

El cumplimiento de las obligaciones
por el representante voluntario: notas
para una revisión de su concepción
dogmática

*The fulfillment of obligations by the
voluntary representative: notes for a
review of its dogmatic conception*

por

JORGE LUIS ORDELIN FONT*

Profesor Asistente de Derecho Civil

Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente

Notario

«Es este un problema que muy pocas veces se ha planteado en nuestra doctrina de una manera frontal, dándose por supuesta la solución que sobreentiende que es evidente y muy clara. Sin embargo, no es así, como acontece con frecuencia en Derecho con todas las cosas que son aparentemente claras».

Luis Díez-PICAZO

* Profesor Asistente de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Santiago de Cuba. Ave. Patricio Lumumba s/n, Santiago de Cuba, Cuba, CP. 90500. Notario público con competencia en la provincia Santiago de Cuba. Especialista en Derecho Civil y Familia. Cursa Maestría en Derecho Civil por la Universidad de La Habana. Doctorando en Ciencias Jurídicas en programa Doctorado Tutelar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente.

RESUMEN: El presente trabajo constituye una revisión de los fundamentos que tradicionalmente han concebido por la doctrina que el cumplimiento de la obligación realizado por el representante es cómo si lo hubiera realizado el propio deudor. Sin embargo hoy, la doctrina civil debe replantearse tal aseveración partiendo de la determinación de los presupuestos de la representación voluntaria y el propio cumplimiento de las obligaciones; teniendo en consideración las múltiples teorías que en relación a ambas categorías se han esgrimido. Aunque se pretenda justificar como una *fictio iuris*, lo cierto es que concebir el cumplimiento del representante como el realizado por el propio deudor, tanto por la legislación y la doctrina, resulta improcedente. Esta concepción entra en franca contradicción con la concepción del régimen de responsabilidad entre el actuar del representante y el actuar del deudor.

ABSTRACT: *This paper is a review of the fundamentals that have traditionally conceived by the doctrine that the fulfillment of the obligation undertaken by the representative is how if I had done the debtor. But today, the civil doctrine should rethink that assertion based on the determination of the budgets of agency and self- fulfillment of obligations; taking into account the multiple theories relating to both categories have been raised. Although attempts to justify as a legal fiction, the truth is that conceiving compliance rep as performed by the debtor himself, both by law and doctrine, is inappropriate. This design comes in clear contradiction with the conception of the liability regime between acting and acting representative of the debtor.*

PALABRAS CLAVES: Cumplimiento de las obligaciones. Representante voluntario. Tercero. Deudor.

KEY WORDS: *Fulfillment of obligations. Voluntary representative. Third debtor*

SUMARIO: I. LÍMITES PARA UNA CONCEPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.— II. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: PUNTOS COINCIDENTES: II.1 EL PROGRAMA DE LA PRESTACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO. II.2 EL *ANIMUS SOLVENDI* COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. II.3 EL *ANIMUS SOLVENDI* DEL REPRESENTANTE EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: II.3.A) *La buena fe, la diligencia y los deberes accesorios del representante.* II.3.B) *Buscando un límite entre el actuar del representante y el representado en el cumplimiento de la obligación: las instrucciones.*—III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TERCERO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y EL ACTUAR DEL REPRESENTANTE VOLUNTARIO: ¿ES EL REPRESENTANTE UN TERCERO?— IV. CONCLUSIONES.— V. BIBLIOGRAFÍA

La representación voluntaria constituye un medio del Derecho puesto en función del desarrollo del hombre y del progreso económico. La intervención de un representante en el cumplimiento de las obligaciones es totalmente factible, siempre que este cumplimiento, como objeto de la relación representativa, reúna los requisitos de idoneidad, vista como posibilidad de los servicios de gestión encomendados, licitud y determinación (DÍEZ PICAZO, 1979, págs. 81 y sigs.) Históricamente la doctrina y la legislación han aceptado, sin vacilar, el axioma de que el cumplimiento de la obligación realizado por el representante es cómo si lo hubiera realizado el propio deudor. Sin embargo, al adentrarnos en este fenómeno nos percatamos que tal aseveración no resulta del todo tan cierta, sino que en su interior, se desenvuelven una serie de contradicciones propias de dos fenómenos jurídicos tan polémicos como son la representación voluntaria y el cumplimiento de las obligaciones.

En virtud de ello, el presente trabajo pretende exponer algunos de los principales fundamentos que demuestran la inviabilidad de esta aseveración, partiendo de la determinación de los presupuestos de la representación voluntaria y el propio cumplimiento de las obligaciones; teniendo en consideración las múltiples teorías que en relación a ambas categorías se han esgrimido. Todo ello resulta necesario, no solo porque analizado el mismo fenómeno desde otros presupuestos es lógico que no se llegue a las mismas conclusiones, sino también, porque la propia concepción del cumplimiento de las obligaciones por el representante no se ha analizado en consonancia con las propias revisiones que actualmente se imponen en el tema de la representación voluntaria en la doctrina más moderna, la cual ve hoy replanteada sus principales fundamentos¹.

I. LÍMITES PARA UNA CONCEPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Aunque pareciese una cuestión superada en la doctrina moderna, todavía es objeto de disquisición si la representación solo es posible cuando esta se realiza en nombre ajeno y por ende, solo la representación directa es verdadera y propia; y si la representación indirecta puede quedar contemplada también dentro de este concepto. En el primer grupo, es válido mencionar, como sus más fervientes defensores MOSSET ITURRASPE, LORENZETTI, BUERES, MAYO², posición que ha trascendido a la propia concepción que sobre la figura esgrime el *Anteproyecto del Código Civil argentino de 2012*³. Por su parte para el segundo grupo el concepto de representación sustenta el objeto de la misma, no en la actuación a nombre de otra persona, sino en la posibilidad de que una persona —representante— actúe con efectos en la esfera jurídica de otra persona, léase representado, ya sea por la cooperación en el hecho jurídico ajeno como defiende DÍEZ PICAZO o en la sustitución del representado.

Como elementos definitorios de este concepto de representación podemos establecer los siguientes:

- El modo mediante el cual se desarrolla esta actuación es intrascendente a la representación, pudiendo los efectos de la misma producirse de forma directa o indirecta. Siendo solo trascendente el carácter ajeno del negocio y del interés manifestado en el mismo. No es esencial a la representación la *contemplatio domini* puesto que la esencia de la misma no es que el acto haya sido realizado en nombre de otro, sino que tenga eficacia para otro.
- En la base de toda situación representativa hay siempre una relación de gestión. Esta es la relación desencadenante de la representación, que se diferencia de la relación representativa como conjunto de derechos y de deberes que entre dos personas surgen por el hecho de que una de ellas esté actuando como representante de otra. Una es el negocio y otra la relación jurídica negocial.
- La causa de la mencionada relación se encuentra en la confianza que el gestor le merece al principal o *dominus negotii*, así como que dicha relación se funda en un evidente carácter *intuitu personae*.
- No se limita a la teoría general del negocio jurídico, sino que comprende toda clase de actos jurídicos, incluidos los no negociales.

Si para el primer grupo, el poder se ostenta a partir de la autorización para actuar a nombre de otra persona, con la revisión de estos postulados clásicos, DIEZ PICAZO lo define como la «situación jurídica de que es investido o en que es colocado el representante y que le permite o le faculta para actuar en la esfera jurídica ajena» (DÍEZ PICAZO, 1979, pág. 125).

Solo visto desde esta perspectiva, es posible concebir que la representación indirecta es también representación propia. En consecuencia, no resulta congruente que se fundamente el hecho de obrar por cuenta ajena en una relación como el apoderamiento unilateral y recepticio, el que solo encuentra su concreción en la representación directa. Se hace entonces necesario buscar un elemento común, sobre el cual se sustenten ambos modos de llevar a cabo la representación, y este no es más que el interés ajeno y la relación de gestión, presente tanto en el tipo directo como en el indirecto.

A su vez, la identificación del origen del poder de representación en la relación de gestión, especialmente el mandato, y la aplicación de las reglas de este último en la relación representativa ante la ausencia de un régimen jurídico propio de esta última, ha ocasionado que se comiencen a entrever los primeros atisbos que tratan de justificar la improcedencia de una distinción entre el poder de representación y el mandato.

Por el propio carácter unilateral y recepticio el poder no obliga a nada, simplemente legitima la actuación en nombre y por cuenta ajena. De esta forma el poder ha quedado solamente constreñido no a autorizar el obrar por cuenta ajena, ya que esta autorización proviene de la relación de gestión, sino

el obrar a nombre de otro o en nombre ajeno. El problema estriba entonces en que tampoco el otorgamiento de este poder implica, necesariamente, que se esté obrando en nombre ajeno. Ello solo es posible cuando existe lo que se ha denominado por Díez Pícazo un acuerdo de heteroeficacia y que reside en el acuerdo de voluntades entre el tercero y el representante, plasmado en el negocio que ambos celebran, de que los efectos se produzcan inmediatamente en la esfera jurídica del representado, lo que implica que ostentando el poder, si no existe dicho acuerdo no se obre en nombre ajeno, así como lo contrario, se puede no ostentar el poder y si llegar al acuerdo de que se obra en nombre ajeno. Criterio este último que ha provocado la presunción de que se obra en nombre ajeno cuando existe una relación gestora.

Amén de los criterios anteriormente expuestos, lo cierto es que, el poder unilateral y recepticio con el fin de obrar en nombre ajeno, no pierde su independencia jurídica que le permite coexistir en unión con la relación gestora, marcando la posibilidad de actuar en nombre de otro y que tiene por sí mismo, contenido y efectos que no necesariamente están recogidos en la relación de gestión, con la cual puede o no coincidir.

A tenor de lo anteriormente expuesto podemos llegar a concluir que la representación voluntaria no es más que la facultad que tiene una persona de actuar con efectos en la esfera jurídica de otra persona, a partir de cooperar en la gestión de asuntos de interés de esta última. Esta posibilidad tiene como origen la voluntad de la persona en cuya esfera jurídica se producirán los efectos, ya se produzcan los mismos de forma inmediata o mediata, por lo que constituye un instrumento y efecto de una relación de gestión en la que tiene su causa.

Más que una relación, la representación voluntaria constituye una situación jurídica en la que se distinguen y se interrelacionan recíprocamente, la relación de gestión que origina la representación entre el *dominus* y el representante, que determina el nexo representativo, y la relación entre el *dominus* y un tercero cuyo principal efecto es el negocio representativo.

El poder de representación, elemento justificativo, fuente de donde emanan las facultades del gestor tiene su causa, al igual que todo el fenómeno representativo, en el propósito subyacente en la relación de gestión y en el poder de representación unilateral y recepticio, que permite que la gestión se realice a nombre de la persona del representado, al tiempo que este condiciona y se ve condicionado por la relación de gestión en la que tiene su causa.

II. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: PUNTOS COINCIDENTES

Pero la delimitación del fenómeno representativo no es suficiente por sí solo para poder determinar su alcance en el contexto de un supuesto concreto,

como es el del cumplimiento de la obligación. Cómo se refleja este fenómeno en el acto de cumplimiento de la obligación. Para ello debemos partir del propio concepto de cumplimiento de la obligación y la concepción que contempla la intervención de un representante en este acto.

II.1. EL PROGRAMA DE LA PRESTACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO

Especial trascendencia dentro de la doctrina española, han tenido las palabras de BELTRÁN DE HEREDIA cuando, con la intención de revelar el sentido y alcance del cumplimiento de las obligaciones, esgrimió «Debe afirmarse que el cumplimiento, al propio tiempo que un modo de extinción de las obligaciones, es algo más» (BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, 1956, pág. 18). De esta forma el autor reconocía que el cumplimiento es un efecto de la obligación; y la extinción un efecto del cumplimiento. Empero ello solo es posible cuando el deudor actúa según lo considerado por la doctrina alemana, y posteriormente recepcionado por la española, como programa de la prestación. El cual implica, al decir de CRISTÓBAL MONTES el comportamiento debido del deudor, la actuación en todos los términos, subjetivos y objetivos implicados en la obligación, incluida la conducta debida por parte del sujeto pasivo de la misma. (CRISTÓBAL MONTES, 1986, pág. 544). Siendo determinado su contenido desde el mismo acto constitutivo de la obligación al tener como fin la satisfacción del interés por parte del acreedor, en una relación que análogamente pudiéramos concebir de medio a fin.

Sin embargo, esta relación que se establece entre el programa de la prestación y el interés que se persigue con este, dígame interés del acreedor, no siempre se encuentran interrelacionados. Si bien la relación en principio es de medio a fin, no significa que uno sea consustancial al otro. Siempre que el deudor realice el programa de la prestación habrá satisfacción del interés del acreedor, pero, para que opere es último no siempre es necesaria la realización del programa de la prestación por parte del deudor. El Derecho ha subordinado el medio utilizado para el cumplimiento de la obligación, y con ello la integridad del programa de prestación, al interés del acreedor, al reconocer también otras formas de cumplimiento, en las que si bien no existe la indemnidad del referido programa, si se satisface este. Posición que es lógica y consecuente con el fundamento de la protección que el ordenamiento jurídico depara a la relación jurídica obligatoria.

En consecuencia, es totalmente aceptado que un tercero ajeno a la relación obligatoria cumpla con esta y satisfaga el interés del acreedor. Identificándose como tal a cualquier sujeto que no se encuentre entre uno y otro polo de la relación obligatoria, investido del haz de facultades y deberes que tienden a que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación y sobre quién pesa el «deber» jurídico de respetar la relación obligatoria (MOISSET DE ESPANÉS, 2001, págs. 1371 y sigs.). Por ello, la doctrina distingue entre el cumplimiento en estricto sentido

y una concepción en sentido amplio. El primer supuesto implica un estricto cumplimiento del programa de la prestación, través del medio o procedimiento programado en el acto constitutivo de esta: sujetos activo y pasivo, prestación y modalidades (BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, 1956, pág. 43). Por su parte, dentro de la concepción amplia del propio fenómeno, quedarán contemplados todos aquellos supuestos en los cuales se logra satisfacer el referido interés, pero se utiliza un medio totalmente diferente a aquel que había sido previamente concebido en el acto constitutivo de la obligación y que no incluye la realización por el propio deudor del programa de la prestación. Nos encontramos así ante lo que BARASSI denominó un cumplimiento incompleto o imperfecto de la obligación⁴.

Si bien es indiferente que la conducta de la prestación sea realizada por el deudor o por un tercero, siempre que ello no incida en el adecuado cumplimiento de la prestación⁵, BELTRÁN DE HEREDIA nos recuerda que «entre ambos tipos de cumplimiento existe una diversidad funcional, porque la satisfacción del fin y obtención del derecho del acreedor se logra por procedimientos distintos; en un caso se actúa el contenido de la obligación; en otro, se satisface solamente el derecho de crédito del acreedor. Aunque el fin que se persigue en la obligación se logre en ambos casos, la función que cada uno de ellos cumple es distinta. La intervención del deudor no solo es importante, sino que es, según hemos visto, decisiva para que pueda verdaderamente actuarse el contenido de la obligación» (BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, 1956, pág. 44).

Solo cuando estrictamente se ha producido el cumplimiento es que podemos hablar de que se ha realizado las tres funciones que le caracterizan, liberatoria del deudor, satisfactiva del acreedor, y extintiva del vínculo. Las cuales quedan resumidas en palabras de CRISTÓBAL MONTES cuando expresa «la verificación del deber de prestación produce todos sus efectos, satisfactorios y liberatorios, desde el momento en que adopta la configuración externa que le fue asignada en la relación obligatoria: correcta en el contenido, puntual en el tiempo y exacta en el espacio» (CRISTÓBAL MONTES, 1986, pág. 547).

Empero, esta distinción, defendida por más de uno en la doctrina, no es precisa cuando el tema de la representación voluntaria es traído al campo del cumplimiento de las obligaciones. Pues, si tomamos como línea divisoria para poder distinguir entre cumplimiento en sentido amplio y estricto —desde un punto de vista subjetivo—, el hecho de que el programa de la prestación sea cumplido por un tercero y no por el propio deudor; podemos afirmar que, tanto desde un punto de vista doctrinal como legislativo⁶, la actuación del representante dentro del cumplimiento del programa de la prestación no es vista como la de un tercero; sino como si la hubiera realizado el propio deudor. De tal forma que queda implícito dentro del concepto de actuación *ad hoc* de la persona vinculada y la ejecución de la prestación por este.

En consecuencia, se admite en un sentido jurídico y no físico que dentro del concepto de deudor se incluye no solo a la misma persona natural que con-

trajo directamente la obligación, sino también a su representante, sea este legal o voluntario, así como a los herederos, que son continuadores de la persona del testador/deudor⁷. Sin embargo, si bien la relación que se establece entre el representante y el deudor pudiera parecer que no trae aparejado ningún tipo de disquisición teórica con respecto a esta concepción, lo cierto es que, esta formulación dogmática no es tan llana como aparenta. La ficción jurídica de que el representante cumple con la obligación como si fuera el propio deudor, es destruible por el propio hecho de que el no cumplimiento del programa de la prestación por el deudor implica una modificación del elemento subjetivo del programa de la prestación, y por ende en la forma a partir de la cual se lleva a cabo el cumplimiento que hace el representante del deudor; lo que repercute esencialmente, en la determinación del régimen de responsabilidad ante un supuesto de incumplimiento, al tiempo que alcanza, su más clara explicación mediante el análisis del *animus solvendi* en el cumplimiento de la obligación.

II.2. EL *ANIMUS SOLVENDI* COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

La improcedencia de concebir que el cumplimiento realizado por el representante sea igual a la realización de la actuación comprometida por el propio deudor, parte del propio análisis que se hace por la doctrina del *animus solvendi* en el propio cumplimiento como acto independiente del acto constitutivo de la obligación.

Dentro de la doctrina, quienes más se han detenido en el tratamiento del cumplimiento de la obligación coinciden en afirmar que la naturaleza jurídica de este es la de un acto jurídico⁸, el que si bien es, en principio, independiente del propio acto de constitución, tal independencia no puede ser analizada sin tener en cuenta la especial interrelación que existe con respecto al propio acto de constitución, donde se han establecido las normas de conducta que permiten configurar el llamado programa de la prestación.

De hecho, la especial interrelación que se muestra entre el acto de cumplimiento y el acto de constitución de la obligación, como partes del lógico y natural *iter* del proceso de vida de una obligación, ha conllevado a que más de un autor insista en la escasa trascendencia que el *animus solvendi* tiene en el cumplimiento de la obligación. Para autores como BELTRÁN DE HEREDIA, por ejemplo, «el cumplimiento es un simple acto jurídico, voluntario, en cuanto acto humano, pero carente de la espontaneidad de origen, de estructura, y de función, típica en los negocios jurídicos»⁹; por su parte, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, en una posición un poco más radical afirma, «ni una intención del deudor de entregar o poner a disposición del acreedor la cosa debida, y ni siquiera la idoneidad del cumplimiento, sino que el pago en sentido jurídico es la valoración por el

ordenamiento jurídico de aquellos hechos o actos del deudor o de un tercero que cumplen o consumen la utilidad en que consiste la obligación y tienen eficacia liberatoria del deudor, normalmente mediando la satisfacción del interés del acreedor» (ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, 2000, pág. 90).

Si bien es cierto que, el interés del acreedor es valorado de forma superior al propio *ánimus* o voluntad del deudor, no es dable minimizar los efectos de este en el acto de cumplimiento; no solo porque, como todo acto jurídico es necesario que su autor conozca el alcance de su conducta, lo que nos permite concebirlo como tal, sino también porque, como conducta jurídica deliberada permite distinguir la realización de la prestación como acto destinado a la extinción de la obligación y no como un mero acto con un *ánimus donandi*¹⁰. Es esta la principal razón que ha motivado a autores como LLAMBÍAS a considerar la intención de pagar o *ánimus solvendi*, como uno de los elementos esenciales al acto jurídico del pago (LLAMBÍAS *et. al*, 1997, pág. 379).

En nuestra opinión si bien es cierto que existe una especial interrelación entre la enunciación programática que contiene el acto constitutivo de la obligación y el acto de cumplimiento, el *ánimus solvendi* sí es esencial a este como acto jurídico y adquiere especial trascendencia en el caso del pago realizado por representante. La sobrevaloración del actuar positivo en función de la satisfacción del interés del acreedor, que ha tenido lugar esencialmente en el contexto de la doctrina clásica española, se debe a nuestro justo entender al hecho que, estos autores, tratando de justificar porque el acto de cumplimiento no es un negocio jurídico, toman como referente la voluntad que es esencial a este tipo de acto y no aprecian, en su justa dimensión la voluntad que debe estar presente en el propio acto de cumplimiento como elemento esencial de este. Una cosa es que el elemento volitivo presente en este supuesto, no pueda ser considerado una auténtica voluntad negocial y otra muy distinta es que no pueda ser entendido como un elemento determinante y configurador del acto en cuestión. Lo que trae aparejado una preferencia al hecho objetivo que implica la realización de la prestación y la consecuente satisfacción del interés del acreedor.

La subvaloración del elemento volitivo, no es congruente con la propia posición que sobre otras manifestaciones, del propio fenómeno, esgrimen los partidarios de tal posición. Cómo se explica que, la propia doctrina que minimiza los efectos de este *ánimus* considere que si hace falta la concurrencia de la intención de cumplir cuando un tercero realiza la prestación¹¹, sin que sea necesario únicamente la coincidencia objetiva de la prestación debida y la realizada por el tercero; igualmente reconozca entre los requisitos exigibles para que prospere la acción de repetición de lo indebido: el pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (*ánimus solvendi*), así como la inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente y el error por parte del que hizo el pago, sin distinguir entre el de derecho y el de hecho¹².

Cómo queda, entonces, configurado este elemento esencial al acto de cumplimiento de la obligación en el supuesto que este sea realizado por el representante voluntario.

II.3. EL *ANIMUS SOLVENDI* DEL REPRESENTANTE EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

En este mismo orden de cosas, pero en relación específicamente al acto de cumplimiento de la obligación por parte del representante, tendríamos entonces que preguntarnos sobre quién recae el *animus* que es dable apreciar en este cumplimiento. Para ello debemos tener en cuenta cuál es la autoría de la intención de quien lleva a cabo el acto de cumplimiento. Siendo la teoría de la cooperación la más aceptada hoy en la doctrina científica, es lógico que deba averiguarse en qué medida y con qué fuerza desempeña una y otra voluntad en la iniciativa del cumplimiento efectivo, ya que ambos son autores del acto de cumplimiento. Estaríamos entonces preguntándonos, en qué medida la voluntad o el *animus* del deudor y el representante, por si solo es necesario para llevar a cabo el programa de la prestación en satisfacción del interés del acreedor. Lo cual no constituye una interrogante baladí, por muy prolija que pudiera ser.

No nos es dable olvidar que el Derecho ha concebido la representación voluntaria desde la posibilidad de que el tercero produzca efectos mediatos o inmediatos que repercutan en la esfera jurídica del representado, pero en este caso hablamos de que es perfectamente posible de que el *dominus* haya emitido su declaración de voluntad al momento de constituir la obligación y determinando el contenido del programa de la prestación, sin embargo, la prestación propiamente dicha no se haya materializado. Siendo necesario la cooperación del representante para que tenga lugar la concreción de la voluntad anteriormente manifestada.

En el supuesto anteriormente referido, no podamos decir que en los actos del deudor quede exteriorizada su voluntad de cumplir la obligación, sino que esta solo es posible de apreciar en el hecho de designar un representante para el cumplimiento de tal obligación. De ser así, se realiza entonces el acto de cumplimiento a partir de la concurrencia de la voluntad del representado, manifestada en la relación que da origen a la representación, como en el propio actuar del representante, exteriorización de su *animus* de cumplir la obligación por cuenta de aquel.

De ello se colige que, es imposible afirmar que cuando el representante interviene en el acto de cumplimiento lo está haciendo como si fuera el propio deudor, y ello no es así porque sería como desconocer que en sí mismo, el representante posee un *animus* que es intrínseco al propio acto de cumplimiento. *Animus* que si bien no es opuesto o diferente al del representado/deudor, no tiene

que ser coincidente. Por muy predeterminada que se considere la cooperación que brinda el representante, en relación con la conducta que lo conmina al programa de la prestación, siempre esta lleva implícito una iniciativa por parte de este. Al respecto son válidas confrontar las palabras de SCAEVOLA cuando al referirse a la facultad de decidir, como uno de los elementos definitorios del fenómeno de la representación, esgrimía, «El acto representativo, a menos de convertirse en un humilde servicio de mensajería, exterioriza y proyecta hacia fuera las facultades decisorias» (SCAEVOLA, 1949, pág. 350). Dónde entonces encontrar las facultades decisorias del acto representativo en el cumplimiento de la obligación.

II.3. A) La buena fe, la diligencia y los deberes accesorios del representante

Como anteriormente hemos comentado es imposible querer considerar que el representante actúa como si fuera el propio deudor en el cumplimiento de la obligación. Si bien su principal deber es desplegar la conducta o compartimiento en que consiste la prestación y que de forma objetiva se aprecia, existe en torno a esta conducta toda una serie de estados subjetivos, que bajo determinados supuestos no pueden ser apreciados en el deudor, puesto que, el cumplimiento también implica tomar en consideración el espíritu de relación obligatoria y la forma que el acreedor pueda razonablemente esperar de la realización del propio acto.

Desde nuestra consideración son tres, esencialmente, los estados subjetivos en los cuales con mayor claridad, se aprecia la posibilidad decisoria de la que el representante goza en el acto de cumplimiento. Hablamos de la buena fe, la diligencia que el contacto social supone y los deberes accesorios al acto de cumplimiento.

El principio general de la Buena fe, en su acepción subjetiva y objetiva¹³, puede ser apreciado en la personada del representante, como nos ejemplifica Díez PÍCAZO, si el pago ha sido hecho por un apoderado, a un acreedor aparente, este pago libera al deudor, incluso cuando este conociera la identidad del verdadero acreedor¹⁴. Ello siempre procederá cuando el representado haya tenido la iniciativa del pago, sin seguir instrucciones específicas del *dominus*. Similar solución, es ofrecida por el propio autor cuando el apoderado paga ignorando que la deuda no estaba aún vencida, pudiendo reclamar del acreedor los intereses o los frutos que este hubiera percibido de la cosa, aunque el *dominus* o principal fuera plenamente consciente (DÍEZ PÍCAZO, 1979, pág. 256).

En el actual contexto social la representación voluntaria interviene, esencialmente, en relaciones de durabilidad o permanencia que implican un contacto social (DÍEZ PÍCAZO Y PONCE DE LEÓN, 1964, pág. 364).

Por ello, la relación que en base a este contacto se sostiene, no se establece directamente entre el deudor y su acreedor, propiamente dicho, sino que, la conducta que la conciencia social en cada caso exige, para hacer viable este contacto, como es la consideración, el respeto y la ayuda entre las partes de la relación obligatoria, queda dentro del marco de actuación del representante. Lo cual marca, a su vez, un punto de coincidencia con la debida diligencia que en el marco de su actuación debe desarrollar el representante para llevar a cabo el cabal cumplimiento de la obligación.

La debida diligencia si bien está muy interrelacionada con el concepto de buena fe y el estándar social impuesto en un momento histórico concreto, tiene, *per se*, un claro reconocimiento jurídico y efectos propios. Sin embargo, el actuar con la debida diligencia no siempre está determinado por el principal¹⁵. Al decir de MORETÓN SANZ «la mención a la diligencia no está incluida expresamente por las partes en su proyecto o programa de prestación, por lo que habrá que estar al modelo de conducta establecido en el Código Civil en su artículo 1.104» (MORETÓN SANZ, 2008, págs. 619-719).

Aunque la diligencia debida sea determinada por el principal, o simplemente contemplada expresamente por la norma, dentro del marco de comportamiento del deudor¹⁶. No obstante si bien la previsión normativa constituye un referente, que es necesario tener en consideración al momento de apreciar la responsabilidad del representante en el cumplimiento de la obligación, la subjetividad que esta implica, siempre seguirá siendo de exclusivo dominio de la iniciativa de aquel, aún y cuando el representado haya determinado las directrices generales de esta. Tanto en el supuesto de diligencia contemplado en el anteproyecto, como en las regulaciones positivas referidas, ambos conceptos no dejan de ser abstractos y ambiguos, permeados de subjetividades, que necesitan ser analizados a partir de la valoración objetiva que implica el cumplimiento del programa de la prestación. Tomando en cuenta, por supuesto, que esta apreciación será realizada en la persona del representante y no de quien ha concebido o constituido la obligación.

Muy relacionado con el tema de la diligencia que debe llevar a cabo el representante, es el tema de los deberes accesorios como esfera específica de actuación de este en el cumplimiento de las obligaciones. La apreciación o no de estos deberes accesorios, en la figura del deudor, se realizará en dependencia del origen de los mismos, los cuales en palabras de Díez PÍCAZO, pueden encontrarse en la ley, el pacto constitutivo de la obligación, los usos o impuesto por la buena fe (DÍEZ PÍCAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, 1964, pág. 362 y sigs.). Bajo determinados supuestos la apreciación de dichos deberes serán efecto de la propia obligación que tiene el representante de cumplir con el encargo que se le ha dado de forma diligente, es decir, son deberes que van implícitos en el propio acto de cumplimiento de la obligación; pero, pudiéramos decir lo mismo de los deberes de esmero en el cumplimiento de la prestación. Es lógico que si

bien los primeros son consecuencias del estricto margen que el encargo impone al representante del deudor, los segundos quedan en la esfera de la voluntad del representante, y cuando se actúa en base a esta no quedan dichos actos dentro de lo comprendido como *animus solvendi* del deudor.

La apreciación y entidad de estos deberes accesorios en cabeza del representante del deudor no pueden ser vistos o analizados exclusivamente desde la óptica de la voluntad del deudor y las instrucciones que le ha brindado a su representante. Estos deberes deben interpretarse en dependencia de su alcance objetivo, el cual incluye, al decir del propio Díez Pícazo, si son deberes accesorios previos o preliminares que preparan la ejecución de la prestación debida, deberes coetáneos con la prestación misma, los cuáles pueden tener una entidad suficiente para constituir ellos mismos una nueva prestación, a lo que este autor denomina «prestación accesoria», o simplemente que estos deberes se integren dentro de la prestación principal, en cuyo caso simplemente constituyen una ampliación o ensanchamiento de esta; por último y en relación con el momento de ser llevados a cabo estos deberes accesorios para garantizar el cumplimiento de la obligación como son los denominados deberes posteriores, esos deberes de liquidación posterior a la extinción de la relación obligatoria.

Demostrado entonces que no existe coincidencia entre el actuar del deudor y el actuar del representante en la forma de llevar a cabo el cumplimiento del programa de la prestación, queda entonces analizar el elemento que marca la división entre uno y otro supuesto, estableciendo el límite entre la voluntad del representado y la del representante en el cumplimiento de la obligación. Este elemento, sin lugar a dudas, se halla en las instrucciones del representante al representado.

II.3. B) Buscando un límite entre el actuar del representante y el representado en el cumplimiento de la obligación: las instrucciones

Aunque se pretenda justificar como una *fictio iuris*, concebir el cumplimiento del representante como el realizado por el propio deudor, tanto por la legislación y la doctrina, resulta improcedente. Esta concepción entra en franca contradicción con la concepción del régimen de responsabilidad entre el actuar del representante y el actuar del deudor.

En la estructura lógica de la relación obligatoria si bien la voluntad, parece ostentar un carácter accesorio en relación con el cumplimiento del programa de la prestación, ello no es así en el caso del cumplimiento de la obligación por el representante, pues a partir de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que, la voluntad del deudor es decisiva para determinar el contenido y alcance del pago realizado al acreedor. Carácter que adquiere mayor relevación ante el supuesto de infracción de la obligación, como bien nos recuerda BADOSA COLL (BADOSA COLL *cit. pos.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, 2008, pág. 685).

Específicamente en el caso que nos ocupa, el acto de cumplimiento dista mucho de ostentar la sencilla disposición subjetiva que se establece entre el deudor y el acreedor. La intervención del representante en el acto de cumplimiento enerva la lógica conexión de estructura, origen y eficacia que existe entre la constitución de la obligación y el acto de cumplimiento, aún y cuando el propio representante haya participado en el primero, determinando el contenido del programa de la prestación. La línea divisoria para la determinación de la responsabilidad entre uno u otros sujeto, se haya, en las instrucciones que le ha dado el principal al representante que realiza el acto de cumplimiento de la obligación. Empero, en este punto se hace necesario tener presente la doble relación que se establece en el fenómeno representativo, y que tiene como centro la figura del apoderado. Es este quien sostiene una relación hacia el representado/deudor (relación interna), mientras que por otro sustenta una relación con un tercero a la relación jurídica de representación, que en este caso es el acreedor (lado externo).

Por ello, a los efectos de poder determinar el régimen de responsabilidad del representante, ante un futuro incumplimiento de la obligación, se deben tomar como referencia las instrucciones que fueron emitidas tanto en la relación de apoderamiento como en las propias de la relación de gestión; si bien a los efectos de la relación ante terceros, que en este caso es el acreedor, solo trascienden las instrucciones que el tercero/acreedor conocía o debía de conocer al momento de la realización del acto de cumplimiento, teniendo en cuenta además, las circunstancias que rodean aquel. Al decir de HUPKA: «Una instrucción que para el tercero no fuese ni conocida ni cognoscible, no puede ser tampoco alegada contra él en su perjuicio, habiéndose mantenido el negocio en los límites del poder manifiesto; y que por el contrario se puede algar contra el tercero esa instrucción cuando aquel la conocía o debía conocerla en el momento de celebrar el negocio» (HUPKA, (1930) pág. 197).

Sin embargo, creer o considerar que las instrucciones que materializan el programa de la prestación se encuentran exclusivamente en el poder sería una concepción incompleta, pues es imposible descartar la propia interrelación que tiene lugar entre el negocio de apoderamiento y la relación de gestión que tiene lugar en sede de representación directa.

En este sentido GONZÁLEZ ENRIQUEZ ha esgrimido «El hecho de sobreañadirle a veces el otorgamiento notarial, documento unilateral del poderdante estableciendo la representación del mandatario, solo puede tener como finalidad desvincularle del mandato para conseguir que su eficacia respecto a los terceros sea independiente de las vicisitudes de este» (GONZÁLEZ ENRIQUEZ *cit pos.* LACRUZ BERDEJO, 1979, pág. 211).

Por su parte Díez PICAZO, afirma «cualesquiera que sean las relaciones jurídicas previas o subyacentes entre el principal y el representante, en virtud del apoderamiento, se crea, entre ellos una nueva relación —la relación representativa— o se dota a la situación preexistente de un nuevo contenido. El apode-

ramiento crea una nueva situación jurídica — el poder de representación— y la reglamentación en él contenida es decisiva no solo en orden a las relaciones del principal con los terceros, sino en el orden estricto de las relaciones entre el principal y el representante» (DÍEZ PICAZO, 1979 pág. 135). Para este propio autor «Una puntualización del principal respecto a la forma de actuación representativa que el agente deba adoptar pertenece al terreno de las instrucciones y, por consiguiente, surte sus efectos solo en las relaciones internas entre representante y representado, salvo que inequívocamente se haya manifestado como límite del poder» (DÍEZ PICAZO, 1979 pág. 245).

Las complejidades propias del fenómeno representativo en el supuesto en análisis, se acrecientan cuando estamos en presencia de un mandato tácito¹⁷. El que resulta, al decir de BORDA, «(...) no solo de hechos positivos que demuestran inequívocamente la voluntad de otorgarlo (ver nota 3), sino también de la inacción o silencio del mandante y de que no impida, pudiendo hacerlo, los actos que sabe que otro está haciendo en su nombre» (BORDA, G. A., 1999, pág. 386). Cómo determinar en estas condiciones cuáles han sido los límites que se le han impuesto al representante en su actuación, si previamente no ha existido una relación de gestión que determine los mismos. Para DÍEZ PICAZO lo decisivo es el comportamiento del *dominus*, la voluntad implícita en él o el sentido y la significación objetiva que dicho comportamiento del *dominus* tiene para los terceros (DÍEZ PICAZO, L, 1979 pág. 247). De esta forma el tercero/acrededor sabe que el pago es realizado en nombre del deudor, quien a su vez es consciente de dicha actuación, quedando en una zona gris la determinación del margen de voluntad de que dispone el deudor para la realización del pago. Margen que a nuestro juicio siempre será mucho más amplio que el que propiamente goza cuando ha recibido instrucciones previas y específicas por parte del *dominus*. Existe por tanto, un mayor nivel de iniciativa del representante en el cumplimiento de su encargo, lo que se traduce en la apreciación en su persona de superiores niveles de diligencia y demás estados subjetivos que como la buena fe, son necesarios para garantizar el éxito del cumplimiento del programa de la prestación.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TERCERO EN EL CUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN Y EL ACTUAR DEL REPRESENTANTE VOLUNTARIO: ¿ES EL REPRESENTANTE UN TERCERO?

Teniendo en cuenta las peculiaridades sobre el cumplimiento de la obligación llevado a cabo por el representante voluntario, pudiéramos analizar la consideración de contemplar a este como un tercero en el pago de la relación obligatoria, y por ende, aplicar el mismo régimen jurídico que a estos, cuando el pago se ha hecho con medios propios del representando y en virtud de una relación de gestión como pudiera ser el mandato. En tal supuesto existiría la

posibilidad de que el representante pudiera escoger entre la acción de reembolso o la acción derivada del pago con subrogación, según lo previsto por cada ordenamiento jurídico.

Analizar dicha posibilidad parte de la inexistencia de un consenso doctrinal en cuanto a quién considerar tercero y cual o cuáles son los rasgos distintivos de este pago. Mientras para autores como ALESSANDRI, en tal concepto se concibe el pago efectuado por un tercero completamente extraño a la obligación, que no tiene ningún interés en el vínculo jurídico que liga al acreedor con el deudor (ALESSANDRI RODRÍGUEZ Y SOMARRIVA UNDURRAGA, [s.a.] pág. 182); para otros como ALTERINI, no es más que cuando un tercero, obrando por su cuenta, satisface al acreedor, el crédito de este se extingue, pero no por pago sino —en realidad— por otro modo extintivo del crédito: la *obtención de la finalidad* (ALTERINI, *et. al.*, 1995, pág. 95). Por su parte dentro de la doctrina nacional autores como DÍAZ PAIRÓ y DELGADO VERGARA coinciden en concebir como tercero que puede realizar el pago, a quien el acreedor no puede exigir el pago, ya sea que tenga interés o no en el cumplimiento de la obligación (DÍAZ PAIRO, 1960, pág. 78) y (DELGADO VERGARA, 2003, pág. 201).

Esta falta de uniformidad ha trascendido a las regulaciones que sobre el pago realizado por una tercera persona hacen las normas civiles. Por un lado encontramos los ordenamientos jurídicos que conciben como tal el pago realizado por cualquier persona, tenga esta interés o no en el cumplimiento de la obligación, ya fuera con consentimiento o no del deudor¹⁸; mientras que por otro, coexisten aquellos ordenamientos jurídicos que establecen la distinción de este pago en virtud de que, el mismo haya sido realizado en nombre del deudor o en dependencia del interés que se persigue con el pago¹⁹.

Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, los efectos de ambas regulaciones son los mismos, si consideráramos al representante como un tercero en el cumplimiento de la obligación. Los países que han adoptado la primera de las posiciones no han vacilado, al menos en el ámbito jurisprudencial, de estimar los requisitos establecidos por los del segundo grupo de legislaciones, para determinar la existencia o no de un tercero que cumple con la obligación.

La jurisprudencia española, por ejemplo, no demuestra consenso en cuanto a los requisitos indispensables para la delimitación de cuando nos encontramos ante el pago realizado por un tercero, ya sea con interés o no en el cumplimiento de la obligación. De ello nos da cuenta la sentencia número 472/2013, dictada en la Audiencia Provincial de Alicante, al exponer los múltiples criterios que en cuanto se han esgrimido por la jurisprudencia para que exista pago por tercero, «(...) que el desembolso efectuado por este esté presidido por un *animus solvendi* (STS núm. 497/2012, de 3 de septiembre rec. Núm. 250/2011; Pte. Excmo. Sr. Ferrándiz Gabriel). Es preciso igualmente que quien hace el pago sea un tercero ajeno a la deuda, lo que no sucede cuando quien paga tiene la condición de fiador solidario de la deuda satisfecha (STS núm. 242/2006, de 7 de

marzo; Pte. Excmo. Sr. Villagómez Rodil) o cuando el desembolso lo hace quien contrató las obras o servicios que han generado la misma (STS núm. 1026/2003, de 4 de noviembre; Pte. Excmo. Sr. De Asís Garrote). Ahora bien, el hecho de que el tercero tenga interés en el cumplimiento de la obligación no lo priva de dicha condición (STS núm. 132/2010, de 12 de marzo; Pte. Excmo. Sr. Salas Carceller). Por otra parte, se ha dicho también que «*el artículo 1.158 exige que cuando se paga por otro, se lleve a cabo en su nombre y por su cuenta*» (STS núm. 242/2006, de 7 de marzo; Pte. Excmo. Sr. VILLAGÓMEZ RODIL) (...)»²⁰.

Siendo los elementos que hoy sustentan la actual concepción de la representación voluntaria: la existencia de una relación de gestión, el carácter ajeno, tanto del negocio como del interés manifestado en el mismo, aun en aquel supuesto en el cual los efectos de la gestión solo se produzcan de forma indirecta, mientras que, del pago realizado por un tercero el hecho de que este sea realizado en nombre y/o interés del deudor; es lógico que la consideración del representante como un tercero, no resulte ser algo descabellado, siempre y cuando los términos bajo los cuales sea analizada esta posibilidad sean los propios del pago realizado por tercero con la voluntad expresa o tácita del deudor.

Para autores como BELTRÁN HEREDIA, la delegación pasiva, en virtud de la cual el deudor da una orden de pago al tercero, para que realice en su nombre el cumplimiento de la obligación, constituye uno de los medios a partir del cual podía llevarse a cabo el cumplimiento realizado por un tercero con el conocimiento y aprobación del deudor. En cuyo caso el tercero actúa por iniciativa del deudor y se presenta como un representante o mandatario del verdadero autor. Similar posición sostienen autores como ALESSANDRI para quien, cuando el tercero paga consintiendo expresa o tácitamente el deudor, estamos en presencia de un mandato; para LLAMBIÁS cuando el tercero practica el pago «*con asentimiento del deudor*», se comporta como un representante de este, frente a quien deja de ser tercero o extraño para convertirse en *mandatario* suyo²¹. En similar sentido, aunque no le concedan el carácter de representante o mandatario de forma expresa, autores como HERNÁNDEZ MORENO nos habla de la legitimación *solvendi causa*, como un tipo de legitimación cuya titularidad la ostenta todo gestor interviniente en deuda ajena, que le permite, en todo caso, extinguir esta. Siendo necesaria que la referida legitimación sea ejercitada en condiciones tales que supongan la inequívoca y manifiesta intención de extinguir la relación obligatoria en la que se interviene (HERNÁNDEZ MORENO *cit. pos.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013 pág. 17).

En correspondencia con estas posiciones el Código Civil mexicano reconoce que, cuando el pago es realizado por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor se observarán las disposiciones relativas al mandato²², distinguiéndose así del régimen reconocido al tercero que tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso la norma prevé un pago por subrogación en virtud

de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados²³. La regulación que nos ofrece este cuerpo legal no deja de ser interesante, por el hecho de reconocer, aunque no sea de forma expresa, la existencia de una relación de gestión, al menos tácitamente concebida, siendo el propio ordenamiento quien para este supuesto determina los efectos de una relación de gestión como el mandato. Sin embargo, no existe razón, para sostener la distinción que propugna el Código, en virtud del interés que ostenta el tercero en el cumplimiento de la obligación.

Por qué no aplicar al tercero interesado en el cumplimiento el propio régimen jurídico del mandato. Cuando la relación de gestión es previa al acto de cumplimiento y este se realiza en virtud de aquel, en este caso también nos encontramos en presencia de un tercero que tiene interés en el pago de la deuda. Si tomamos como referencia que, el interés tiene que ser analizado en correspondencia con la obligación y el cumplimiento, y consideramos como tercero interesado, según LLAMBÍAS, a quien no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en su derecho si no paga la deuda ajena, mientras que tercero no interesado es la persona extraña a la obligación que no sufre detrimento en derecho alguno por la ausencia de pago de la deuda²⁴; podemos concluir que, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del representante del pago, le puede acarrear consecuencias patrimoniales ante la posición de incumplimiento en la que se ubica, no en relación con el acreedor sino con el representado/deudor y la relación de gestión que subyace.

Reconociendo el carácter de delegado del tercero el Código Civil de Paraguay, configura la figura de tal forma que «Si el deudor ha encargado a un tercero efectuar el pago, podrá este obligarse a favor del acreedor, salvo que el deudor lo haya prohibido. El tercero delegado para efectuar el pago no está obligado a aceptar el encargo, aun cuando sea deudor del delegante»²⁵. Bajo este supuesto se reconoce la existencia de una relación de gestión previa y por ende, del carácter de representante que tiene el tercero en este supuesto. Al tiempo que goza de una mayor exactitud en la previsión que hace del fenómeno, pues determina como regla aplicable, una vez realizado el pago por un tercero interesado o no, que pagare en su nombre o en el del deudor, las propias de las relaciones jurídicas existentes entre ellos²⁶. Con ello, la norma reconoce que, cuando el pago es con consentimiento del deudor en virtud de cualquier otro tipo de relación de gestión estamos en presencia del pago realizado por un tercero.

Empero, es posible reconocer tal como se prevé en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, la condición de tercero en el cumplimiento de la obligación al representante. Precisamente son los efectos del reconocimiento de esta condición —tercero— para el representante, los argumentos que más contrarrestan esta posibilidad. Estimar tal posibilidad significa que el representante tenga derecho al reembolso, de lo que previamente desembolsó para el cumplimiento de la obligación, es decir, por la ejecución del encargo, sin que

previamente se haya provisto de fondos por el representado para tal fin. En tal supuesto existiría la posibilidad de disfrutar de dos mecanismos para salir indemne de la gestión desplegada, en virtud de una acción de reembolso o de la acción por pago con subrogación. La primera, sería reconocida en virtud de la relación de gestión que existe y la segunda en virtud del reconocimiento de su condición como tercero que ha actuado con el consentimiento del deudor (BORDA, 1999, pág. 446).

En principio, el reconocimiento de la posibilidad de elegir del representante la acción que mejor se correspondería con sus intereses, pudiera resultar beneficioso. Para ALTERINI la decisión por una u otra acción, depende de las circunstancias: «si quiere prevalerse de las garantías del crédito que pagó, le conviene la subrogación (conf. art. 771, Cód. Civ.); si quiere cobrar intereses, y el crédito pagado no los llevaba, le conviene ejercer la acción de mandato (conf. art. 1950, Cód. Civ.); si la deuda que pagó fuera nula o estuviese prescrita, la subrogación no le permitiría cobrarle al deudor (conf. art. 771, Cód. Civ.), pero sí podría percibir su inversión por las acciones emergentes del mandato (art. 1949, Cód. Civ.); etcétera». (ALTERINI, *et. al*, 1995, pág. 98)

Pero, pudiéramos decir que estaríamos en la misma situación jurídica si se concibiera al representante como un tercero en el cumplimiento de la obligación al cual no se le han anticipado los gastos necesarios para la realización de la prestación. *A priori*, en este supuesto nos encontraríamos ante un desdoblamiento de la relación obligatoria, puesto que los efectos principales del cumplimiento llevado a cabo por el representante serían el de la satisfacción del acreedor, y como efecto secundario, la posibilidad de accionar por parte del representante reclamando el pago de lo que hubiere previamente desembolsado. Es decir, nos encontramos tanto en uno como en otro caso en presencia tanto, de efectos internos como externos.

Empero, el *quid* de la cuestión se haya entonces no en la situación en la que queda el deudor/representado cuando el pago lo realiza el representante, considerado como un tercero, sino, en el medio utilizado para lograr que este quede indemne una vez que ha llevado a cabo el acto de cumplimiento con el consentimiento del deudor. Pues, como anteriormente hemos expuesto, el reconocimiento de tal condición, pondría al representante en la posibilidad de elegir entre una y otra opción.

En el caso de la utilización de la acción de reembolso por parte del representante, esta es consustancial al propio fenómeno de la representación y la relación de gestión que le subyace, pues ahí debemos encontrar su fundamento, encontrándose su principal utilidad en la búsqueda de «un equilibrio entre el interés del tercero que ha cumplido en recuperar lo pagado por él, y el interés del deudor de no resultar perjudicado por la intervención del tercero» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013, pág. 12). El punto polémico se encontrará en el supuesto en que la acción utilizada por el representante sea la que tiene su origen en virtud

del pago con subrogación. Acción que cada vez y con mayor frecuencia gana en adeptos en relación con la acción de reembolso, pues esta última, en palabras de LASARTE, «resulta escasamente interesante para quien decide inmiscuirse en una relación obligatoria ajena, adelantado —en términos económicos— el bien o la prestación que la misma tenga por objeto» (LASARTE, 2012 pág. 25).

La regulación que se hace del pago con subrogación cuando un tercero ha pagado con interés o no en el cumplimiento de la obligación y con consentimiento del deudor, no es unánime. Ordenamientos jurídicos como el chileno, colombiano, uruguayo, ecuatoriano son contestes en reconocer que se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en el supuesto del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor²⁷. Por su parte, aquellos ordenamientos jurídicos que conciben al interés como elemento definitorio de la figura del pago realizado por tercero, solo reconocen la condición de subrogado en dependencia de si el pago ha sido realizado con o sin interés del deudor, sin importar si este se ha realizado con el consentimiento o no de este. Por ejemplo, en el caso del Código Civil de Perú, la subrogación legal opera cuando quien paga tiene legítimo interés en el cumplimiento de la obligación, mientras que difiere el supuesto del pago realizado por tercero no interesado en la obligación, siempre que se haya hecho con aprobación expresa o tácita del deudor, al pago por subrogación convencional²⁸; similar posición, aunque concibiendo ambos tipos de pago dentro de la subrogación legal, se encuentra en el ordenamiento jurídico paraguayo²⁹.

Conteste con la posición asumida anteriormente, de que en el pago realizado por el representante, existe interés de este último en aquel, podemos concluir que en los ordenamientos jurídicos que asumen tal posición, la subrogación operaría tanto por ser realizado el cumplimiento con el consentimiento expreso o tácito del deudor, como cuando se hace por tener interés el representante en la realización de este acto. Existe entonces la posibilidad, en aquellos ordenamientos que reconocen el fundamento de la subrogación en la ley, que el representante/tercero pueda compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos, si bien nada obsta para que haya operado la subrogación convencional.

En cualquier caso el pago con subrogación supone que el subrogado, dígase representante —en este supuesto—, pueda conservar íntegramente el crédito con todas sus relaciones accesorias, derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado, aunque quede sometido a las excepciones y vicios que afectaban aquel³⁰. Si bien esta posición es más fuerte que en la que se ubica el representante cuando solicita su reintegro en virtud de la acción de reembolso, lo cierto es que, no produce los efectos liberatorios y extintivos que supondría el actuar del representante tras el cumplimiento de la obligación, pues este solo ha tenido un fin satisfactivo del interés del acreedor. Por ende no se ha producido la liberación del deudor/representado cuya situación no ha mejorado pues todavía es deudor del representante.

A diferencia de la acción de reembolso que es autónoma e independiente del crédito principal que se extinguió, y constituye un derecho nuevo, personal y directo del tercero que pagó (DÍAZ PAIRO, 1960 pág. 81), la subrogación no lleva consigo la extinción de la relación jurídica obligatoria cuyo cumplimiento era causa de la relación representativa, sino, una sustitución del titular del derecho de crédito. Esta consecuencia del pago por subrogación enerva cualquier posibilidad de considerar como un tercero, al menos, de la forma que hoy se concibe por los ordenamientos jurídicos, al representante. La sustitución que opera en cabeza del titular del crédito contrarresta los propios argumentos o presupuestos que hacen viable la representación voluntaria, especialmente la *fiducia* y la cooperación. El acto representativo —cumplimiento de la obligación— no ha tenido efectos palpables en la esfera jurídica del deudor/representado, sino que simplemente ha provocado un cambio de titularidad en la relación jurídica obligatoria, no existen por ende efectos jurídicos en la esfera del representado a partir del actuar del representante, fin instrumental que se persigue con esta institución.

IV. CONCLUSIONES

Una vez analizado el cumplimiento de la obligación por parte del representante voluntario, podemos concluir que es imposible concebir a este como si el propio deudor hubiera realizado el pago. Al sustentarse el actuar del representante en la teoría de la cooperación, el *animus* o intención de este incide en el cumplimiento del programa de la prestación. El representante siempre posee iniciativa. Los dilemas que pudieran existir en cuanto a cuál ha sido la voluntad determinante para el cumplimiento del pago deben tomarse en correspondencia con las instrucciones emitidas por el deudor, tanto en la relación interna de gestión como externa de apoderamiento.

No obstante, resulta imposible concebir al representante como un tercero que realiza el pago con el consentimiento del deudor. Según la actual regulación en el Derecho Comparado tal carácter implicaría reconocerle al representante la posibilidad de escoger entre la acción de mandato y la acción derivada del pago realizado por subrogación. Esta última posibilidad contrarresta los propios fundamentos de la representación voluntaria, pues el acto representativo no ha tenido efectos palpables en la esfera jurídica del deudor/representado, sino que simplemente ha provocado un cambio en el elemento subjetivo de la relación jurídica obligatoria.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (2002): *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, 15^{ta} ed. Barcelona. Librería Bosch, S. L.

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Curso de Derecho Civil*, redactado y puesto al día por Antonio VODANOVIC H., tomo III, *De las obligaciones*. Santiago de Chile, Editorial Nascimento.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José, LÓPEZ CABANA, Roberto M. (1995): *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, reimpresión. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio (2000): *Curso de Derecho de Obligaciones, Teoría general de la obligación*, Vol. I. Madrid, España, Civitas Ediciones, S. L.
- BADENAS CARPIO (1998): *Apoderamiento y representación voluntaria*, Madrid: Editorial Arazandi.
- BARROS ERRAZURIZ, Alfredo (1932): *Curso de Derecho Civil. Trata de los Contratos y demás fuentes de las Obligaciones*, volumen III, 4^{ta}. ed., corregida y aumentada. Santiago de Chile, Editorial Nascimento.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José (1956): *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- BORDA, Guillermo A. (1998): *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, tomo II. Argentina, Abeledo-Perrot.
- (1999): *Tratado de Derecho Civil-Contratos*, tomo II. Argentina: Abeledo-Perrot,
- BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A. (1994): «Algunas ideas básicas para una teoría de la representación» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 6. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, págs. 53-63.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1987): *Derecho civil español, común y foral*, reimpresión XIV, revisada y puesta al día por José Luis DE LOS MOZOS, tomo I, volumen segundo. Madrid, Editorial REUS, S.A.
- CARIOTA FERRERA, Luigi (1956): *El negocio jurídico*, traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo. Madrid, Aguilar S. A.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel (1986): «El pago: el papel de la voluntad de acreedor y deudor» en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIX, Fascículo II, abril-junio, págs. 537-570.
- (1990): «La formulación dogmática de la obligación», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, Fascículo II, abril-junio, págs. 475-494.
- DE PRADA SOLAESA, María del Pilar (1995): «El Negocio Jurídico de Apoderamiento», en *Contratos de Gestión* publicado por *Cuadernos y Estudios Consejo General del Poder Judicial*, número 9, págs. 87-134.
- DÍAZ PAIRO, Antonio (1960): *Teoría General de las Obligaciones*, 4^a. ed. revisada. La Habana, Librería Martí, volumen I.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1964): «El contenido de la relación obligatoria» en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XVII, fascículo II, abril-junio, pág. 349-366.
- (1979): *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, Editorial Civitas, S.A.
- DELGADO VERGARA, Teresa (2003): «El cumplimiento o pago de las obligaciones» en OJEDA RODRIGUEZ, Nancy de la Caridad y DELGADO VERGARA, Teresa, *Teoría General de las obligaciones: comentario al Código Civil cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, págs. 212-227.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz (2006): *La representación indirecta*. Madrid, Editorial Arazandi, S.A.
- HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil Obligaciones* (1969): 1^a ed. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia.

- HUPKA, Josef (1930): «La representación voluntaria en los negocios jurídicos», traducción del alemán y notas por Luis SANCHO SERAL, 1ª ed. Madrid, *Revista de Derecho Privado*.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1979): *Elementos de Derecho Civil, Derechos de obligaciones*, volumen tercero, *Contratos y cuasicontratos*, con la colaboración de Agustín LUNA-SERRANO y Jesús DELGADO ECHAVARRÍA, tomo II. Barcelona, Librería Bosch.
- LASARTE, Carlos (2012): «La Subrogación por pago del tercero», Documento de trabajo, en versión provisional, fechada a 9 de octubre de 2012, para ser difundida con ocasión de las XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 de octubre de 2012. [En línea] Disponible en www.derehocivil.net/.../CLASARTE-Subrogpagotercero-9oct2012.pdf [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].
- LLAMBIAS, Jorge J.; RAFFO BENEGAS, Patricio; SASSOT, Rafael A. (1997): *Manual de Derecho Civil Obligaciones*, 11ª ed., Buenos Aires: Perrot. Argentina.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (1995): «La Gestión Típica Derivada del mandato en contrato de gestión» en *Contratos de Gestión*. España, Cuadernos y Estudios Consejo General del Poder Judicial, número 9, págs. 65-85.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (1994): «Problemas actuales de la representación y el mandato» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 6. Santa Fe, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, págs. 65-87.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, (2013): «El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho Navarro», [En línea] disponible en www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].
- MENA-BERNAL ESCOBAR, María José (1990): «Doctrina reciente en torno al pago o cumplimiento de las obligaciones (en torno a una obra de Cristóbal Montes)» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año XLIV, No. 1559, 5 de abril, págs. 1786-1796.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2001): «La obligación y sus elementos esenciales en el Código civil paraguayo de 1986» en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIV, Fascículo IV, octubre-diciembre, págs. 1371-1448.
- MONTÉS PENADES, Vicente Luis (1995): «Perfiles Jurídicos de la Relación de Gestión» en *Contratos de Gestión*. España, Cuadernos y Estudios Consejo General del Poder Judicial, número 9, págs. 11-64.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)» (2008), *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fascículo II, págs. 619-719.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1994): «La representación. Origen, evolución, Derecho Comparado y proyectos de reforma» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 6. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, págs. 9-52.
- ORDELIN FONT, Jorge Luis, (2013): «La representación voluntaria y el contrato de gestión. Algunas consideraciones desde Código Civil cubano», *Actas Oficiales del I Congreso Internacional Virtual El Derecho Civil en Latinoamérica y Filipinas: Concordancias y Peculiaridades*; Disponible en www.Eumed.net [Fecha de consulta: 5 de enero de 2014].
- PRIETO VALDÉS, Martha; MATILLA CORREA, Andry; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., (2006): «Aproximación al estudio de algunos principios

- generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial», en *Revista Jurídica*, Año 8, núm. 13, enero-diciembre La Habana: MINJUS.
- PRIORI POSADA, Giovanni (s.a): «Facultad y origen de la representación» en *Código Civil. Comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo I, bajo la dirección de ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Lima, Ediciones Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
- RUGGIERO, Roberto de (1929), *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª edición italiana, anotada y concordada por la legislación española, volumen primero y segundo Ramón SERRANO SUÑER y José SANTA-CRUZ TEJEIRO, Madrid, Editorial REUS.
- SALAS MURILLO, Sofía de (2005): «El cumplimiento del contrato en el anteproyecto de Código europeo de contratos», *Revista de Derecho Privado*, números 9-10, septiembre-octubre 2005, (págs. 31-81)
- SCAEVOLA, Quintus Mucius (1949): *Código Civil*, continuado por BONET RAMÓN, Francisco, Madrid, Instituto Editorial Reus, tomo XXVI, volumen I.

NORMAS CITADAS

- Código Civil de Chile* de noviembre 22 de 1855 comenzó a regir desde el 1 de enero de 1857, Actualizado, incluye modificaciones introducidas por la Ley 19585 sobre Filiación.
- Código Civil de la República de Colombia*, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887 última modificación de 5 de junio de 2009.
- Código Civil del Reino de España*, de 6 de octubre de 1888 publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gaceta de 25 de julio de 1889 con las modificaciones introducidas por Ley 15/2005, de 8 de julio.
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay* sancionado en 1914.
- Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal* de 30 de agosto de 1928.
- Código Civil de la República de Ecuador*, Codificación RO-S 104 de 20 de noviembre de 1970.
- Código Civil de Bolivia* Decreto Ley número 12760/1975 de 6 agosto, Gaceta Núm. 800 del 15 de agosto de 1975.
- Código de la República Bolivariana de Venezuela*, 2005-010, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Caracas, lunes 26 de julio de 1982, Número 2.990 Extraordinario.
- Código Civil de Perú* Decreto Legislativo Núm. 295, promulgado el 24 de julio de 1984.
- Código Civil del Paraguay*, Ley número 1183/85 en vigor desde el 1º de enero de 1987.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.

- STC 4737/2013 por la Sala de lo Civil Tribunal Supremo, sede Madrid, siendo ponente Francisco Javier ARROYO FIESTAS.
- STC 504/2013, dictada en el Recurso de Apelación No. 735/2011, Roj: SAP S 494/2013, Audiencia Provincial Santander siendo Ponente: Bruno ARIAS BERRIOATEGORTUA.

- STC 480/2013 dictada en el Recurso de Apelación No. 79/2012, Roj: SAP S 755/2013, Audiencia Provincial Santander siendo ponente Miguel Carlos FERNÁNDEZ DIEZ.
- STC 411/2013 dictada en el Procedimiento Civil No. 903/2012, Roj: SAP V 4597/2013, Audiencia Provincial Valencia siendo ponente Salvador Urbino MARTÍNEZ CARRIÓN.
- STC 208/2013, dictada en el recurso número 597/2012, por la Sección 3 de la Audiencia Provincial Coruña (A), Roj: SAP C 1220/2013.
- STC 472/2013, dictada en la Audiencia Provincial de Alicante, Roj: SAP A 2956/2013, número de recurso: 1040/2012, siendo ponente el magistrado José Antonio PÉREZ NEVOT.

NOTAS

¹ Para LORENZETTI hoy se pone de manifiesto un resquebrajamiento, una insuficiencia del mandato y la representación como categorías diseñadas como proyección del sujeto. Para este autor el fenómeno que se observa actualmente es que empresas profesionales de mandatarios incitan a los mandantes a que les den ese encargo. Las instrucciones no las da habitualmente el mandante, ya que este se limita a señalar un «propósito práctico general». A su vez, la masividad de mandantes conforma un grupo que tiene relevancia normativa; de ahí que la ley, y no la voluntad del mandante, asuma un rol importantísimo. LORENZETTI, (1994) pág. 66.

² Cfr: MOSSET ITURRASPE (1994) págs. 9-52; BUERES y MAYO (1994) PÁGS. 53-63; LORENZETTI, (1994) págs. 65-87 Otros partidarios de esta posición son BADENAS CARPIO (1998) y DE PRADA SOLAESA, (1995). Sobre las diversas posiciones que la doctrina y la legislación han esgrimido en el tema de la representación voluntaria, Vid. ORDELIN FONT, Jorge Luis.

³ La comisión integrada por los doctores Ricardo Luis LORENZETTI, como Presidente y Elena HIGHTONDE NOLASCO y Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, que presentó los *Fundamentos del «Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación»* expone en los mismos: «Corresponde aclarar, y tal como se desprende de los textos proyectados, que la única representación verdadera y propia exige la *contemplatio domini*, quedando fuera de lugar la denominada «representación indirecta». Sería una incongruencia admitir la figura, pues quien actúa por poder de otro sin habérsele conferido, ni ser tampoco «*falsus procurator*», puede ser ratificado en su gestión, y ello es reconocerle una representación en su cabal significado. Para la «representación indirecta» están otras figuras. La pureza de los institutos se vería, de otro modo falsificada. De allí que también debe exigirse la actuación «*in nomine alieno*» como esencial a la categoría». Igual criterio sigue PRIORI POSADA, (s. a) pág. 613.

⁴ Esta posición de la representación voluntaria y de la representación en general es defendida por Díez PICAZO, (1979), y tiene como principales partidarios, al menos en sus elementos fundamentales a ALBALADEJO (2002); MONTÉS PENADES, (1995); LÓPEZ Y LÓPEZ (1995); FERNÁNDEZ GREGORACI, (2006).

⁵ MONTÉS PENADES, afirma: «Si bien es cierto que el apoderamiento puede deberse a diversas relaciones típicas (mandato, sociedad, contrato de trabajo, etc.) y en ese sentido puede decirse que no tiene causa en sí mismo, sino en la relación de que se trate, no es menos cierto lo que vamos a poner de relieve a continuación: en primer lugar, que es difícil de concebir un apoderamiento totalmente desligado de una relación causal. Por otra parte, la concesión de un poder a través del pertinente negocio de apoderamiento suele implicar la idea de gestión, ya como colabora-

ción, ya como sustitución», *Vid.* MONTÉS PENADES, (1995) pág. 11; por su parte LÓPEZ Y LÓPEZ, expresa: «El propio mandato, en sí, es determinante de la existencia del poder», *Vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, (1995) pág. 65, GONZÁLEZ ENRIQUEZ, Manuel explica «la representación (poder) siempre tiene trae su causa en un mandato o en otro negocio». *cit. pos.* BADENAS CARPIO, (1998) pág. 192.

⁶ Para conceptualizar el poder, se han utilizado disímiles términos, el más frecuente ha sido el de autorización. RUGGIERO, (1929), pág. 275; CASTÁN TOBEÑAS, (1987) pág. 862; ALBALADEJO, M., (2002) pág. 800; HUPKA, (1930) pág. 29. El término autorización también es utilizado por CARIOTA FERRERA para fundamentar la legitimidad de la figura de la representación indirecta, es decir el origen del poder de representación en este tipo de representación, entendiendo como tal el negocio atributivo del poder de disponer eficazmente en nombre propio de derechos del autorizante. De esta forma el poder y la autorización son negocios causales, unilaterales y recepticios. *Vid.* CARIOTA FERRERA, (1956), pág. 589. Por su parte Díez PICAZO considera que el término autorización no es más que una falta de precisión técnica que obedece a su falta de tradición en la ciencia jurídica. *Vid.* Díez PICAZO, (1979) pág. 129.

⁷ En este sentido Díez PICAZO ha planteado «Hoy en día está en crisis también la distinción de LABAND entre mandato y poder» *Vid.* Díez PICAZO, L., (1979) pág. 43. Esta posición, en la que parece que irremediablemente el poder unilateral y recepticio tiende a desaparecer se ve confirmada por la tesis que sustenta que el mandato y cualquier otro contrato que tenga por finalidad la gestión de negocios ajenos, por sí solos, y si en ellos no se expresa lo contrario, autorizan al mandatario o gestor para actuar eficazmente en nombre del mandante o en general, del *dominus negotii*. *Vid.* FERNÁNDEZ GREGORACI, (2006) págs. 106 y sigs. Al respecto además de la doctrina anteriormente citada que comulga con esta posición el autor argentino BORDA ha planteado, «Aunque todo esto es exacto, (diferencia entre representación y mandato) quizás haya alguna exageración en la insistencia con que hoy se destaca la diferencia entre representación y mandato. El mandato es casi siempre representativo y aun en los casos en que no lo es, la gestión que realiza el mandatario debe ser de una índole tal que pueda ser objeto de representación. Lo que pone de relieve que la idea de la representación está siempre presente en el mandato, sea ostensible u oculto». *Vid.* BORDA, (1999), pág. 361. Por supuesto que esta posición, modifica sustancialmente los argumentos esgrimidos en la distinción entre mandato y representación, al respecto *Cfr.* Díez PICAZO, (1979) págs. 63 y sigs.

⁸ FERNÁNDEZ GREGORACI, (2006) pág. 93, al respecto puede también consultarse Díez PICAZO, (1979) pág. 40 y ALBALADEJO, (2002) pág. 804. En este caso se habla de una declaración de los que lo celebran, que puede ser expresa o tácita.

⁹ Este concepto también es aplicable a cuando existe la ratificación, esta supone que la gestión ya ha sido materializada con la conclusión de un negocio representativo que será válido en la esfera jurídica ajena a partir de la manifestación de voluntad que al respecto realice el *dominus*. En este caso no existió poder de representación.

¹⁰ BARASSI *cit. pos.* BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, (1956) pág. 44. Por su parte PASCUAL ESTEUIL, prefiere denominarlo «semi cumplimiento» *Vid.* PASCUAL ESTEUIL, Luis *cit. pos.* MENA-BERNAL ESCOBAR, (1990), pág. 1789.

¹¹ En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE nos recuerda que el interés satisfecho con la prestación no es puramente subjetivo, o psicológico, sino que se encuentra objetivado en la propia prestación. *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, (2013), pág. 12.

¹² «El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por *sus representantes* o por cualquiera otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación». Artículo 2065 del *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal*.

¹³ BARROS ERRAZURIZ, (1932) pág. 193. En igual sentido se pronuncia HINESTROSA (1969), pág. 105; y ALESSANDRI RODRIGUEZ Y SOMARRIVA UNDURRAGA, (s.a), pág. 280.

¹⁴ Podemos citar, entre los partidarios de esta posición, al propio BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO; CRISTÓBAL MONTES; BARROS ERRAZURIZ, A.; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José, LÓPEZ CABANA, (1995), pág. 94; para autores como Díez PICAZO y GULLÓN, es un acto jurídico debido, porque el deudor obligado a observar la conducta prescrita en la obligación.

Vid. Díez PICAZO y GULLÓN, (1992), pág. 178. Sin embargo autores como BORDA, sostienen que la distinción entre acto jurídico y acto debido no tiene verdadera relevancia, para este autor es más importante precisar que es un acto jurídico unilateral. Vid. BORDA, (1999), tomo I, pág. 441.

¹⁵ El propio autor expone que cuando se trata de cumplimiento normal de la deuda realmente existente, basta la congruencia de la prestación con el contenido de la obligación, siendo superflua la voluntad de cumplir, que no se exige de un modo específico en la ley. La actividad del deudor o del que cumple en su nombre, no tiene, por consiguiente, el valor de una declaración especial de voluntad. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, (1956) pág. 157.

¹⁶ Para ALTERINI, Atilio Anfbal y *et al.* si bien es cierto que no hay un pago, por carencia de *animus solvendi*, la obligación igualmente se extingue: el acreedor se satisface, obtiene su finalidad y si el deudor pretende la devolución de lo que dio sin *animus solvendi*, el acreedor puede sostener que ese crédito por devolución se ha neutralizado, por compensación, con el crédito que él tiene contra el deudor por cumplimiento de su deuda. Vid. ALTERINI, *et. al* (1995) pág. 95.

¹⁷ CRISTÓBAL MONTES, «el tercero, a diferencia de lo que ocurre con el deudor, no está vinculado en la relación obligatoria, y, por tanto, si se prescinde de su *animus solvendi* se pierde también todo punto de referencia y aun de justificación respecto a su incidencia en el débito ajeno *cit. pos.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, (2013) p.16, y por MENA-BERNAL ESCOBAR, María José, (1990) pág. 1789.

¹⁸ Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo español en múltiples sentencias citadas por las Audiencias Provinciales, dentro de estas últimas pueden mencionarse, Sentencia Núm. 504/2013, dictada en el Recurso de Apelación Núm. 735/2011, Roj: SAP S 494/2013, Audiencia Provincial Santander siendo Ponente: Bruno Arias Berrioategortua; Sentencia Núm. 480/2013 dictada en el Recurso de Apelación Núm. 79/2012, Roj: SAP S 755/2013, Audiencia Provincial Santander siendo ponente Miguel Carlos Fernández Díez; Sentencia Núm. 411/2013 dictada en el Procedimiento Civil Núm. 903/2012, Roj: SAP V 4597/2013, Audiencia Provincial Valencia siendo ponente Salvador Urbino Martínez Carrión.

¹⁹ La subjetiva comprende el desconocimiento de un hecho, un estado psicológico, valorable jurídicamente a los fines de determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. Es la convicción o persuasión de actuar conforme a Derecho, sin lesionar los derechos de tercero. La objetiva es vista como estándar o patrón de conducta, implica un espíritu de lealtad, hábito viril de firmeza, claridad y coherencia, fidelidad y respeto a los deberes que según la conciencia general deben ser observados en las relaciones jurídico-sociales. Es un criterio objetivo de valoración, un estándar o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales. Se trata del patrón de comportamiento del hombre medio, de la conducta social media, de la de aquel que procede con cuidado y previsión, de conformidad con lo que verosísimamente ha entendido o pudo entender. Vid. PRIETO VALDÉS, *et. al* (2006) págs. 18 y 19.

²⁰ Es unánime la regulación deferida por los ordenamientos jurídicos de tener por válido el pago realizado a quien estuviere en posesión del crédito, dígase acreedor aparente, siempre y cuando este pago se haya realizado bajo la creencia de la buena fe. Cfr. Artículo 1576 *Código Civil de Chile*; artículo 298 *Código Civil de Bolivia*; artículo 1634 *Código Civil de la República de Colombia*; artículo 551 *Código Civil del Paraguay*; artículo 1455 *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*; artículo 1592 *Código Civil de la República de Ecuador*; artículo 1.287 *Código de la República Bolivariana de Venezuela*.

²¹ Considero que el deber de diligencia no debe estar determinado por el principal en la instrucciones, no obstante sigue siendo este un marco de actuación exclusivamente privado del representante y no del representado, si bien trasciende a cumplimiento cabal del encargo.

²² Tal como lo prevé el anteproyecto de código europeo de contratos en su artículo 75. 1, donde se deja claramente establecido como en el cumplimiento de sus obligaciones *el deudor debe comportarse conforme a lo convenido por las partes, a la buena fe y a la diligencia exigible en cada caso específico, teniendo como base los acuerdos, las circunstancias y la práctica corriente*. Por su parte los ordenamientos jurídicos boliviano y venezolano, los que

coinciden en establecer que en el cumplimiento de la obligación el deudor deberá emplear la diligencia de un buen padre de familia. *Vid.* SALAS MURILLO, (2005), págs. 31-81 y artículo 302 *Código Civil de Bolivia* y artículo 1270 *Código de la República Bolivariana de Venezuela*.

²³ Las diferencias que existen entre el mandato tácito y la ratificación quedan expuestas en la Sentencia número 208/2013, dictada en el recurso número 597/2012, por la Sección 3 de la Audiencia Provincial A Coruña, Roj: SAP C 1220/2013, siendo ponente Rafael Jesús Fernández-Porto García. «(...) No puede confundirse el mandato tácito con la contratación en nombre de otro sin ostentar su representación; y tampoco puede olvidarse que, incluso aunque no existiese dicha facultad, desde el momento en que se ratifica por el representado, se está convalidando. El apoderamiento tácito, por tratarse de un verdadero mandato, no necesita de ratificación alguna, mientras que la ratificación posterior de un apoderamiento aparente subsana el defecto de apoderamiento y el tercero que contrató fiado por esta apariencia de poder no necesita invocar su condición de buena fe para eludir las consecuencias de la falta de representación. (...) En todo caso, un contrato celebrado en nombre de otro sin ostentar la representación para ello, pueda ser ratificado por aquel a nombre de quien contrató, y que esta ratificación pueda ser, no solo expresa, sino también tácita, con el consiguiente efecto de validar el negocio (artículo 1259 del Código Civil). (...) [Ts. 27 de noviembre de 2012 (Roj: STS 8862/2012, recurso 1020/2010), 4 de octubre de 2011 (resolución 661/2011, en el recurso 162/2010) y 30 de marzo de 2011 (Roj: STS 1807/2011, recurso 2266/2007)]». En similar sentido se pronuncia la Sentencia número 575/2013, número de recurso 684/2011, dictada en Roj: STS 4737/2013 por la Sala de lo Civil Tribunal Supremo, sede Madrid, siendo ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas (...) *sancionando la sentencia de 2 de junio de 1981* que el mandato tácito ha de derivar de actos que impliquen necesariamente de un modo evidente y palmario la intención de obligarse, debiendo acreditarse en debida forma las facultades conferidas al mandatario, lo que es cuestión de hecho reservada a la apreciación del Tribunal sentenciador en la instancia, (...) resaltando, por último, la sentencia de 5 de abril de 1950, en interpretación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1727 del Código Civil, que la ratificación tácita tiene lugar cuando el mandante sin hacer uso de la acción de nulidad por él ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el del tercero (SSTS 27 de diciembre de 1966; 10 de octubre de 1963; 10 de mayo de 1984; 3 de julio 1987; 18 de diciembre 2006; 10 de mayo 2007).

²⁴ Artículo 1222 *Código Civil de Perú*; artículo 1158 *Código Civil del Reino de España*; artículo 295 *Código Civil de Bolivia*; artículo 1450 *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*.

²⁵ Artículo 1572 *Código Civil de Chile*; artículo 1630 *Código Civil de la República de Colombia*; artículo 1588 *Código Civil de la República de Ecuador*.

²⁶ Sentencia número 472/2013, dictada en la Audiencia Provincial de Alicante, Roj: SAP A 2956/2013, número de recurso: 1040/2012, siendo ponente el magistrado José Antonio Pérez Nevot.

²⁷ Para BORDA la conformidad del deudor implica una situación similar a la del mandato. Para ALTERINI *et. al.*, la situación de ese tercero, cuando el deudor asiente a su actuación, es la de un mandatario, si lo envió a pagar, es un caso de mandato expreso (art. 1869, Cód. Civ.) y, si guardó silencio, o no impidió, pudiendo hacerlo, la actuación del tercero, se da un supuesto de mandato tácito (art. 1874, Cód. Civ.). *Cfr.* BORDA., (1999) pág. 446; ALTERINI, *et. al.* (1995) pág. 98.

²⁸ Artículo 2066 y 2069 *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal*.

²⁹ Artículo 2058. *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal*.

³⁰ LLAMBIAS, *et. al.* (1997) pág. 382. Por su parte Díez PICAZO identifica como uno de los posibles intereses que mueven al *solvens* a cumplir cuando paga porque ha recibido una delegación o mandato de pago del deudor y lo hace porque con ello cumplirá una deuda

propia frente al delegante. Supuesto en el cual estamos en presencia, para este autor de un interés en el cumplimiento de la obligación, calificado a su vez por LASARTE como interés indirecto del *solvens*, que únicamente puede individualizarse si se atiende a las consecuencias perjudiciales que para el mismo comportaría el incumplimiento del deudor. Díez PICAZO *cit. pos.* LASARTE, (2012) pág. 35.

³¹ Artículo 539 *Código Civil del Paraguay*.

³² Artículo 550 *Código Civil del Paraguay*.

³³ Artículo 1610.5 *Código Civil de Chile*; artículo 1668.5 *Código Civil de la República de Colombia*; artículo 1472.5 *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*; artículo 1626.5 *Código Civil de la República de Ecuador*.

³⁴ artículo 1261.2 *Código Civil de Perú* (subrogación convencional); artículo 1260.2 *Código Civil de Perú* (subrogación legal).

³⁵ Artículo 594, b y c. *Código Civil del Paraguay*. El ordenamiento jurídico español también sostiene la distinción entre el pago realizado con interés o no en el cumplimiento de la obligación, requiriéndose en el último caso la aprobación expresa o tácita del deudor, sin embargo no se establece distinción entre el pago con subrogación convencional o legal, sino que en ambos supuesto se presume la subrogación artículo 1.210. 2.3. *Código Civil del Reino de España*.

³⁶ «La subrogación es una ficción jurídica por la cual una obligación extinguida por el pago hecho por un tercero, se juzga que continúa a favor de este, como si formase una misma persona con el acreedor». artículo 1468 *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*.

*(Trabajo recibido el 18-03-2014 y aceptado
para su publicación el 21-04-2014)*