

EL PAGO EFECTIVO DE LAS OBLIGACIONES

Dr. Gonzalo Benalcázar K.

TERMINOLOGIA

Nuestro idioma castellano, tan rico y abundante en sus expresiones, nos da, respecto del primer modo de extinguir las obligaciones, dos palabras sinónimas: solución o pago. Así encontramos manifestado en el art. 1623 de nuestro Código Civil que dice: "Las obligaciones se extinguen... 1º por la solución o pago efectivo..." La palabra solución tiene su raíz y origen estrictamente latinos, pues viene de solutio-nis que, a su vez, deriva del verbo solvo, solvis, solvere, solutum que significa: desatar, liberar, cumplir, satisfacer.

Refiriéndose a este sentido etimológico dice Alessandri (1): "La palabra solución es muy gráfica porque indica que en virtud del pago viene a desligarse el acreedor del deudor, se soluciona la obligación".

Salvat (2) añade: "Pago, en el Derecho Romano era lo mismo que solutio: romper disolver. Aplicando a las obligaciones es romper o disolver el vínculo jurídico que las constituye".

Estas dos palabras sinónimas se encuentran en el Código Civil chileno y también en el nuestro y, nos parece que se complementan. Se puede afirmar que la palabra gráfica: solutio, según expresión de Alessandri, es explicada por otra más vulgar: pago. Así lo entendemos cuando nuestro Código Civil nos dice: solución o pago. Podría interpretarse así: solución, esto es pago.

(1) Alessandri, *Curso de Derecho Civil*, T. III, N° 453, pág. 279.

(2) Salvat R., *Traatado de D. C. Argentino*, T. II, N° 1046, pág. 182.

El Código Civil ecuatoriano, sin desligarse del término antiguo: solución, expresa que es lo mismo que pago efectivo, término que luego del enunciado general prevalecerá, cuantas veces de este asunto se trate.

Pero es preciso que recordemos otro término, también usado en las diversas legislaciones: cumplimiento. Así el Código Civil español dice en el art. 1156: "Las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento", o sea que al dar la cosa debida se satisface con la obligación.

Pothier (3) dice: "El pago real es el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado a dar o hacer".

Camus (4) habla de pago o cumplimiento.

Ennecerus (5) dice que el cumplimiento, la solución es la realización de una prestación que sea conforme a la obligación.

De todo esto podemos concluir que hay un juego de tres palabras: solución, pago, cumplimiento. Se pudiera decir, empleando una metáfora: tres palabras distintas y un solo concepto de extinción de las obligaciones. De lo expuesto resulta, pues, que las tres palabras empleadas significan, de una manera obvia, un solo modo de extinguir las obligaciones.

Sin embargo, se puede hacer una acotación: etimológicamente debiera establecerse un orden en estas tres palabras: el pago efectivo o cumplimiento es la solución de las obligaciones.

Puig Peña (6) dice al respecto: "La parificación de vocablos, no obstante su vieja historia, puede no ser muy correcta si se considera el pago como acto final-principal del cumplimiento, en cuyo caso éste abarca una zona más amplia de la conducta del deudor. Sin embargo, para no complicar más los términos nos adscribimos a la terminología tradicional, siguiendo la ambivalencia del pago con el cumplimiento. Pago es, pues, el cumplimiento de la obligación".

Es decir que, mediante la satisfacción de lo que se debe, o sea el pago efectivo, se realiza la solución, o sea la liberación, la extinción de las obligaciones. Esto no se puede concebir sino en un proceso intelectual, puesto que las tres palabras no tienen por cuasa sino una obligación de efectuarse y como fin la terminación de la obligación debida.

- (3) Pothier, *Tratado de las obligaciones*, T. II, V. 1º, Nº 494, pág. 187.
(4) Camus, *Código Civil explicado*, T. III, pág. 99.
(5) Ennecerus L., *Tratado de Derecho Civil*, T. II, V. I, pág. 298.
(6) Puig Peña, *Tratado de D. C. español*, T. IV, V. I, pág. 160.

DIVERSOS SENTIDOS

El pago efectivo de las obligaciones se lo puede estudiar bajo tres sentidos:

1º—Sentido amplio

Llamado también, lato o general. Es la extinción de las obligaciones, sea cual fuera el modo de extinguirse.

Claro Solar (7) dice en este sentido: "En este sentido, pago es sinónimo de la voz latina solutio: solución; solutionis verbum, decía Paulo, pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam, pues, liberationis verbum eadem vim habet quam solutionis".

Salvat (8), dice lo mismo en sentido más extenso en la extinción de la obligación por cualquiera de los modos.

De Gásperi sostiene lo mismo que Claro Solar.

Lafaille (9) dice que en la doctrina y hasta en la legislación se entiende el pago para expresar cualesquiera de los medios extintivos, ya que llevan aparejados, si no el cumplimiento, la ruptura del vínculo. Tal es el sentido de la palabra solutio".

2º—Sentido estricto

Es la ejecución o cumplimiento de la prestación, cualquiera que sea su naturaleza. Por ejemplo, la edificación de una casa, dar o hacer una cosa debida, no hacer una cosa prohibida.

Claro Solar (10), dice: "En sentido especial, la palabra pago expresa el modo normal de extinción de las obligaciones, el modo que las partes ordinariamente han tenido solo en vista al contratar, o sea, el cumplimiento real, efectivo de la obligación, la prestación de lo que se deba. Así lo definen Ulpiano y Pomponio: solvere decimus eum qui facit quod facere promisit".

Pothier (11) lo tomaba, también, en este sentido al decir que "el pago real es el cumplimiento real de aquello a que se está obligado de hacer o de dar".

Josserand (12) dice que el pago es el medio de extinción por excelencia de las obligaciones. Es el desenvolvimiento normal; se dife-

- (7) Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil*, T. XII, Nº 1314, pág. 45.
(8) Salvat, obra citada, Nº 1046, pág. 182.
(9) Lafaille, *Derecho Civil*, T. IV, V. I, Nº 327, pág. 294.
(10) Claro Solar, obra citada, Nº 1314, pág. 45.
(11) Pothier, obra citada, Nº 494, pág. 187.
(12) Josserand, *Derecho Civil*, T. II, V. I, Nº 834, pág. 662.

rencia profundamente de los otros modos de extinción que presentan carácter accidental, normal, inesperado.

El Código Federal Suizo de las Obligaciones ha subrayado esta oposición, al tratar del pago a propósito de las obligaciones en el Título II y, separadamente de los medios de extinción propiamente dichos que están regulados bajo el epígrafe diferente en el Título III.

En este mismo sentido lo define el art. 725 del Código Civil argentino cuando dice: "El pago es el cumplimiento de la prestación que hace el **objeto** de la obligación, ya se trate de una obligación de hacer, ya de una obligación de dar".

En este mismo sentido define el art. 1568 del Código Civil chileno y también el nuestro en el art. 1624 que dice: "Pago efectivo es la prestación de lo que se debe".

3º—Sentido más restringido

Existe un sentido aún más restringido y especial: es el sentido vulgar y común entre las personas que, poco se cuidan del significado estricto y jurídico de las palabras, sea porque no conocen, sea porque ven su mejor comodidad.

Este sentido especialísimo, el más restringido, es, al mismo tiempo, el más popular. Aquí se da una paradójica contraposición: sentido estrictísimo y al mismo tiempo el más divulgado y conocido. Este sentido del pago efectivo consiste en la prestación de dinero, o sea en la entrega que el deudor hace al acreedor de la plata que le debe.

Así se expresa Salvat (13) cuando dice que en sentido vulgar, pagar significa cumplir la obligación de dar una suma de dinero, es decir, entregar la suma de dinero que se adeudaba.

El Código Alemán adopta este tercer sentido y emplea la palabra ejecución para el cumplimiento de las obligaciones en general y la palabra pago para el de las obligaciones de dar sumas de dinero, según lo determina el art. 362 del mencionado Código.

Cabe mencionar que todos los autores están conformes con que la palabra pago tiene estos dos sentidos.

Pero Lafaille (14) distingue cuatro sentidos: 1º Sentido que, él dice, se llama en la doctrina y aún en la legislación, general; 2º La forma circunscripta, según sus palabras, y que es la ejecución de la prestación, o sea el modo normal de poner fin al nexo formado (es el sentido propio y estricto del pago); 3º También se utiliza, dice, y es el

tercer sentido que da a la palabra pago, cuando se hacen efectivas ciertas obligaciones, como las de dar cosas fungibles o no; 4º Este es el tercero que los demás autores han situado, o sea la entrega de una suma de dinero. Este concepto vulgar, dice, ha pasado al derecho positivo, como ocurre en el Derecho Alemán.

CAUSA DEL PAGO EFECTIVO

El pago efectivo es, como lo hemos visto, el cumplimiento de las obligaciones. El origen, la causa del pago, es evidente que es la obligación. El pago presupone la obligación, ésta es la causa.

Si recurrimos a los principios filosóficos, vemos que no hay efecto sin causa. En el pago, se confirma este principio, puesto que es la culminación de la obligación. Es decir, que la obligación se contrae para que sea cumplida, para que produzca su efecto normal que es el cumplimiento y mediante él su extinción.

Del principio filosófico de la causalidad surgen conclusiones muy importantes, como la de que quien paga, creyendo existir una obligación, tiene derecho a reclamar lo indebidamente pagado.

El Código Civil Francés, en el art. 1235 dice: "Todo pago supone una deuda..." Lo cual prueba que el pago requiere la existencia de una obligación, que es una causa.

Salvat (15) afirma muy bien cuando dice: "Todo pago supone una deuda, a falta de ella el pago no se concibe".

En este mismo sentido opina Laurent.

De lo expuesto se concluye, y esto es evidente, que la causa del pago efectivo es la obligación, pues, no es posible cumplir una obligación que no existe, por lo menos naturalmente, según lo determina el art. 1526 de nuestro Código Civil.

DEFINICION DE PAGO EFECTIVO

Como ya hemos visto, el Código Civil del Ecuador utiliza el término: pago efectivo como uno de los modos de extinguir las obligaciones. Por este motivo es preciso que estudiemos su significado y cómo lo entiende el legislador.

El Código Civil en el art. 1624 lo define diciendo: "Es la prestación de lo que se debe". Textualmente idéntico lo trae el Código Civil chileno.

De la definición legal podemos extraer su contenido preciso, tan-

(13) Salvat, obra citada, Nº 1046 bis 1, pág.182.

(14) Lafaille, obra citada, Nº 328, pág. 294.

(15) Salvat, obra citada, Nº 1046 bis 2, pág. 183.

to más que el legislador así lo ha hecho. De las pocas palabras de la definición, la que encierra el QUID del significado, nos parece es la PRESTACION que, en su sentido natural y obvio comprende, según la obligación de que se trate: la dación y la traslación de la propiedad de la cosa en las obligaciones de dar el dominio, hacer aquello a que el deudor se obliga en las obligaciones de hacer, abstenerse de hacer aquello que el deudor se obliga a no hacer.

En la definición de pago efectivo, hay que precisar que se realiza éste siempre que haya obligación, así sea únicamente natural, en cuyo caso el pago es voluntario, puesto que las obligaciones naturales no obligan en derecho. No confieren derecho para exigir las, pero si han sido pagadas voluntariamente se puede retener lo que se ha pagado. En este mismo sentido se declara el Código francés, en el art. 1235.

Giorgi (16) da una definición elaborada por él mismo y dice: "Pago es el acto mediante el cual el deudor, u otro por él, extingue la obligación ejecutando la prestación a que el acreedor tiene derecho". Como vemos, la palabra prestación, es la clave de la definición en nuestra legislación.

Si ahondamos más en el sentido de la prestación, vemos que encierra en sí un concepto subjetivo del pago efectivo, o sea el acto de ejecutar lo debido. Es la concepción clásica y tradicional que tiene su fundamento en la concepción personalista de la obligación, que destaca la relación que existe entre el deudor y el acreedor.

Beltrán de Heredia (17) dice que este sentido subjetivo del contenido de la obligación, considerada como deber del deudor, es la predominante en los códigos de tipo latino, preocupados de calificar el comportamiento del deudor y de aplicar el concepto de culpabilidad a los elementos puramente subjetivos y no a la simple falta del resultado de la prestación.

REQUISITOS ESENCIALES

Son requisitos esenciales aquellos sin los cuales el pago efectivo no puede ser tal; son los constitutivos que no pueden faltar cuando se trata de la existencia misma del pago.

En este aspecto nos remitimos al autor italiano Giorgi (18) quien trata de los requisitos verdaderamente esenciales y completos. En efecto, trae cinco requisitos esenciales:

(16) Giorgi, *Teoría de las obligaciones*, V. VII, Nº 8, pág. 20.

(17) Beltrán de Heredia, *Cumplimiento de las obligaciones*, pág. 22.

(18) Giorgi, obra citada, N: 9, pág. 20.

1º—Obligación precedente

Más que un requisito, se considera a la obligación como la causa del pago. Pero, en todo caso es un requisito que no puede faltar para la existencia misma del pago.

La obligación debe ser precedente, puesto que, si no sucede así, volvemos al mismo punto de que no hay causa que produzca su efecto: el pago efectivo. No es posible pagar una obligación que posteriormente se contraerá, ésta debe ser anterior al pago que es su efecto.

El pago debe reunir esta condición básica para que produzca sus efectos: que exista una obligación civil o por lo menos natural. Se dice natural, porque uno de los efectos de las obligaciones naturales es que, sirven de causa suficiente al pago. De aquí resulta que si se paga algo sin que exista una obligación natural o civil que legitime el pago, existe pago de lo no debido y hay derecho a la repetición de lo dado o pagado.

Puig Peña (19) dice que el Código Civil español no hace referencia a este requisito, aunque sí lo recoge en la jurisprudencia.

Si se paga sin la existencia de la deuda, estamos frente al pago de lo indebido o cobro de lo indebido, como lo dice el Código Civil español, disciplinando independientemente la figura.

2º—Intención de extinguirla

Giorgi (20) dice: "Aparte del elemento material de la prestación debe existir el intencional, solvendi animo. Sus efectos se limitan a impedir la liberación del deudor. Si el deudor entrega lo que debe, pero sin intención de pagar, si el acreedor lo recibe a título de pago, basta para que el deudor quede liberado y no puede repetir. Si, por el contrario, tanto el acreedor como el deudor están de acuerdo en que la prestación no sirva para extinguir la deuda, la obligación no se extingue".

De Gásperi, (21), por su parte dice: "Obvio es que, aún considerado el pago como simple hecho voluntario, se condicione por aplicación de los artículos 897 y 900 del Código Civil, no solo al hecho material de la prestación misma, sino al psicológico de la "intención" de extinguir la deuda, o, como decían los romanos, solvendae obligatio-nis animo. Aún cuando la intención es suprimida, por error, como es-

(19) Puig Peña, obra citada, pág. 161.

(20) Giorgi, obra citada, Nº 10, pág. 21.

(21) De Gásperi, *Treatado de las obligaciones*, V. III, Nº 1325, pág. 13.

tá dispuesto por el art. 922 del Código Civil, no hay que creer que, habiendo el deudor entregado al acreedor lo que le debe, pero sin intención de pagar, pueda invocar esta circunstancia para repetir lo pagado”.

De acuerdo al pensamiento de este autor, el deudor que ha pagado lo que debe al acreedor, presume la intención de pagar. Lo cual confirma que la intención de pagar es un requisito esencial que acompaña al pago de lo debido. Caso de que haya otra intención debe manifestarse claramente, de lo contrario, siendo un requisito esencial que acompaña al pago, se presume siempre.

3º—Prestación de lo que se debe .

Este requisito es el constitutivo del pago efectivo, puesto que está en la definición dada por el legislador, art. 1624 del Código Civil. O sea que, si no se realiza la prestación, no existe el pago. Cómo puede hablarse de pago si no se realiza aquello en lo que consiste? Me parece que, más que un requisito, es el constitutivo, lo que da la razón y forma de ser tal.

Puig Peña (22) corrobora lo dicho cuando dice: “Este es el elemento más importante y lo que en definitiva constituye el ‘pago’. A él, pues, dedicamos toda nuestra atención”.

4º—Persona que recibe

El pago, siendo el cumplimiento de la obligación, debe realizarse hacia la persona a la que se obliga el deudor. Sin embargo, se puede anotar que este requisito no es esencial, o mejor dicho, no es común a todas las obligaciones. Tiene lugar en las obligaciones de dar o entregar una cosa, puesto que el hecho de dar la cosa supone un sujeto que la recibe, sea éste el acreedor en persona, su representante o un tercero. Pero no tiene en las obligaciones de hacer una cosa, o sea cuando el pago consiste en hacer una cosa. Si bien, hacer una cosa, no puede decirse que el pago recibe una persona, puesto que consiste en hacer y no en dar algo a alguien.

Más inaplicable resulta este requisito en las obligaciones de no hacer, o sea en las de abstenerse. En estas, es evidente que no hay persona que recibe. Por ejemplo, no se puede decir que hay persona que recibe, en la prohibición de construir una casa.

(22) Puig Peña, obra citada, pág. 161.

Nos parece que este requisito es esencial, solamente para las obligaciones de dar o de entregar, más no para las de hacer o no hacer. Por este motivo creemos que no merece llamarse requisito esencial, pues carece de generalidad en su aplicación. Es esencial, solamente para las obligaciones de dar.

5º—Persona que paga

Lo que no sucede con el requisito anterior, éste es aplicable a todos los pagos, puesto que debe haber alguien que paga, que cumpla la obligación, de cualquier naturaleza que ella sea.

Creemos ver en estos cinco requisitos, tres cosas esenciales: la causa que es la obligación precedente (primer requisito); el objeto del pago, o sea la prestación de lo que se debe (segundo requisito); el sujeto del pago, o sea la persona que paga y la que recibe.

NATURALEZA JURIDICA DEL PAGO

El problema de situar la naturaleza jurídica del pago efectivo comprende el estudio de las diversas doctrinas que, al respecto se han originado.

A cuatro se pueden reducir las doctrinas acerca de la naturaleza jurídica del pago: la que sostiene que el pago es un contrato; la que dice que es un hecho jurídico; la del acto debido; y la que dice ser un acto jurídico.

Nos concretaremos a exponer las diversas corrientes, según las exponen sus autores y luego las críticas que se las ha hecho.

1º—El pago efectivo como contrato o convención

Desde tiempos antiguos esta tesis fue unánimemente aceptada: luego después fue aceptada, para ser abandonada a poco. Volvió a renacer modernamente con nuevas fórmulas.

Esta teoría considera que el pago encierra siempre un acuerdo de voluntades para desligar una obligación anterior, o desatar un vínculo existente.

Salvat (23) dice que esta teoría considera que en el pago existe siempre un acuerdo para desligar una obligación anterior, o para desatar un vínculo existente, si la obligación es contractual.

(23) Salvat, obra citada, N° 1047, b, pág. 185.

Laurent (24) decía que el cumplimiento es siempre un contrato porque "en todo pago existe siempre un concurso de voluntades".

Beltrán de Heredia (25) expone a los diversos sostenedores de esta tesis y, entre otros, cita a Gruchot y Landsberg, para quienes el pago es un contrato extintivo, si es que se atiende a la finalidad del contrato que no tiende solamente a crear obligaciones, sino también a extinguirlas.

Otros, como Savigny y, modernamente Goldschmidt, Jarisch, Venzi y sobre todo Ruggiero, sostienen que el pago es un convenio cuando sea necesaria la intervención del acreedor, como en las obligaciones de dar, y añaden que la causa de este convenio será la intención de extinguir el vínculo obligatorio.

Windscheid tiene un matiz especial, al decir que es un contrato cuando se requiera de la cooperación del acreedor, o sea cuando deba prestar su aceptación para el pago.

Autores como Kress, dicen que uno de los modos de extinguir las obligaciones, es mediante la convención de cumplir entre acreedor y deudor, lo cual, dice, es independiente de que la obligación se realice satisfactoriamente al derecho del acreedor.

De Gasperi (26) da a conocer los principales autores que sostienen esta doctrina y cita a Mattiolo, Lessona, Colin y Capitant, Chironi y Abello Giorgi, Solazzi, Ziro, Galli, Kellin, Baudry Lacantinerie, y Barde, Colmo, quienes sostienen que el pago es una convención extintiva de las obligaciones, porque condiciona su eficacia a un acuerdo de voluntades de las partes: del que cumple y del que recibe o acepta.

No hemos ampliado las teorías expuestas, porque, en la crítica que de ellas se haga, habrá lugar a formarnos una idea cabal de ellas.

2º—El pago efectivo como acto debido

Esta teoría fue formulada por primera vez por Carnelutti en 1922 y se ha mantenido hasta nuestros días, seguida por muchos autores italianos, entre los que se destacan Pugliatti, Nicolò y Betti.

Beltrán de Heredia (27) expone detalladamente la teoría de Carnelutti, quien hace una clasificación de los actos jurídicos, añadiendo a la antigua bipartición, una tercera: la de **negocios jurídicos**, o sea

(24) Laurent, **Principios de Derecho Civil**, T. XVII, Nº 485, pág. 510.

(25) Beltrán de Heredia, obra citada, pág. 50 y siguientes.

(26) De Gásperi, obra citada, N: 1526, pág. 14.

(27) Beltrán de Heredia, obra citada, pág. 109 y siguientes.

el ejercicio de los derechos y el acto ilícito, como violación de una obligación, a los cuales añade su tercer término: el "acto debido" que lo presenta como cumplimiento de una obligación. La nota característica, según su autor, del acto debido es la carencia de libertad del agente, su voluntad está vinculada por la existencia de la obligación, encontrándose en un "estado de presión psicológica".

Nicolò, siguiendo a Carnelutti, dice que el cumplimiento no puede ser un acto negocial porque la actividad del deudor está "vinculada por la existencia de la obligación" y su voluntad no es jurídicamente libre de provocar o no la creación de efectos jurídicos, ya que éstos pueden conseguirse independientemente y aún contra la voluntad del deudor. Esta estructura, continúa Nicolò, no se altera cuando el acto de pago produce la transferencia del derecho sobre un bien, pues dicha transferencia representa solo el contenido del acto debido, que queda absorbido en éste.

Salvat (28) está de acuerdo en atribuir la paternidad de esta doctrina a Carnelutti y dice que el acto debido es una especie de acto voluntario, en el que el agente carece de libertad jurídica. En el acto jurídico concurren libertad psicológica y libertad jurídica, pero en el pago falta la libertad jurídica. Por eso Carnelutti, dice, creó la categoría del acto debido para explicar la naturaleza del pago.

3º—El pago efectivo como hecho jurídico

Salvat (29) indica que la caracterización del pago como hecho jurídico la iniciaron quienes encontraban en el pago distintos supuestos: contrato, negocio jurídico, hecho jurídico.

Algunos autores han terminado por reducir el concepto de pago a esta última categoría. El pago, se dice, no necesita del animus praestandi, ni el animus solvendi, como lo demuestra el cumplimiento de las obligaciones negativas, en las cuales la abstención del obligado constituye pago, aunque sea incapaz. La ley no vincula el efecto extintivo del cumplimiento a la intención de pagar: luego en el pago solo puede verse un hecho jurídico.

Giusiana dice que el cumplimiento es un hecho jurídico en cuanto es un evento que produce un efecto jurídico.

Ennecerus (30) es uno de los más asiduos defensores de esta teoría: "en casos nada raros la prestación de la obligación tiene una

(28) Salvat, obra citada, Nº 1047, pág. 193.

(29) Salvat, obra citada, Nº 1047, págs. 193 y 194.

(30) Ennecerus, Obra citada, pág. 300 y siguientes.

naturaleza de puro hecho, cual sucede con la mayoría de las prestaciones de servicio, con muchas prestaciones de obra. Por ejemplo, las omisiones”.

4º—El pago efectivo como acto jurídico

Esta teoría se ha ido imponiendo poco a poco, tanto en Alemania como en Italia, ha nacido para oponerse a las anteriores.

Beltrán de Heredia (31) defiende esta teoría como la más aceptable, por lo menos para el pago de las obligaciones de dar y hacer, puesto que en un acto en que interviene la voluntad para producir un efecto jurídico que es la extinción de las obligaciones.

Salvat (32) sostiene, también esta doctrina, al principio de su “Tratado de Derecho Civil Argentino”, aunque luego se pronuncia porque el pago es un acto debido.

Dice Salvat que el pago es un acto jurídico porque en él concurren los tres elementos que caracterizan a esta clase de actos: “a) el pago es un acto voluntario, en cuanto es hecho voluntariamente por el deudor, esto no puede ofrecer dificultades. En cuanto al caso de ejecución forzada de la obligación, podría decirse que el pago no es entonces voluntario; pero, debe tenerse presente que la voluntad del deudor ha consentido en que si él espontáneamente no cumplía, el poder judicial lo hiciera cumplir en su lugar; sostener que la voluntad falta sería lo mismo que decir que en las partes de ventas judiciales, no hay contrato; (b) el pago es también un acto lícito, pues tiene por objeto el cumplimiento de una obligación; (c) el pago se realiza con el propósito de extinguir la obligación, y, por consiguiente, con el fin inmediato de extinguir o modificar los derechos emergentes de las relaciones jurídicas que existen entre el deudor y el acreedor”.

Freitas cuya doctrina ha sido base para el legislador argentino, expresamente enumera el pago como acto jurídico.

CRITICA A LAS DOCTRINAS EXPUESTAS ACERCA DEL PAGO EFECTIVO. EL PAGO CONTRATO O CONVENCION

Martorama sostiene la naturaleza del pago efectivo como un contrato o convención y dice: el presupuesto natural del contrato es la modificación substancial del patrimonio del deudor y del acreedor,

(31) Beltrán de Heredia, obra citada, pág. 116 y siguientes.

(32) Salvat, obra citada, Nº 1047, pág. 193 y siguientes.

respecto de la situación preexistente, y el pago es su significado técnico del exacto cumplimiento; no importa modificación en el estado patrimonial del acreedor, preexistente al acto del cumplimiento. La modificación en el patrimonio del acreedor y del deudor, se ha verificado concreta o potencialmente al contraerse la obligación para cuya satisfacción se efectúa el pago.

A esto responde Salvat (33): “La argumentación de Martorama no se asienta en un elemento jurídico y ofrece la inseguridad del distinto criterio con que puede estimarse que existe o no modificación substancial del patrimonio. Las características jurídicas deben buscarse, preferentemente, en la variedad de los elementos que integran cada figura y no en la mayor o menor intensidad de los efectos de esos elementos”.

Por otra parte el pago no puede asimilarse a un contrato extintivo que supone acuerdo autónomo de voluntades libres, porque, en el pago, las voluntades del acreedor y del deudor ya no son libres jurídicamente, puesto que deben actuar como consecuencia necesaria de la obligación contraída. El pago efectivo opera la extinción del vínculo, por natural aniquilamiento.

Las convenciones de extinción, que son manifestaciones de voluntad en la dación en pago, en la remisión de la deuda, no se identifican con la naturaleza del pago, pues, estas son accesorias al pago, con idénticos efectos, pero no con los mismos medios ni naturaleza.

Además, la doctrina del pago-contrato no tendría aplicación en el pago de las prestaciones que no requieren la presencia del acreedor, como en las obligaciones de no hacer. Tampoco interviene el acreedor en muchas obligaciones de hacer: arar el campo, ejecutar una pieza musical, iluminar una sala, etc. hechos que se ejecutan sin la participación del acreedor. Sin embargo, las obligaciones se extinguen porque el contenido de la obligación se ha realizado en forma íntegra. Sería superfluo decir que existe, en tales casos, una declaración de voluntad explícita o implícita, destinada a extinguir las obligaciones. Así razona Paolo Silvio (34).

De todo esto se puede dar un rotundo **no** a lo que sostiene Laurent, cuando dice: “En todo pago existe siempre un concurso de voluntades”.

Que el pago es un convenio independiente de la obligación realizada, sostenida por Kress, anota Salvat (35): “El pago es el fin na-

(33) Salvat, obra citada, Nº 1047, d. págs. 185 y 186.

(34) Paolo Silvio, *Revista crítica de Jurisprudencia*, pág. 214.

(35) Salvat, obra citada, Nº 1047, g. págs. 187 y 188.

tural del vínculo jurídico obligatorio. No se puede sostener que la ejecución de un contrato a término necesite un contrato número dos, cuyo fin es, pura y simplemente, la ejecución del contrato originario. Musatti dice: "La voluntad en el pago es de servicio, no de elección. En cambio la voluntad creadora es un poder del sujeto. Por eso, en el pago no puede existir contrato o negocio jurídico.

Así mismo se sostiene que el pago no puede ser contrato, porque la función del pago es la de poner fin al contrato y porque los elementos subjetivos y objetivos que le dan validez no son propios del pago si no que corresponden al contrato que se cumple. Por eso la ley no habla de un acreedor que presta su consentimiento para que el pago se haga, si no de un acreedor que recibe el pago".

Por otra parte, al sostener que el pago sea un contrato o un negocio jurídico, según expresión de Beltrán de Heredia, existe una valorización excesiva del elemento objetivo del pago, al elevarlo a la categoría de declaración de voluntad. Respecto del cumplimiento de la prestación y de la extinción de la obligación por pago, la voluntad del acreedor, con ocasión del pago, carece de fundamento jurídico esencial; basta que el deudor ajuste sus ejecuciones a los términos de la prestación convenida, para que el pago exista.

A veces la presencia del acreedor resulta innegable, por ser el destinatario de la prestación, pero, aunque no prestara su consentimiento, el pago existiría, como ocurre en el pago de un tercero que la ley obliga a recibir al acreedor y, también como sucede en la abstención que es el pago de la obligación de no hacer.

No se justifica que el pago deba ser un acto jurídico nuevo, sea unilateral o bilateral, puesto que, únicamente es el paso del contrato creador de la obligación.

Absurdo e imposible resulta que en los contratos en los cuales se contrae y se cumple, o mejor dicho, se paga inmediatamente, la existencia de dos contratos: uno creador y otro que lo extingue simultáneamente.

Lo expuesto nos permite ver lo insostenible de la doctrina del pago efectivo como contrato o convención, sea cualquiera el matiz que se le quiera dar, pues, el pago es el fin, el cumplimiento una obligación preexistente, ya que ella no puede permanecer indefinidamente, puesto que en tal caso dejaría de ser tal. Obligación es aquello que una persona se compromete cumplir y, el pago es el modo de poner fin a la obligación.

Alegar que en los contratos de dar existe un convenio para recibir es tratar de dividir el único convenio que existe al contraerse la obligación.

Se puede decir, aún más, el hecho que nuestro Código Civil diga que el pago efectivo es uno de los modos de extinguir las obligaciones demuestra elocuentemente que no se trata de un nuevo contrato. En ese caso el legislador se hubiera preocupado de tipificarlo en la ley, puesto que sería una de las categorías más importantes de los contratos que legislador alguno pudiera regular.

Toda la vida humana marcha a través de derechos y obligaciones y, sería imperdonable falta, no catalogarla expresamente como contrato, caso de que el pago efectivo fuera un contrato.

De Gásperi (36) anota los principales autores que niegan esta teoría: Musatti, Piola, Caselli, Lafaille, Galli, cada uno por distintas razones: "Uno porque el pago no produce modificación alguna en el estado patrimonial del acreedor anterior al acto del cumplimiento; otro porque no pueden aplicarse al pago los postulados esenciales del contrato y porque el pago no es sino el cumplimiento del contrato y lo extingue; otro porque la función del pago es poner fin al contrato; otro porque fuera de ciertas modalidades del pago, como el entrega de bienes en que se requiere consentimiento del acreedor, este consentimiento no es necesario, porque el acreedor está obligado a recibir la prestación aún contra su voluntad; otro porque el pago-convención es inaplicable a las obligaciones de hacer; otro porque el acreedor puede ser incapaz sin representación, lo cual no resta eficacia al cumplimiento de las obligaciones".

También, se evidencia que el pago por un tercero contra la voluntad del deudor, no hay necesidad de acuerdo de voluntades para extinguir la obligación; por lo mismo no es contrato.

EL PAGO COMO ACTO DEBIDO

Hay que anotar que el argentino Salvat, luego de sostener, con argumentos la naturaleza del pago como un acto jurídico, páginas adelante, sostiene que el pago es un acto debido. Lo dice tan escuetamente que, se puede decir, sufrió acaso una distracción.

Se limita a decir (37); "Por eso se adapta mejor su naturaleza (la del pago) a la categoría de acto debido. Las normas legales im-

(36) De Gásperi, obra citada, Nº 1526, págs. 14 a 20.

(37) Salvat, obra citada, Nº 1047, i, pág. 189.

Salvat (42) critica así: "Se dice que es un acto voluntario, lícito, que tiene por fin mediato aniquilar derechos, pero en el acto jurídico, el elemento voluntariedad comprende una libertad que no aparece en el pago. El sujeto es libre de otorgar o no un acto jurídico. El acto jurídico existirá, si en la opción entre realizarlo o abstenerse, su voluntad se ha decidido por la realización. En el pago, en cambio, no aparece esa libertad; pues, un deudor no es jurídicamente libre de cumplir o no, tiene la obligación de pagar, la abstención del deudor que no cumple lo arrastra a la ejecución forzada y, subsidiariamente, al pago de daños y perjuicios.

Por otra parte, la libertad de pagar o no, no le da más posibilidad que la de obrar de mala fe, omitiendo o impidiendo el pago.

Siendo así, es natural que no existe libertad jurídica de no pagar.

Salvat por último, en su afán de refutar esta doctrina del pago como acto jurídico, expone las diferencias que existen entre el pago y el acto jurídico: (a) la incapacidad en el acto jurídico hace nulo el acto, que puede ser por nulidad absoluta o relativa; en cambio el pago a incapaces no es nulo por defecto de capacidad sino por consecuencia de su inutilidad para efectuar el pago. (b) Los vicios de error y dolo son causa de anulación de los actos jurídicos mediante el planeamiento de una acción ante la justicia que declare tal nulidad; en cambio en pago por error o con dolo, se repite sin previa declaración de nulidad.

CONCEPTO QUE SEGUIMOS RESPECTO A LA NATURALEZA DEL PAGO EFECTIVO

Ante el maremagnum de doctrinas y sus diversos matices, surge la perplejidad, tanto más que, autores de reconocido prestigio no se han puesto de acuerdo. Se debe a que cada doctrina esgrime argumentos de mucho valor jurídico y que, a nuestro modo de ver, no están exentas de razón y de verdad.

No nos convertiremos en destructores de doctrinas para exponer una más, pues, sería inútil y pueril tratar de inventar una nueva teoría.

No encontramos, luego del estudio de las diversas doctrinas acerca de la naturaleza del pago, una nueva tesis que traiga la solución total y definitiva a este complejo problema.

Por otra parte, la filosofía tiene, en este punto, no pequeña parte y, desde que ella entra en juego, el hombre entra a discutir y a pen-

(42) Salvat, obra citada, Nº 1047, k, pág. 190.

sar, tratando de encontrar el quid, el por qué de las cosas y de los seres.

Cada una de las doctrinas tiene su parte de verdad y unas tienen más de ella que otras; por este motivo no estamos en capacidad de sentar una afirmación rotunda por una de ellas.

Desde el momento que el pago es una institución tan universal en el derecho, sería egoísta quien afirme que una sola doctrina abarca toda su complejidad y la resuelve satisfactoriamente. Se puede decir que gran parte de la legislación civil, de la comercial, de trabajo e incluso alguna parte de la penal, tienen mucho que ver con el pago de las obligaciones.

El hombre, en sus múltiples relaciones con los demás y con la sociedad, está rodeado de derechos y obligaciones. Desde el momento en que se habla de obligaciones, se vislumbra, muy cerca o muy lejos, la importantísima institución del pago efectivo, puesto que las obligaciones sólo dejan de ser tales por el pago que es su extinción.

Del paso por las aulas de la Universidad hemos obtenido abundante y nutrido acerbo de conocimientos jurídicos y, es así como aprendimos que aquellos a los que el Derecho atribuye efectos jurídicos se denominan **hechos jurídicos**.

Los hechos jurídicos pueden clasificarse en dos grupos: naturales y voluntarios; según sean originarios de los fenómenos de la naturaleza o de la voluntad del hombre. Por otra parte, la terminología corriente denomina hechos jurídicos, en estricto sentido, a los hechos jurídicos naturales; y reserva el nombre de actos jurídicos para los hechos voluntarios.

Zanobini, les da los nombres de hechos jurídicos objetivos a los hechos jurídicos en sentido estricto y hechos jurídicos subjetivos a los actos jurídicos propiamente tales.

Surge una nueva división, se puede decir más detallada, de los hechos jurídicos en sentido estricto y hechos jurídicos subjetivos a los actos; hechos materiales y actos jurídicos en sentido estrictísimo.

Se han anotado estos conceptos y sus divisiones, tratando de situar mejor el pago efectivo en el problema de explicar su naturaleza jurídica. Desde ahora se puede vislumbrar que no estamos de acuerdo en situar la naturaleza jurídica del pago efectivo como un contrato, un segundo contrato de extinción de la obligación, como apuntaba Salvat. Tampoco nos satisface la doctrina de Carneluti al explicar la naturaleza jurídica del pago como un "acto debido" puesto que, sería una denominación sinónima de pago y no su explicación. Ya lo

dijo Betti: esta doctrina tiene un valor dudoso en cuanto a analizar la naturaleza y estudio del pago.

Como ya anotamos, estas doctrinas tienen una parte de verdad, pero, no las seguimos, porque esa parte de verdad que las mantiene no es suficiente, de un modo general y completo, para explicar la naturaleza del pago.

Volviendo a los conceptos expuestos acerca del hecho jurídico y sus divisiones, es preciso recordar que el hecho jurídico, en sentido estricto, se configura por la ausencia de voluntad del agente, y más aún, según la terminología que hemos estudiado, los hechos jurídicos se refieren a los fenómenos de la naturaleza, excluyéndose así, los hechos en que interviene la voluntad del hombre.

En la clasificación de los hechos voluntarios existen hechos materiales y actos jurídicos en el sentido estrictísimo. Qué se entiende con estas dos clases de clasificaciones?

Los hechos materiales son la actividad del hombre que produce sus efectos jurídicos sin la intervención de la voluntad, de una manera expresa. Actos jurídicos en sentido estrictísimo son las actividades del hombre en que su voluntad actual y expresa busca los efectos jurídicos.

Con estos antecedentes podemos exponer el concepto que nos parece acertado. Trataremos de exponerlo ajustado a los principios jurídicos y a la filosofía del derecho.

De acuerdo a la clasificación anotada, nos parece que la naturaleza del pago efectivo es la de un **hecho jurídico voluntario**.

Hemos visto que el hecho jurídico voluntario se puede dividir, entre otros, en hechos materiales y actos voluntarios, jurídicos en sentido muy estricto; y, bien se puede sostener que es lo que más conviene a la naturaleza jurídica del pago efectivo.

Si el pago tiene como finalidad propia y exclusiva extinguir las obligaciones, o sea un efecto estrictamente jurídico, puede provenir de un hecho jurídico o de un acto jurídico; pues, bien sabemos que todo acto jurídico tiene un efecto jurídico y de allí su denominación de "jurídico".

No hay que olvidar que uno de los requisitos del deudor o de quien paga por él es el animus solvendi; o sea la intención expresa o tácita de extinguir la obligación. Ahora bien, en el hecho jurídico no puede encontrarse este animus solvendi del que ya hablaban los romanos; pues, si no existe la prestación, será cualquier otra cosa menos pago. Sería, por ejemplo, una donación, un encargo, pero no

un pago. Luego en el pago debe existir ese animus, esa voluntad de extinguir la obligación para que se constituya como tal.

Si estudiamos las diferentes obligaciones: de dar, de hacer, de no hacer, vemos que la voluntad no parece siempre de una manera expresa. En las obligaciones de no hacer en donde parece que se confirma esta ausencia de voluntad, tan necesaria para el pago, pues el agente poco se cuidará de manifestarla desde que ella consiste en abstenerse, o sea en no actuar. Entonces, cómo se puede hablar de voluntad, si no hay actividad que la demuestre?

El mismo Salvat, asiduo defensor de la doctrina del acto debido, al principio del estudio de la naturaleza jurídica del pago nos da la respuesta cuando dice que la voluntad del deudor se reputa prestada al contraerse la obligación, el deudor ha consentido en que si él espontáneamente no la cumplía, lo haría un tercero a nombre suyo o aún a nombre propio del tercero. Y, caso de ejecución forzada, la hiciera cumplir el juez en su lugar. Sostener que la falta de voluntad, sería lo mismo que decir que en las ventas judiciales, otorgadas por el juez a nombre del propietario expropiado, no hay contrato. (43).

De lo que antecede, es evidente que la voluntad es un requisito esencial en el pago, la cual existe siempre que se realice la prestación de lo que se debe. Para que la prestación de lo debido tenga otro efecto u otra finalidad, es preciso que, quien la realiza manifieste de una manera expresa y al mismo tiempo, siempre que cumpla la obligación debida.

Si la voluntad es requisito esencial del pago, ésta debe encontrarse en la prestación de lo debido de una manera expresa o tácita.

De allí que no parece que las dos manifestaciones de voluntad juegan un papel decisivo en la naturaleza jurídica del pago.

Cuando el deudor manifiesta su voluntad expresa al realizar el pago, sea porque así lo requiera la naturaleza de la obligación, como sucede en las obligaciones de dar una cosa que transfiere el dominio, o cuando un pintor manifiesta su voluntad de realizar tal cuadro para su acreedor, o cuando el artista que canta, dedica exclusivamente una canción a quien previamente ofreció. En tales casos, estamos de acuerdo con quienes sostienen que es preciso la declaración de voluntad.

Más, no sucederá lo mismo en las obligaciones de hacer, como cuando se encarga a un pintor realizar tal obra de arte y éste la efectúa sin manifestar que tal obra es para cumplir su obligación. Más

(43) Salvat, obra citada, N° 1047, pág. 184.

claro resulta el caso de las obligaciones de no hacer en las que el agente o deudor no necesita manifestación de voluntad.

De estas acotaciones se desprende que el pago se realizará, unas veces por voluntad expresa del deudor y otras por su voluntad implícita manifestada al contraer la obligación o que se desprende de las circunstancias que rodean el acto.

Respecto de las obligaciones de no hacer, en el momento en que se obliga a abstenerse de realizar tal o cual cosa, se está manifestando la voluntad de efectuar un acto negativo, o mejor dicho de abstenerse de realizar el acto prohibido.

De todo lo anotado se puede desprender que defendemos la doctrina del acto jurídico como naturaleza del pago, puesto que se requiere la voluntad expresa o tácita en todos los casos.

Para que la tesis que defendemos no tenga asidero para refutaciones y disquisiciones filosóficas nos hemos permitido anotar que la naturaleza del pago consiste en un **hecho jurídico voluntario**.

Los hechos jurídicos voluntarios encierran en sí estas subdivisiones: actos materiales y actos jurídicos estrictos. Con esto queremos manifestar que el pago, según las circunstancias, será un hecho material o un acto jurídico, pero, siempre dentro de la categoría genérica de **hecho jurídico voluntario**.

Aparecerá como un hecho jurídico material, siempre que la voluntad del deudor no aparezca al realizarse el pago, como sucedería en las obligaciones de no hacer. En ellas, en efecto, la voluntad no aparece y el pago mismo será un hecho material, puesto que el agente no pone ninguna voluntad para abstenerse. Por otra parte, será un hecho jurídico-voluntario, puesto que produce el efecto de cumplir una obligación preexistente y en la cual se manifestó la voluntad de cumplirla.

Tratándose de las otras obligaciones en que la voluntad aparece más o menos clara, más aún cuando se requiere que ella sea explícita, nos encontramos frente a un acto jurídico estricto, porque la voluntad del deudor al efectuar el pago lo hace por medio de un acto jurídico, ya que se reúnen los tres requisitos: sujeto, objeto y fin. Sujeto que se manifiesta por el acto voluntario; objeto, encarnado en la prestación de una cosa o acto lícito, pues, la obligación debe tener por objeto una cosa o acto lícito; fin, o sea la extinción de una obligación preexistente.

Por otra parte, si analizamos los pagos que se realizan por un deudor incapaz y, si siempre se requiriera que el pago fuera un acto

jurídico, no tendría validez alguna en razón de la incapacidad del agente. Pero, vemos que el pago es válido cuando la cosa pagada por un incapaz ha sido consumida de buena fe (art. 1632, inciso 3º de nuestro Código Civil).

Si nos ponemos en el caso de que el deudor se ha vuelto incapaz después de obligarse y cumple su obligación en tal estado, el pago será válido pese a su incapacidad. Todo esto nos demuestra que la nulidad del pago por un incapaz no está en función de la incapacidad como tal sino de la utilidad que el pago puede reportar al acreedor, o al deudor, en virtud de liberarse de su obligación.

Aquí surge la necesidad de admitir la naturaleza del pago como un hecho material al que no alcanza la incapacidad y, por tanto, la nulidad en virtud de ella, sino en virtud de la protección de la ley que quiere proteger los derechos de los incapaces.

En síntesis, se puede decir que la naturaleza del pago como **hecho jurídico voluntario** abarca los dos matices que pueden ocurrir en la extinción de las diversas obligaciones: será un acto jurídico cuando la extinción se realice por medio de un acto jurídico, o sea con la intervención de la voluntad, ya lo requiera la naturaleza de la obligación, ya lo quiera el deudor para más énfasis a su cumplimiento. Por otra parte, será un hecho jurídico en las obligaciones de omisión, en ciertas obligaciones de hacer, que por su naturaleza o la del contrato no requieren de voluntad y, también, en aquellos en que el pago se ha realizado en beneficio del incapaz, ya que por ser tal no puede ser sujeto pasivo de un acto jurídico.

Se nos objetaría diciendo que tratamos de reunir aspectos opuestos: el hecho y el acto jurídico. Respondemos a tal acerto manifestando que los dos son meras subdivisiones de una categoría genérica: el **hecho jurídico voluntario**. Por este motivo, manifestamos la naturaleza propia del pago efectivo, conciliando de esta manera aspectos tan complejos y variados que ofrecen el estudio y las circunstancias del pago o cumplimiento de las obligaciones.

El mismo Ennecerus sostenedor de la doctrina del hecho jurídico como naturaleza del pago dice que en algunos casos tiene el carácter de contrato lo cual es insostenible, por lo expuesto.

Salvat, después de sostener que el pago es un acto jurídico, se vira y sostiene que es un acto debido.

Todo esto se explica en el afán de encontrar aplicación y explicación a todos los aspectos que encierra materia tan extensa y común como es el pago efectivo de las obligaciones.

Volvamos a repetir, aunque parezcamos pesados, que sostener la naturaleza del pago como hecho jurídico en unos casos y en otros no, no es opuesto, pues, los dos conceptos se complementan y son matices que no deben faltar en la variedad del inmenso campo de la extinción de las obligaciones.

Además, los dos conceptos están cobijados por esa denominación tan propia, en este caso, para explicar la naturaleza del pago es: el **hecho jurídico voluntario**.