

THOMALE, Chris: *Leistung als Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 467+XXXVII pp.

«Prestación como libertad» es el título que Chris Thomale ha escogido para una obra en la que, con la loable intención de dar una respuesta más clara y homogénea a la extinción de las obligaciones por prestación y a la restitución de las prestaciones injustificadas, propone un nuevo concepto de prestación. La tesis que pretende demostrar es que, para que haya prestación, no es suficiente con llevar a cabo el comportamiento debido, sino que además hace falta una voluntad *negocial*, por parte de quien presta, de querer extinguir el crédito; de este modo a la prestación le serían aplicables las reglas de las declaraciones de voluntad negociales (validez, impugnabilidad), tanto en el contexto de la regulación del pago (prestación para cumplimiento) como en el del derecho de enriquecimiento (restitución de la prestación por falta de causa jurídica). Exigiendo que la prestación se acompañe de una voluntad negocial de extinguir el crédito, el autor pretende superar algunos problemas típicos del cumplimiento de las obligaciones (equivocaciones, sujetos interpuestos, imputación de pagos, etc.) y, sobre todo, aspira a dotar al derecho de enriquecimiento alemán —especialmente complejo en las relaciones triangulares— del grado de simplificación y seguridad jurídica que hace tiempo viene necesitando; además, reducir el grado de complejidad con que ha sido tratado hasta ahora supondría un importante paso adelante en el acercamiento a otros ordenamientos, en el contexto de la preparación de un Código civil europeo.

Los principales fines del trabajo son ambiciosos: dar una nueva proyección a la teoría del negocio jurídico, utilizarlo para dar una explicación inteligible a las relaciones triangulares del derecho de enriquecimiento, y reconciliar la regulación del pago y la del derecho de enriquecimiento dando un tratamiento *negocial* unitario al concepto de prestación. Aunque la última parte del trabajo se centra con cierto detenimiento en las relaciones triangulares del derecho de enriquecimiento, tanto por su complejidad como por su relevancia en conflictos que pueden considerarse cotidianos (órdenes bancarias, por ejemplo), no se trata de una obra que gire en torno a la resolución de un problema sectorial, más o menos importante. Su propuesta de simplificación en esta materia es el corolario de una serie previa de decisiones dogmáticas relevantes que, por provenir del ámbito más general de los conceptos o principios (prestación, declaraciones de voluntad, negocio jurídico), permiten ofrecer una visión más coherente y sistemática del Derecho de obligaciones.

Lo primero que se pregunta es si el concepto de prestación se agota en el mero comportarse de acuerdo con lo previsto en la obligación —comportamiento al que le ley liga la extinción de ésta—, o si además exige, para producir el efecto extintivo, la existencia de una declaración de voluntad negocial por parte del prestador —unilateral, por tanto— que relacione la prestación con el crédito que se quiere extinguir. Este es el arranque del trabajo y su puerta de comunicación con la teoría del negocio jurídico: si se acepta que la voluntad de extinguir es parte de la prestación y que constituye una declaración negocial, los conflictos típicos del pago podrían resolverse con las reglas propias de las declaraciones de voluntad negociales. Su atractivo como hipótesis es que, no sólo conseguiría resolver de modo satisfactorio algunas cuestiones importantes que hasta la fecha —en opinión del autor— no han recibido una solución adecuada, sino que se trataría de una solución apoyada en uno de los fundamentos del sistema, como es la doctrina del negocio jurídico y su presupuesto, el principio de libertad patrimonial (de aquí el título de la obra).

Si la «determinación extintiva» –una traducción algo forzada de *Tilgungsbes-timmung*–, esto es, la voluntad de extinguir forma parte de la prestación, tanto si se trata de cumplir la prestación debida como de restituir la prestación indebida, se entiende que el concepto mismo de prestación queda ligado de otro modo al principio de libertad (de quien realiza la prestación).

Precisamente, el primer gran reto al que se enfrenta el trabajo es tratar de demostrar que la «determinación extintiva» es un requisito esencial y negocial del concepto de «prestación» (pp. 5 y ss.) y, en mi opinión, la generosa argumentación del autor no resulta suficiente para convencer de que el carácter negocial de la prestación (libre, autónomo, impugnabile, etc.) sea una *necesidad* de coherencia en el sistema del BGB, aunque ciertamente permite resolver algunas cuestiones de modo más satisfactorio. Cuando se discrepa de la opinión dominante, como hace el autor, resulta prudente extremar los argumentos que le llevan a ello, pues de otro modo podría dar la impresión de que es la bondad de la meta a la que se quiere llegar la que justifica ese proceder.

Salvadas las distancias entre ordenamientos, en nuestro ámbito también se ha planteado la cuestión sobre si el *animus solvendi* (un modo clásico de referirnos a esa voluntad extintiva) es requisito esencial del pago. Y me parece plenamente acertada la reflexión de Díez-Picazo, cuando afirma que en el fenómeno del pago la voluntad del deudor (su *querer pagar* subjetivo), salvo desde su exclusiva perspectiva, no merece una especial valoración por parte del ordenamiento jurídico: «Ello se comprende, de manera especial, si se tiene en cuenta que, para la eficacia del pago, se requiere más la objetiva existencia de la deuda que la libertad y espontaneidad de la voluntad de cumplir. Es usual y por nadie discutida la idea de que los vicios de la voluntad negocial no son aplicables al pago y que, si se valora el error (cfr. art. 1895 CC), no es en cuanto vicio del cumplimiento, sino en la medida en que se produce un desplazamiento patrimonial que carece de justificación» (Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, 4.^a ed., Madrid: Civitas, 1993, pág. 475). Creo que esta idea sigue plenamente vigente en nuestro ordenamiento. Claro que Thomale es plenamente coherente con su planteamiento, y si defiende un tratamiento negocial del pago es porque está dispuesto a aceptar que sea impugnabile.

El autor entiende que esa «determinación extintiva» se atribuye al que presta fundamentalmente porque corresponde a su voluntad (paga porque quiere extinguir y para extinguir), pero no es éste el único criterio por el que puede y debe atribuirse la declaración al declarante; existen otros títulos de atribución –más o menos relacionados con la apariencia creada por la declaración– que, cuando se dan, se prefieren a la voluntad interna. La investigación concluye que las declaraciones de voluntad se atribuyen a quien declara no sólo en caso de que correspondan a su voluntad, sino también por la violación de los deberes de cuidado del declarante al declarar, cuando su falta de diligencia provoca una apariencia de voluntad que no se corresponde con la voluntad real. La respuesta del ordenamiento para el que declara en contra de su voluntad debe ser –al menos, inicialmente– la de atribuirle «normativamente» lo declarado, sin necesidad de acudir a la institución de la *culpa in contrahendo*. Pero esa primera atribución podría no ser definitiva. Coherente con su concepción negocial de la prestación, cuando se trate de uno de esos casos en los que la atribución normativa de la voluntad de extinguir se prefiere a la voluntad real del declarante (por apariencia de poder, por distancia en la contratación, por error al declarar, por cambio de voluntad, por el horizon-

te objetivo de comprensión del receptor, etc.), éste debería contar con un derecho a impugnar esa declaración, para evitar que le sea definitivamente atribuida; y el receptor de la declaración debería disponer del derecho a que el declarante quede obligado en los términos realmente queridos, emitiendo frente a éste una declaración (potestativa) en dicho sentido.

Si ninguna de las partes conforma la declaración que no corresponde a la voluntad interna, el declarante podría quedar ligado a la declaración de voluntad no querida. Estas reglas son igualmente aplicables a la voluntad de extinguir que ha de acompañar a la prestación: la extinción puede atribuirse porque el prestador la ha querido «interior» o «realmente», pero también puede atribuirse «normativamente» por el hecho de haber creado el prestador la apariencia de que comunicaba lo que quería.

Para el autor, la dialéctica entre «voluntad interna» y «declaración externa» se resuelve reconociendo que la declaración de voluntad es realmente una *declaración externa conformada por una voluntad*, declaración que puede ser jurídicamente atribuida por corresponder a la voluntad de quien declara, pero que *no debe* atribuirse sólo en ese caso (pág. 66); la responsabilidad por la apariencia creada es también parte de la doctrina de las declaraciones de voluntad negociales, y no un instituto independiente que entre en conflicto con ésta (pág. 89); es algo compatible con el principio de autonomía privada, y no opuesto a éste.

Tengo la impresión de que este intento de reforzar la voluntad «interior» de extinguir, a la vez que se reconocen un buen número de supuestos de atribución «normativa» de la extinción, no aportaría apenas novedades a la concepción del pago entendido como acto debido al que la ley liga el efecto extintivo, si no fuera porque, por ese pretendido carácter negocial, permite impugnar la declaración. Ahora bien, ¿qué interés tiene ese querer dar mayor libertad al deudor en el pago? ¿se trata únicamente de que viene bien para resolver algunos supuestos concretos, como la imputación de pagos, o algunos conflictos en relaciones triangulares, o es más coherente con el principio de libertad? Si se paga lo que se debe, aunque no se quiera extinguir el crédito, ¿por qué debería preferirse la impugnación del pago frente al derecho del acreedor a recibirlo? ¿no es suficiente el cumplimiento del comportamiento debido para atribuir normativamente al que presta la voluntad de extinguir? ¿por qué debería ser necesario reprochar algo al declarante—falta de cuidado en la declaración— para atribuirle lo declarado, cuando no coincida con lo querido?

Pero retomemos la argumentación del autor. Para demostrar que esta declaración de voluntad forma parte integrante del supuesto de hecho de la prestación, analiza las diversas concepciones del concepto de prestación, y concluye que es preferible presentarla como un comportamiento *finalizado*, esto es, puesto en relación con el fin —extintivo— al que está llamada, fin que formaría parte del concepto de prestación gracias a la esa voluntad negocial de extinguir. Desde esta perspectiva, toda prestación, para poder serlo, resulta necesariamente *solvendi causa*, y esto —por la tesis de la unidad: el concepto de prestación ha de ser unitario, homogéneo— tanto en la regulación del pago como en la del enriquecimiento injustificado.

El autor defiende que esta idea es especialmente apropiada para poder explicar con mayor sencillez y coherencia la *Leistungskondition* de los párrafos 812 ss. BGB. Si también aquí la «prestación» requiere una declaración de voluntad negocial del prestador, por el que éste atribuye el «pago» (formal o meramente material) a un crédito para extinguirlo, «prestador» (y por

tanto legitimado activo en la *Leistungskondition*) será quien realice esa declaración de voluntad, o aquel a quien pueda atribuirse conforme a los principios generales de la teoría del negocio jurídico (voluntad y responsabilidad por apariencia). El que paga o presta ha podido referir su pago o prestación a un crédito del acreedor que no existe (ya no existe, no existe aún, o no ha existido ni existirá), es nulo o ineficaz, y en todos estos casos dicho crédito no sirve de «razón jurídica» (*rechtlicher Grund* en el § 812 BGB) para justificar el desplazamiento patrimonial.

Ahora bien, si la prestación cuya restitución se reclama mediante la *condictio* ha de ser siempre una prestación *solvendi causa*, puesto que ha de ir acompañada de la voluntad de extinguir el crédito al que se refiera, la *Leistungskondition* no podría encargarse de prestaciones que no sean extintivas. Esto obliga al autor a dar alguna explicación para la *condictio causa data causa non secuta* (o la *condictio ob turpem vel iniustam causam*), que el BGB regula junto a aquélla. En su opinión, la mencionada *condictio* supone en sí una institución contradictoria, pues requiere un acuerdo de naturaleza contractual que, en caso de conflicto, debería resolverse por las reglas del derecho de contratos, y no por el derecho de enriquecimiento; por lo demás, los problemas que está llamada a resolver se pueden resolver hoy, con mayor coherencia dogmática y sistemática, bien desde el derecho contractual, bien desde la institución de la desaparición de la base del negocio, bien desde la *condictio indebiti*. En la interpretación del autor, la *condictio* de prestación (del § 812 I Alt 1 BGB) exige que la prestación cuya restitución se pretende se haya relacionado por medio de la correspondiente «determinación extintiva» con un crédito que no existe, que es nulo o ineficaz. Claro que esto no es precisamente un hallazgo ni una sorpresa desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, puesto que se trata precisamente del papel que juega entre nosotros la acción de nulidad, al menos en la comprensión mayoritaria y más razonable de la misma, que amplía su ámbito de aplicación a todos los supuestos de ineficacia contractual en sentido amplio (incluida la nulidad).

Este discurso permite al autor proponer soluciones más homogéneas y claras en los conflictos triangulares. Desde la perspectiva de las prestaciones realizadas por quienes disponen sin estar legitimados pero con eficacia en el plano jurídico real, las soluciones dependen fundamentalmente de que sepamos plantear bien la pregunta: «quién quiere pagar el crédito de quién». Así, el delegado quiere cumplir típicamente el crédito que tiene frente al delegante y éste el crédito que tiene frente al delegatario. Por ello, aunque el desplazamiento efectivo haya tenido lugar entre el delegado y el delegatario, el pago o la restitución tendrán lugar entre aquéllos. Resulta más problemática la liquidación del contrato a favor de tercero, en la medida en que se discute si es el estipulante o el beneficiario quien ostenta el derecho de crédito (también en Derecho español se advierten ecos de este desacuerdo). Si el contrato proporciona al beneficiario un verdadero derecho de crédito, y no sólo una acción (en el caso español se acepta que el beneficiario es titular de ese derecho), el promitente paga al tercero y, llegado el caso, reclama la restitución directamente de éste. También las prestaciones que extinguen créditos cedidos han de resolverse con la *condictio* de prestación del deudor frente al titular aparente del crédito; no importa contra quién se haya dirigido el crédito, ya que también el tercero puede pagar deuda ajena en nombre propio y, cuando lo hace, presta al acreedor, y si el crédito no existe, debe exigir a éste la restitución.

Lógicamente, las herramientas que encontramos en los dos ordenamientos, alemán y español, abstracto el primero y causal el segundo en cuanto al control de los desplazamientos patrimoniales, no pueden ser las mismas porque no comparten los principios, pero en la mayoría de ocasiones el resultado final sí será el mismo. Por eso no puede extrañar que las soluciones propuestas por Thomale puedan encontrarse sin dificultad en nuestro ordenamiento, aunque para ello utilicemos otros caminos y, desde luego, no hayamos acudido a modificar el concepto de prestación. De parte española, el control de los desplazamientos es causal y, por tanto, *a priori*: apunta al contrato, que es el instrumento que justifica los desplazamientos patrimoniales por prestación y el que en su caso debe impugnarse para provocar la restitución; por otra parte, en la mayoría de situaciones triangulares es el principio de relatividad de los contratos, correctamente entendido, el que indica entre quiénes debe establecerse la liquidación de la prestación indebida. Desde la perspectiva alemana de las atribuciones abstractas, el contrato no es el instrumento que controla la justificación de los desplazamientos patrimoniales, por lo que, cuando falta la causa que justifica el desplazamiento, no se acude al contrato sino al derecho de enriquecimiento y a su valoración del resultado final: si el desplazamiento causado por la prestación resulta injustificado debe restituirse. La acción de nulidad pivota sobre el contrato; la de enriquecimiento, sobre la situación generada por éste. Pero una *Leistungskondition* entendida en sentido negocial y limitada a las prestaciones *solvendi causa* se acerca mucho a nuestra acción de nulidad y, por tanto, a la parte del derecho de contratos que regula ésta. El derecho de contratos me parece también la sede adecuada para tratar otros puntos cruciales del derecho de enriquecimiento alemán, como la *Saldotheorie*, etc.

Personalmente, considero que las reglas para la liquidación de los contratos deberían partir de los mismos principios, con independencia de que se trate de supuestos de nulidad, anulabilidad, rescisión, etc. Es cierto que entre nosotros hay quien ha querido aplicar las reglas de la *condictio indebiti* a los contratos nulos, dejando la acción de nulidad a la anulabilidad, rescisión y resolución, pero la considero una propuesta forzada y que desconoce las diferencias de partida entre la necesidad de «retro-liquidar» una relación contractual (perspectiva bilateral) y la de equilibrar el pago de lo indebido (perspectiva unilateral y supuesto de enriquecimiento impuesto). Comparto además con el autor que el derecho de contratos es la sede adecuada para tratar de la *condictio causa data causa non secuta* (o la *condictio ob tumpem vel iniustam causam*; la *condictio indebiti* podría configurarse como un apéndice extracontractual de la acción de nulidad/*Leistungskondition*, para los casos de error en los que se presta lo que no se debe, pero conviene –y mucho– mantener la distancia, de manera que se vea claro que aquí no se trata de liquidar un contrato, sino de restituir un enriquecimiento impuesto, aunque el procedimiento sea quasi-contractual.

De este modo –retomamos el hilo del autor–, la *condictio* de prestación queda explicada por la autonomía privada: prestación y libertad están indisolublemente entretejidas. Revestida de un ropaje negocial, la *Leistungskondition* es el mecanismo de liquidación previsto para una voluntad de pago que no consigue su fin, porque el crédito a extinguir no existe. En este sentido, la autonomía privada –su falta– es lo que sostiene la *condictio* de prestación; es la reacción de la justicia conmutativa cuando la voluntad de extinguir el crédito fracasa. Yo me inclino a pensar que la *condictio* funciona, y funciona con justicia, sin necesidad de pivotar sobre esa voluntad.

Cuando la *Leistungskondition* se entiende de la manera propuesta por el autor, el derecho de enriquecimiento se simplifica de forma notoria. En síntesis, las relaciones de varias personas en conflictos típicos quedarían resueltas mediante un concepto negocial de prestación. La liquidación de un desplazamiento patrimonial entre A y B sólo podrá trascender a C cuando el que presta y declara querer extinguir la obligación, por ejemplo A, lo haga como enviado, o mensajero, o representante de C, de manera que la declaración se atribuya a éste. Si la situación fracasa conforme a las reglas de formación de las declaraciones de voluntad, o el que declara al prestar lo hace en nombre propio, la pretensión de enriquecimiento sólo tiene lugar entre él y el receptor. Pero una cosa es ayudar a determinar quiénes han de ser los legitimados –activa y pasivamente– en la pretensión de restitución, y otra afirmar que el fundamento de la pretensión sea la libertad frustrada del prestador, y no la situación objetiva de falta de justificación (no sólo de voluntad) para un desplazamiento patrimonial derivado de prestación.

Hay que poner de relieve que el autor hace un esfuerzo notable por dar a sus propuestas una neta finalidad práctica, tratando de ofrecer soluciones a problemas reales y cotidianos de una manera que resulte más sencilla y actual, y lo hace buscando la solución en uno de los principios básicos del sistema de derecho privado, la libertad contractual. Para realizar una lectura actualizada del concepto de prestación, lo liga a la suerte de las declaraciones de voluntad negociales. Desde la perspectiva del esfuerzo del autor por enraizar su tesis en la libertad –patrimonial– personal de quien presta, el trabajo tiene un cierto sabor clásico: se hacen explícitos los fundamentos y las metas, se rastrean las soluciones de justicia conmutativa existentes en tantas soluciones ya positivizadas, se pretende dar una visión armonizada del conjunto, etc. Su lectura es provechosa, y aunque la construcción resulte artificiosa y difícilmente justificable en nuestro ordenamiento, no impide que se pueda apreciar su belleza.

Lógicamente, vistas las cosas desde el Derecho civil español, el trabajo se enfrenta a problemas propios del ordenamiento alemán, y en alguna medida exclusivos de éste, como es el caso de las relaciones triangulares del derecho de enriquecimiento. Parece significativo que las propuestas del autor acerquen el modelo alemán de la *Leistungskondition* a la mejor manera de entender nuestra acción de nulidad como principal pretensión restitutoria para las prestaciones derivadas de contrato.

En cualquier caso, la reflexión resulta sumamente interesante en cuanto a la resolución de los conflictos que surgen en la extinción de las relaciones jurídicas. Es indudable el acierto del autor en dar pasos para facilitar el futuro de un derecho de enriquecimiento europeo y su intento por simplificar el más complejo de todo este panorama es algo que merece la pena ser aplaudido. Pero quizá el camino elegido de redefinir el concepto de prestación, haciéndolo negocial e introduciendo con ello importantes novedades en la regulación del pago, case poco con las directrices –digamos– más «utilitaristas» que laten en las propuestas de creación de un ordenamiento europeo. Por otra parte, las soluciones propuestas son conocidas en otros ordenamientos sin necesidad de esa construcción, aunque es verdad que son ordenamientos en los que el contrato tiene un papel decisivo en el control de los desplazamientos patrimoniales derivados de prestación.

Finalmente, me pregunto hasta qué punto una mayor protección de la libertad del deudor al pagar hace mejor o más justa la regulación del pago: ¿estamos realmente dispuestos a aceptar la impugnación de un pago debido

por respetar la libertad de quien no ha querido pagar? Si es la libertad lo que me ha llevado a obligarme, ¿por qué permitir impugnar un pago al que se está obligado, por respeto a qué libertad? Quizá se responda que lo que se pretende es dar una respuesta más satisfactoria a supuestos complejos en los que se ven involucrados varios sujetos, o a la imputación de pagos, y que la posición del acreedor está suficientemente protegida mediante los supuestos de «atribución normativa» de la voluntad de pagar, pero ¿realmente queremos cambiar la regla general? ¿no es más lógico determinar los supuestos en los que el pago debe acompañarse de una voluntad explícita sobre su alcance extintivo (§ 366)?

Xabier BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid