su propio interés? La respuesta a estas dos preguntas es claramente negativa. Además, lo importante es señalar que no hace falta llegar a esta conclusión por sentido común o guiado por la intuición, sino que existe un argumento teórico que explica por qué son así las cosas.

En efecto, en el sistema tradicional que subyace a la normativa que nuestro Código incluye en el artículo 1158, el pago aprobado por el deudor da lugar a una acción contraria de mandato, el pago realizado en la ignorancia del deudor pero en su interés («por cuenta de otro», dice el art. 1158.II) da lugar a la acción contraria de gestión de negocios y el pago de quien no puede ser tenido por tal, da lugar a una acción de enriquecimiento. Este último caso es el que ahora interesa: en la tradición de la que proviene nuestro art. 1158, el pago realizado por quien paga contra la voluntad del deudor da lugar al mismo remedio (acción de enriquecimiento) que el pago de quien paga en interés propio, puesto que en ambos casos faltan los requisitos necesarios para ser tenido por auténtico gestor de negocios (señaladamente, la *absentia domini*, entendida como imposibilidad de consultar con el dueño del negocio antes de tomar la decisión de actuar en su esfera, y actuación en interés del dueño del negocio)¹⁰. En mi opinión, ésta es la base teórica que mejor puede explicar el correcto resultado que alcanza en la STS en comentario.

En efecto, en el caso decidido por la STS de 26 de mayo de 2011, Gwydion, S.L. es titular tan sólo de la acción prevista en el artículo 1158.III y, por eso, ALVATUR, S.L., puede oponerle la excepción de que ya había pagado 35.000 € al acreedor y limitar así el alcance de la acción del primero. Gwydion, S.L., no es titular de la acción a que alude el artículo 1158.II porque, a pesar de que literalmente ha pagado en la ignorancia del deudor, ha actuado en interés propio y la acción de ese párrafo artículo 1158.II es una simple remisión a la acción contraria de gestión de negocios que, para ser aplicable, exige la actuación en interés del deudor y el requisito de la *absentia domini*. Se equipara así, sin mayor problema, el trato de quien paga abiertamente contra la voluntad del deudor con el trato de quien actúa a espaldas del deudor, en su propio interés. Se alcanza este resultado, además, sin nece-

¹⁰ Para más información sobre estos requisitos, M. PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, pp. 84 y 386. Más recientemente, M.E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000, pp. 257 ss.

sidad de dar relevancia a la voluntad del deudor expresada con posterioridad al pago. Tampoco hace falta llegar al extremo, imprescindible para otras opiniones, de identificar gestión de negocios y enriquecimiento injusto.

4. LOS EFECTOS DEL PAGO DE TERCERO, EN GENERAL

Para cerrar este comentario, resumo a continuación alguna explicación adicional sobre el sistema de efectos de pago de tercero que subyace en nuestro artículo 1158 y que permite superar el entendimiento puramente literal que predomina en nuestra doctrina. Para respetar las dimensiones de un trabajo como éste, renuncio aquí a exponer todas las razones que apoyan el sistema realmente tradicional que propongo recuperar y también renuncio a exponer la crítica completa de los argumentos que emplea nuestra doctrina mayoritaria¹¹. Sí merece la pena destacar, en cualquier caso, que el modelo que definiendo se ha venido a reflejar ahora en las propuestas de la Comisión General de Codificación¹².

Para explicar las bases teóricas de la regla según la cual el pago de un tercero realizado en su propio interés y a espaldas del deudor da lugar a una acción de enriquecimiento como la prevista en el artículo 1158.III, es necesario abrir un poco el foco y explicar todo el sistema de remedios previsto para los casos de pago de tercero. La mejor y más sencilla manera de hacerlo es atender a los antecedentes históricos y comparados del artículo 1158 CC.

En efecto, para entender este artículo, inspirado directamente en el Código Civil argentino (1869) y en el Anteproyecto belga de Laurent (1878), en realidad basta con leer los comentarios que ponía don Dalmacio Vélez Sarsfield a los artículos sobre pago del tercero contenidos en el primero de los textos citados, en los que se dan normas idénticas prácticamente a las de nuestro artículo 1158 CC¹³. Decía Vélez Sarsfield que «cuando el pago se hace con consentimiento del deudor, hay contra él la acción de mandato.

¹¹ Hay una explicación completa del sistema, que sólo es novedoso en España, y una crítica a las opiniones españolas mayoritarias, en P. DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, cit., pp. 54 ss. También he presentado estas ideas, en formato más breve, en «Comentario a los artículos 1158 y 1159 CC», en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010, pp. 1286-1289.

¹² Me refiero a la *Propuesta de Modernización del CC en materia de Obligaciones y Contratos*, publicada en 2009 y accesible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html (página consultada el 21 de febrero de 2012). En concreto, el párrafo segundo del artículo 1155 dice que «El tercero podrá reclamar del deudor aquello que resulte de la aplicación de las normas relativas a la relación que existiera entre ambos o, en su defecto, aquello en que el deudor se hubiera enriquecido con el pago». Como se ve, los casos de pago de tercero se regulan aquí por referencia a las normas generales aplicables, que no son otras que el mandato y la gestión de negocios ajenos, y la previsión residual de una acción de enriquecimiento.

¹³ El artículo 727 CC argentino decía «El pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aun ignorándolo éste, y queda la obligación estinguida (sic) con todos sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. Si se hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, sólo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento». Cerrando el paralelismo con nuestro artículo 1158, el artículo 728 de ese mismo CC argentino añadía, «El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

Cuando se hace ignorándolo, la acción *negotiorum gestorum*». Para comentar el artículo en que el CC argentino establecía la posibilidad de que el *solvens* que había pagado contra la voluntad del deudor reclamara a éste aquello en que le hubiese sido útil el pago, añadía el codificador argentino que, en estos casos, había que evitar el enriquecimiento del deudor y que «cuando damos al que ha hecho el pago, acción para cobrar aquello en que el pago ha sido útil al deudor, le reconocemos sólo la acción *in rem verso*».

Como se ve en estos comentarios de Vélez Sarsfield, y se puede comprobar en toda la doctrina y textos legales de la tradición latina, hay tres supuestos de hecho y cada uno tiene su propio remedio. Así, para plantear correctamente los problemas que se plantean en los pagos de tercero (sin subrogación), hay que distinguir entre:

a) El supuesto del que paga porque el deudor se lo ha pedido. A esta situación siempre se ha equiparado la situación del que paga con el conocimiento del deudor que, sin embargo, ni lo aprueba ni lo rechaza. Esta actitud del deudor se equipara, desde la tradición romana, a un mandato tácito. En estos dos casos, el remedio con el que el *solvens* puede dirigirse contra el deudor es una acción contraria de mandato.

b) El supuesto del que paga en nombre del deudor y para su liberación. Este supuesto da lugar al nacimiento de una acción contraria de gestión de negocios. Nótese que lo importante es que la intervención del *solvens* ha de cumplir todos los requisitos de la gestión de negocios, especialmente la *absentia domini*, entendida como la imposibilidad de ponerse en contacto con el dueño del negocio para recabar sus instrucciones, y la actuación en interés de éste. Se trata de un interés que es apreciado objetivamente.

c) El supuesto del que paga contra la voluntad del deudor. En la versión del Código de Napoleón, este supuesto no daba lugar a acción porque se presumía que el *solvens* quería hacer una donación al deudor¹⁴. Sin embargo, en el posterior desarrollo de la doctrina que trabajaba sobre ese Código y en los Códigos influidos por ella, se llega a la conclusión de que en estos supuestos de pago contra la voluntad del deudor –y más en general, aquellos en los que el *solvens* no puede ser considerado gestor de negocios– es mejor prever una acción de repetición del enriquecimiento que, en su caso, hubiera recibido el deudor. Esta es la solución que también está en nuestro artículo 1158.III CC, regla que pretende recoger los casos que no han sido cubiertos por los dos casos anteriormente enunciados en a.) y b.)¹⁵. Esta manera de relacionar acción de enriquecimiento (*in rem verso*) y supuestos «incompletos» de gestión de negocios ajenos es también tradicional¹⁶.

¹⁴ Esta misma opinión, que es la de POTHIER, se asumía en el Proyecto español de 1851. Decía GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 1099 de ese Proyecto que «invito beneficium non fit, y el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar». En la STS que comentamos se baraja esta solución como forma de reducción al absurdo diciendo (FD 2): «...habrá que concluir que la acción de reembolso ejercitada por la sociedad demandante no puede ser desestimada por fraudulenta, abusiva o contraria a la buena fe, desestimación cuya consecuencia sería que hubiera pagado *gratuitamente* una deuda ajena ascendente a 134.455,91 euros...» (énfasis añadido)

¹⁵ Esta solución que propongo había sido ya sugerida por J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-2.º, Barcelona, 1956, p. 271 n. 21. Recientemente, la sigue también G. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 31.

¹⁶ Como se puede confirmar en la exposición del profesor Díez-Picazo en L. DÍEZ-PICAZO y M. DE LA CÁMARA, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1991, pp. 90 y 94. La misma idea estaba ya en un autor tan influyente en nuestro artículo 1158 CC como F. LAURENT, *Principles...*, XX, cit. pp. 362-363.

Esta última idea es perfectamente utilizable en la STS en comentario. Como ya hemos adelantado, lo que ocurre en realidad es que el efecto previsto en el CC para el pago que se realiza en la *ignorancia* del deudor, pero porque el *solvens* se ha preocupado de ocultarle sus intenciones, es sólo la acción de repetición para reclamar el enriquecimiento prevista en el artículo 1158.III. Esta es la solución tradicional y fácil para estos casos. En la lógica tradicional de *tres* supuestos de hecho y *tres* consecuencias jurídicas, el pago da lugar a la acción contraria de mandato si el deudor aprueba el pago, a la acción contraria de gestión de negocios, si la intervención del tercero puede ser calificada como tal (*absentia domini* y actuación en interés ajeno, básicamente) y una acción de enriquecimiento si falta alguno de los requisitos para ser tenido por auténtico gestor de negocios. Si el pago es realizado contra la voluntad del deudor, claramente no se cumplen esos requisitos y sólo nace una acción *in rem verso* (como este es el supuesto más estudiado, es el que se acoge en el artículo 1158.III y los textos similares de otros Códigos). Si el pago lo realiza el tercero en interés propio (*animus depraedandi*, en la doctrina general de la gestión de negocios) y ocultando sus intenciones al deudor, el *solvens* no puede ser considerado gestor de negocios y, por ello, sólo adquiere la acción de enriquecimiento prevista en el artículo 1158.III.

5. CONCLUSIÓN

Como se ve, este planteamiento de *tres* supuestos de hecho con sus *tres* correspondientes consecuencias jurídicas, obtenido en realidad por remisión a las reglas generales, es el realmente tradicional y el que explica completamente el funcionamiento de la figura del pago de un tercero (sin subrogación). Por el contrario, en la doctrina española, apegada a un entendimiento puramente literal del artículo 1158, se parte de que en ese precepto hay *tres* supuestos de hecho (pagos aprobados, pagos ignorados y pagos contra la voluntad del deudor), pero sólo *dos* consecuencias jurídicas (reembolso y repetición). Algunos autores cortan este nudo gordiano, en lugar de deshacerlo, sacando de la escena alguno de esos supuestos de hecho: logran así tener sólo *dos* casos relevantes y *dos* consecuencias jurídicas; sin embargo, por distintos caminos, acaban llegando a nuevos callejones sin salida. Todo esto es lo que da lugar a la caótica situación doctrinal existente en la actualidad, situación –es importante advertirlo– que no tiene parangón en ningún otro país conocido.

En el caso decidido por la STS de 26 de mayo de 2011, aunque el resultado es correcto, el Tribunal Supremo ha sufrido esa oscura situación doctrinal y ha perdido la ocasión de aclarar cuál es el régimen aplicable al pago (sin subrogación) del tercero que actúa en propio interés y ocultándose al deudor, supuesto que escapa a ese entendimiento literal del artículo 1158 que predomina en la doctrina española. Aunque a primera vista quizá ese supuesto podría parecer un caso de laboratorio, lo cierto es que esta STS ha venido a demostrar que no es así. Por mi parte, tengo la esperanza de que estas breves líneas hayan podido demostrar que, en realidad, estamos ante un caso muy claro –de libro– de pago de la deuda ajena: el caso que podemos llamar de *pago subrepticio de un tercero*.

