

Algunas consideraciones sobre los artículos 1.838 y 1.839 del Código civil

MARIA JOSE REYES LOPEZ

SUMARIO: I. *Aproximación al estudio de la subrogación y del regreso en la fianza simple.*—II. *Estudio del pago del tercero.*—III. *Análisis del artículo 1.159 del Código civil.*—IV. *Referencia al artículo 1.210-3.º del Código civil.*—1. Antecedentes legislativos.—2. Definición de la subrogación.—3. Objeto de la subrogación.—V. *Notas sobre el artículo 1.839 del Código civil.*—1. Contenido.—2. Momento de producirse.—VI. *Notas sobre el artículo 1.838 del Código civil.*—1. Génesis del regreso.—2. Antecedentes legislativos.—3. Contenido de la acción de regreso en la fianza simple.—VIII. *Estudio de la dualidad de acciones.*—1. Carácter automático de la acción de subrogación.—2. Estudio comparado de ambas acciones.—VIII. *Estudio de la dualidad de acciones. Propuesta de una tendencia unitaria.*

I. APROXIMACION AL ESTUDIO DE LA SUBROGACION Y DEL REGRESO EN LA FIANZA SIMPLE

El Código civil francés, recogiendo la tradición jurídica, reguló la acción de regreso, resultante del devenir histórico de la «actio mandati» y de la «actio negotiorum gestorum» (1), según mediara conocimiento del deudor en el pago del tercero y la acción de subrogación, proveniente del «beneficium cedendarum actionum».

Estas acciones no supusieron una innovación en la normativa general que regula el pago efectuado por tercera persona, al igual que la terminología y el tratamiento jurídico que conferido a las acciones del fiador se apoyan en la sistemática empleada con carácter general en los artículos 1.158, 1.159 y 1.210 de nuestro Código Civil.

(1) Sobre la gestión de negocios ajenos en la actualidad puede consultarse: PASQUAU LIANO, M.: *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986. CASANOVAS MUSONS, A.: *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984, pp. 118 y ss. PACCHIONI, G.: *Della gestione per mandato d'altri*, «Riv. Dir. Comm.», vol. XVIII (1920) parte primera, pp. 234 y ss.

Los tratadistas, en las escasas monografías escritas sobre la materia (2), al tratar los medios de reembolso del fiador utilizan en sus alusiones referencias constantes a los conceptos generales de conocimiento, ignorancia, interés... sin tomar como premisa que el marco institucional desde el que se contemplan atribuye distinto alcance a dichas acciones, puesto que el sujeto es, a todos los efectos, un garante de la obligación principal (3). Una primera aproximación al tema sería interpretar, por tanto, que los conceptos utilizados en los artículos 1.838 y 1.839 deben entenderse desde las claves de la reglamentación prevista para regular los efectos que produce el pago del tercero. Ello conlleva la afirmación de que el estudio de dichas acciones no puede radicalmente desvincularse de los presupuestos previstos en los artículos 1.158, 1.159, 1.209, 1.210, 1.211, 1.212 y 1.213, siquiera sea para establecer el alcance en que los efectos generales vinculan a las acciones del fiador, porque, reiteramos que, en principio, hay que partir de que el estudio de estas acciones no ha sido más que el resultado sistemático de las confrontaciones con los artículos citados.

El artículo 1.838 del Código civil sienta el principio de que al fiador le corresponde por el pago el derecho a ser indemnizado por el deudor de la cantidad desembolsada, concediendo este derecho, aun cuando «la fianza se haya dado ignorándolo el deudor». El artículo siguiente concede simultáneamente a todo fiador el derecho a subrogarse, también por el pago, en la posición del acreedor.

Los efectos que se desencadenan después de que este garante pague podrían, a priori, considerarse los que con carácter general se atribuyen a cualquier sujeto que no hubiera asumido directamente

(2) GUILARTE: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, arts. 1.822 a 1.886, Jaén, 1980, p. 1. CASANOVAS MUSSONS, A.: *op. cit.*, p. 1. BLANCO CAMPAÑA: *Aval cambiario y aval como contrato de garantía*, en «R.D.B.B.», 1982, pp. 679 y ss. Sobre la naturaleza del aval, en el mismo sentido, DELGADO ECHEVERRÍA: *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983*, en «C.C.J.C.», 1985, p. 2725, n. 222.

(3) Sobre el concepto de garantía, en especial las personales, vide Bo, N.D.I., voz «garanzie», p. 192. FRAGALI, M.: *Enciclopedia del Diritto*, voz «garanzie», pp. 446-466. MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, t. III, Milán, 1959, p. 60. RAVAZZONI: *La fideiussione*, Milán, 1957, pp. 133 y ss. BETTI, E.: *Teorie generale delle obbligazioni*, t. I, Milán, 1953, n. 49, 129 y 162. DíEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 2.^a reimp., Madrid, 1979, p. 572. AMORÓS GUARDIOLA, M.: *La garantía patrimonial y sus formas*, «R.G.L.J.», mayo 1972, p. 1. HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1960, 2.^a ed., pp. 23 y ss.; 84 y ss. ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1948. GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, Milán, 1935. ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario*, t. IV, Barcelona, 1948, pp. 15 y ss. Sobre los conceptos de deuda y responsabilidad vide HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 77 a 88. DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 368 a 377. BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pp. 31-35. MONTEL voz «garanzia» (Diritti Reali) en N.D.I. pp. 742. RORONDI. S. «Garanzia» en Scioloja. *Dizionario del Diritto Privato* pp. 236.

la obligación principal, pero que, al mismo tiempo, tuviera interés en el cumplimiento de la misma. Sin embargo, la situación jurídica que configura el pago del fiador no se corresponde en su integridad a los supuestos generales enunciados en los artículos 1.158 y 1.159 por las razones que someramente se precisan a continuación como cuestiones previas para delimitar el alcance de dichas acciones.

El enriquecimiento en que incurre el deudor requiere dotar de suficiente protección legal al fiador a efectos de paliar dicha situación, que se concreta en una acción de reembolso, de indemnización o de regreso como califica Díez-Picazo dicha acción (4). Por ello, los artículos 1.838 y 1.839 confieren los remedios jurídicos al fiador para que no pueda alegar un estado de desasistencia jurídica después de haber ejecutado el pago.

Si bien el legislador, en todos los proyectos que precedieron al Código civil, estableció el carácter autónomo e independiente de cada una de estas dos acciones, cabe pensar, por las razones que iremos aduciendo a lo largo de esta exposición, que el estudio aislado de cada uno de estos dos preceptos resultaría, en relación con la propia estructura de la fianza, un estudio parciario de los remedios subsistentes para el fiador tras proceder al pago.

Esta toma de postura resulta justificada fundamentalmente después de analizar el contenido y mecanismo de ambas.

No hay una delimitación precisa de los ámbitos o esferas de actuaciones que corresponda a cada una de ellas.

Es más, llevando el planteamiento a límites extremos, podría decirse que hay ocasiones en las que ciertamente puede afirmarse que el contenido amparado en una acción queda englobado en la otra, si bien tampoco se puede prescindir de otros factores, como son los créditos y garantías anexas al crédito principal que corroboran el reforzamiento de la relación originaria.

El contenido de la acción de subrogación se ciñe exclusivamente al montante de la cantidad que se le adeudaba al acreedor cuya causa proviene de la relación previa establecida entre acreedor y deudor o en el montante establecido como límite para fijar el cumplimiento de la obligación garantizada con la fianza.

Cabe afirmar que, efectivamente, el contenido es más sucinto que el atribuido a la acción de reembolso; sin embargo, esta acción no es nada despreciable, pues cuenta, a su vez, con unas garantías suplementarias para contribuir a la ejecución del cumplimiento, siempre con el condicionante de que el acreedor disponga de ellas.

(4) Díez-PICAZO: *Fundamentos*, *op. cit.*, p. 598.

Incluso parece desprenderse de la propia configuración de la fianza que prescinde en su regulación de la posición del deudor, en relación a su situación cognoscitiva o volitiva respecto al pago, simultáneamente a que en el artículo 1.838 se haga referencia a que «la acción de indemnización procederá, en todo caso..., aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor», inciso que retoma la polémica que desde antaño se suscitara en el ámbito de los artículos 1.158 y 1.159.

Estos prolegómenos no hacen sino conducirnos directamente a la cuestión fundamental. ¿Cuáles son las vías que permiten hacer efectivo el crédito satisfecho?

Una primera aproximación permitiría establecer directamente que no hay caminos diferentes para exigir la reclamación de lo pagado, bien ser por la vía de la subrogación o del regreso, puesto que, en última instancia, la ratio última es la misma: Recuperar lo pagado para cumplir la obligación asumida previamente por otro.

Aparentemente, sin embargo, el Código civil confiere una doble vía de reclamación para la ejecución del crédito. Por ello mismo, en aras de la agilización del tráfico jurídico, cabe plantearse si el ejercicio de una acción conjunta es permisible y, en último extremo, si el ejercicio de una acción excluye que se pueda volver a reclamar lo no cobrado mediante la interposición de la otra acción, si resultara un remanente que la reclamación de una de las acciones no hubiera satisfecho.

Siguiendo los criterios hermenéuticos de nuestro Código civil, uno de los epígrafes atenderá al estudio de los antecedentes históricos y de los factores sociales que indujeron al legislador a la redacción de los artículos 1.838 y 1.839.

El estudio de los antecedentes históricos no es tarea sencilla.

El origen de los preceptos implica remontarse al supuesto genérico que regula el pago con subrogación propio del artículo 1.210, párrafo tercero, además, en lo que respecta al artículo 1.838, también habría que analizar, aunque fuera de soslayo, los artículos 1.158 y 1.159 del Código civil, sin evitar que la conclusión a la que se tenga que llegar sea la exclusión de este último respecto a la fianza, limitando su aplicación únicamente a los supuestos que posteriormente señalaremos.

Por las razones aludidas: porque el legislador hace menciones y remisiones expresas al párrafo tercero del artículo 1.210 y porque el artículo 1.839 parte de un concepto jurídico: «subrogación», que se utiliza también en otras figuras jurídicas (5), quizá con connotaciones

(5) Vide sobre este punto, DUQUE, J. F.: *Subrogación en el seguro de automóviles a todo riesgo y derecho de repetición del asegurador frente al asegurado* (S.T.S. 14-12-1966), en «Revista de la Circulación», 1967, pp. 409 y ss.

diferentes por la falta de una configuración precisa de la misma, es por lo que nos vemos en la necesidad de exponer no sólo los antecedentes directos de los preceptos, sino hacer unas someras referencias a su concepción histórica y a la de la acción de repetición, reembolso, enriquecimiento o regreso, según la calificación preferida por los estudiosos de esta materia.

Tres son los datos que van a condicionar nuestra exposición.

En primer lugar, la constatación de que el beneficio de subrogación nace y se desarrolla de manera paralela a la acción de negocios ajenos o de mandato, pero que, debido a razones de inercia jurídica, no se llegó a plantear la posibilidad de fusionar ambas acciones.

El segundo condicionamiento surge por el propio desgajamiento que supone el fenómeno subrogatorio del mecanismo del pago en general. Su aplicación en el ámbito jurídico de la fianza obliga a cuestionar si se trata de instituciones idénticas o si la existencia de alguna peculiaridad contribuye a diferenciarlo del régimen general previsto en el artículo 1.210, como pudiera concluirse del carácter sancionador que se infiere del artículo 1.852 (6).

Por último, todo el estudio, tanto en lo afectante a los medios de protección al fiador que pagó como al régimen específico de la subrogación en el pago, hay que vincularlo a los supuestos genéricos de pago previstos en los artículos 1.158 y 1.159.

Si bien no pretendemos hacer un estudio exhaustivo del tratamiento que el ordenamiento jurídico dedica al pago de un tercero, precisamos abordar únicamente aquellas cuestiones que inciden en el estudio de los artículos 1.838 y 1.839, por razones de sistemática previa.

(6) DUQUE, J.: *Subrogación en el seguro de automóviles...*, cit., teniendo en cuenta que las observaciones que formula dicho autor están planteadas con bastante antelación a la promulgación de la L.C.S. de 1980.

Delgado Echeverría, al hilo del comentario que hace Galán Corona en relación al fallo de la Sentencia de 11-6-1.944 («C.C.J.C.», septiembre-diciembre 84, n.º 6, pp. 1827 y ss.), que plantea si puede el fiador, después de haber pagado al acreedor, subrogarse en los derechos cambiarios de este último al margen de la Ley típica de la transmisión mediante el endoso.

Se muestra Galán Corona contrario al fallo de dicha sentencia porque entiende que al margen de las formas de transmisión típicas del Derecho cambiario, se debería aceptar, en base a los arts. 1.212 y 1.839 del Código civil, que el fiador pudiera subrogarse en los derechos derivados de la letra de cambio y mediante procedimientos extra-cambiarios. En esta línea argumental Delgado Echeverría, comentando la Sentencia de 17 de junio de 1985 («C.C.J.C.» abril-agosto 85, n.º 222, pp. 2725 y ss.), cuestiona si el fallo de la sentencia, objeto de nuestra atención, podría interpretarse como causa de extinción de la fianza, puesto que imposibilita al fiador poder subrogarse en todos los derechos del acreedor.

II. ESTUDIO DEL PAGO DEL TERCERO

Los supuestos enunciados en los artículos 1.158 y 1.159 conllevan el análisis del pago efectuado por un tercero.

Nuestro estudio se centra en las modalidades y efectos que ocasiona el pago del tercero siempre que medie interés en el cumplimiento de la obligación.

El tercero puede pagar, presuponiéndole interés en la obligación, desde una de estas tres posiciones respecto al deudor: conocimiento, aprobación o ignorancia.

Estas situaciones provocan efectos diversos. El conocimiento, la aprobación o la ignorancia legitiman al tercero para que pueda proceder, en vía de regreso, a reclamar lo que desembolsó por el deudor.

Si hay desaprobación expresa, el tercero únicamente podrá repetir la reclamación por la cuantía en que el deudor se benefició.

Lo cierto es que, desde una modalidad u otra, el artículo 1.158 presenta, con carácter genérico, el principio de que un ajeno a la obligación puede intervenir en el cumplimiento de la misma. No siempre fue así. Analizando los antecedentes históricos se constata que el Anteproyecto de 1851 únicamente distinguía cuatro supuestos de pago en su artículo 1.099 (7). El Anteproyecto de 1882-1888 opera el cambio, estableciendo que cualquier persona puede pagar. Principio que, por fin, quedó definitivamente consagrado con la promulgación del Código civil (8).

Sin necesidad de profundizar excesivamente en la fundamentación del Derecho de reembolso, puede afirmarse que, aún en la actualidad, esta acción se encuentra fuertemente impregnada de la tradición romanista que justificaba la atribución de dicha acción en razones equitativas, cuyo único fin era evitar que se produjera un enriquecimiento

(7) El art. 1.099 del Anteproyecto de 1851 permitía que el pago lo realizara un tercero en las siguientes condiciones: 1.^a Una persona con interés en el cumplimiento de la obligación. 2.^a Una persona, no interesada, con el consentimiento del deudor. 3.^a Una persona, no interesada, ignorándolo el deudor. 4.^a Una persona, no interesada, contra la voluntad del deudor. Las consecuencias derivadas del pago se preveían en el mismo artículo para los dos últimos supuestos: En el primero, el pagador podría repetir contra el deudor lo que hubiere pagado. En el segundo, no se le atribuía ningún derecho para que pudiera repetir contra el deudor. En los dos primeros supuestos se hacía una remisión al art. 1.117, antecedente del art. 1.210, en el que se establecían los supuestos en que la subrogación debía operar por imperativo legal.

(8) Anteriormente el régimen previsto era distinto. El art. 1.175 (precedente del art. 1.158 actual) establecía un criterio diferenciador según se pagare con el beneplácito o disconformidad del deudor, siendo que en el primer caso únicamente se podría repetir frente al deudor en lo que el pago le hubiere resultado útil; por el contrario, en el segundo supuesto, únicamente se podrá reclamar la devolución de lo pagado.

injusto por parte del deudor, considerando que el tercero cuando pagaba estaba ejecutando una relación de mandato o de gestión de negocios ajenos (9).

De ahí deriva la importancia de establecer que el tercero siempre deberá pagar en su propio nombre, no concediéndole la acción de reembolso si actúa en nombre del deudor, ni tampoco si el pago se hizo «animus donandi», único supuesto en el que puede considerarse que no existe un interés directo en el cumplimiento de la obligación aunque sí indirecto, pues lo que se pretende es desvincular a la persona que se encontraba comprometida en la obligación (10).

El criterio puede expresarse en líneas generales de la manera siguiente: Se atribuye como principio general una acción de reconocimiento de lo desembolsado, a fin de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto por parte del deudor (11), y como consecuencia de que pueda realizar el pago cualquier sujeto extraño a la relación obligatoria (12), se atribuye con carácter general una acción de reembolso o de repetición, según las circunstancias que mediaren de conocimiento, aprobación, ignorancia o desaprobación, puesto que el pago siempre debe estimarse útil al deudor para poder aplicar el artículo 1.158 (13), al mismo tiempo que debe cumplimentar un interés ajeno al que estipuló la relación obligatoria (14).

El pago del tercero efectuado en la ignorancia del deudor encuentra un tratamiento de menor protección en el ordenamiento jurídico. Así, pues, se impone al tercero la restricción de no poder compeler al acreedor a que le subrogue en sus derechos.

Si entendiéramos que el fiador se ve sometido a las disposiciones generales sobre el pago del tercero, habría que añadir el último inciso del artículo 1.838, lo que induciría a la conclusión de que el pago realizado por el fiador, en la ignorancia de éste, legitima al fiador a exigir la correspondiente acción de indemnización. Dejando de momento el juego de las excepciones de los artículos 1.841, 1.842 y 1.843, las posibilidades del fiador de constreñir al acreedor para que le subrogue en sus derechos quedarían mermadas.

El paralelismo que ficticiamente pudiera establecerse entre los artículos 1.158 y 1.159, «a sensu contrario», por las razones que se

(9) S. del T.S. de 16-12-1985.

(10) Las sentencias de 3-7-1906 y 17-6-1941 rechazan las reclamaciones ejercitadas por los demandantes, entendiendo que la deuda que afrontaron era propia y no, como intentaban demostrar, deuda de un tercero o ajeno. En igual sentido, vide BRECCIA, U.: *La ripetizione dell'indebito*, Milán, 1974, pp. 488 y ss. CICALA, R.: *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Nápoles, 1968, p. 289.

(11) Sentencias del Tribunal Supremo de 27-6-1925, 26-11-1926, 17-6-1941, 8-4-1948 y 2-10-1984.

(12) S. del T.S. de 9-3-1908, 21-10-1952 y 5-4-1913.

(13) S. del T.S. de 8-7-1952, 18-5-1946, 5-11-1983 y 29-5-1984.

(14) S. del T.S. de 26-11-1926 y también la ya citada de 9-3-1908.

pasan a exponer a continuación y los artículos 1.838 y 1.839, no permite llevarlo hasta sus últimas consecuencias, pero sirve para establecer algunos criterios ambivalentes.

Estos preceptos reconocen el derecho a exigir las acciones de subrogación y de reembolso, como consecuencia de haber pagado, pues como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1945, «... puede también deducirse con carácter general que el que paga, en nombre o por cuenta de otro, le corresponden las acciones de los artículos 1.158 y 1.159».

La cuestión deviene más conflictiva, o al menos más polémica, cuando se trata de precisar los supuestos en que no se legitima el ejercicio de la subrogación o, dicho de otra manera, el alcance y sentido exacto del artículo 1.159.

El estudio de este precepto resulta conveniente a fin de precisar, en primer lugar, los criterios delimitativos en que opera la subrogación en el pago en general, y más concretamente en la fianza.

III. ESTUDIO DEL ARTICULO 1.159 DEL CODIGO CIVIL

Se parte del supuesto de que dicho artículo es aplicable únicamente al caso de que pague un tercero, en nombre del deudor, ignorándolo éste.

Se reafirma así que la subrogación es un beneficio para facilitar el reembolso a un sujeto ajeno a la estipulación de la obligación principal, pero interesado en el cumplimiento de la misma, cuya finalidad queda ajena al beneficio del deudor (15). Al mismo tiempo, se observa que la ignorancia del deudor restringe las facultades que, con carácter general, se confieren al tercero interesado en la obligación para poder exigir del acreedor la subrogación en sus derechos. Esta conclusión se desprende de una mera interpretación

(15) El art. 1.159 para que pueda ser aplicable requiere la aprobación del deudor en concordancia con lo preceptuado en el párrafo 2.º del art. 1.210 (S. 24-1-1967). Criterio iniciado por la Sentencia de 1 de julio de 1904: «Si bien el pago de una deuda es un acto tan independiente del deudor que puede ser firme y valedero hecho por una tercera persona que no tenga interés en el cumplimiento de la obligación, y aun cuando aquélla lo ignore, si en este caso puede el que paga en su nombre compele al acreedor a subrogarle en sus derechos, ni esta subrogación se presume sino cuando el pago se realiza con aprobación expresa o tácita del deudor, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1.159 y 1.210-2.º».

El Tribunal Supremo ha venido contraponiendo la ignorancia del deudor a la aprobación expresa e incluso en algunos casos tácita. Así, es reiterado el criterio de que el pago hecho con conocimiento del deudor faculta a la subrogación y lo vincula al art. 1.210-2.º.

En este sentido, la Sentencia de 4-4-1952 considera también que los arts. 1.158 y 1.159 asisten al tercero que ha efectuado el pago sin mandato ni conocimiento del deudor, circunstancia que excluye que el actor se presuma subrogado en aplicación de los arts. 1.209 y 1.210.

sistemática de los artículos 1.158 y 1.159. En efecto, el primer artículo que menciona la subrogación del tercero en los derechos del acreedor es precisamente el artículo 1.159 y «extrañamente» lo hace en sentido negativo, forma que resulta impropia, pues cabría pensar que el comportamiento lógico es presentar una premisa positiva para rebatirla posteriormente o argumentar en contrario; esto es, debería establecer los presupuestos para conceder la subrogación, a fin de poder concretar a quién corresponde la subrogación y en qué casos.

Tampoco es posible vincularlo en su redacción al artículo precedente, puesto que éste contempla únicamente las modalidades en que puede intervenir un sujeto extraño a la obligación principal.

Una única consecuencia podría deducirse de su último párrafo: Si el tratamiento jurídico que se concede a la ignorancia es similar al que se reserva al efectuado en contra de la voluntad del deudor, al tercero únicamente le corresponderá el ejercicio de una acción de repetición en la cuantía que hubiese resultado útil al deudor; con lo cual el artículo 1.159 sería una mera repetición del antecedente.

El Tribunal Supremo, en este supuesto, contrapone la ignorancia a la aprobación expresa o incluso, en algunos casos, tácita. De esta manera es reiterado el criterio de que el pago hecho con conocimiento del deudor faculta a la subrogación y lo vincula al artículo 1.210-2.º (16).

Esta postura es la mantenida por algunos autores como Hernández Gil (17) o Beltrán de Heredia (18).

En el primer sentido aludido, la Sentencia de 22 de enero de 1980, siguiendo este criterio, estima que la concesión de la subrogación requiere que el pago no se hiciera contra la expresa voluntad del deudor. Ratificando dicho fallo, la Sentencia de 28 de mayo de 1973 (R. 2364) sostiene la posición de que cuando no se pueda acudir al recurso específico de la subrogación queda, en todo caso, la acción derivada del artículo 1.158.

La aceptación de esta tesis conduce a la introducción de un supuesto más de los previstos en el artículo 1.210-2.º, ya que amplía la subrogación a todo pago efectuado por un tercero, siempre que

(16) BERCOVITZ, R.: *Comentario a la Sentencia de 29-5-1984*, en el «C.C.J.C.» abril-agosto 1984, n.º 5, pp. 1.719 y ss. *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. I, Edersa, 1980, en especial pp. 21 y ss.

(17) Hernández Gil, A.: *Derecho de...*, *op. cit.* p. 294, supedita el art. 1.159 a la presunción de subrogación establecida en el art. 1.210-3.º. APBOLADEJO.M. «*Derecho civil.*» *Derecho de Obligaciones*. 5.ª ed. Madrid 1980, p. 139.

(18) BELTRÁN DE HEREDIA: *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1954, p. 139, considera el cumplimiento de un tercero con ignorancia del deudor supuesto de imposibilidad para exigir la subrogación, equiparado en derechos a los de un simple gestor de negocios ajenos.

cuenta con el conocimiento del deudor. Criterio que, en sentido negativo, corroboró la Sentencia de 19 de abril de 1934 (R. 757) al aclarar que el pago sin conocimiento del deudor sólo da derecho al reembolso y no a la subrogación.

Esta postura quizá confirma la tesis mantenida por Lalaguna (19) de que el pago realizado con desaprobación del deudor se asimila al efectuado en la ignorancia de este último, lo que también se contrapone a que al pago, contando con la aprobación expresa del deudor, le corresponde el beneficio de subrogación.

En este mismo sentido, la Sentencia de 5 de noviembre de 1983, aplicando el criterio ya considerado por la de 31 de diciembre de 1931, estimó que la comprensión del artículo 1.159 debe hacerse desde la interpretación «a sensu contrario» de lo establecido por el precepto. Esta afirmación es equivalente a estimar que cuando el pago se produce en las circunstancias de ignorancia del deudor no ha lugar al derecho de subrogación legal. Al que pagó únicamente le queda el recurso a reclamar el reembolso del artículo 1.158.

La Sentencia del Alto Tribunal de 19 de abril de 1944 (R. 683) también corrobora el alcance estimado como general por la práctica jurisprudencial. Ratifica el criterio de que basándose en dicho precepto sólo se podrá compeler al acreedor a la subrogación convencional.

Esta es la opinión compartida por la práctica totalidad de la doctrina, aunque no solamente la argumentación «a sensu contrario» del artículo 1.159 reconduce su ámbito de actuación a la esfera donde proyecta sus efectos el artículo 1.210-2.º, incluso otras vías, como la interpretación sistemática, basada en los antecedentes históricos, arriban a la misma conclusión.

Los antecedentes históricos quizás aporten un poco de luz en la interpretación del precepto.

El Anteproyecto de 1851, en su artículo 1.099, distinguía cuatro supuesto de pago en los que un tercero, ajeno a la relación, podía intervenir, estableciendo criterios diferenciadores en función del interés y de actuar en nombre, por cuenta del deudor o en su propio nombre.

A los dos primeros supuestos: Pagar con interés en el cumplimiento de la obligación y el pago de persona no interesada, obrando con el consentimiento del deudor, les correspondía la subrogación legal.

El tercer y cuarto supuesto, referido al pago de persona no interesada, diferenciaba dos situaciones: Pagar mediando la ignorancia del deudor o la desaprobación.

(19) LALAGUNA, E.: *Sujetos del pago*, «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», 5-8-1985, Madrid, n.º 1391, p. 11.

Esta última conllevaba la sanción de privar de acciones de reclamación. La ignorancia, por el contrario, limitaba la legitimación a ejercitar la correspondiente acción de repetición.

Este artículo se modificó en el Anteproyecto de 1882-1888, permitiendo que cualquier persona pudiera pagar como principio general. A continuación se atribuyen consecuencias diversas según el grado de intervención de la voluntad del deudor. Por consiguiente, en el párrafo primero se toma en consideración la estructura que había mantenido el artículo 1.099 del Anteproyecto de 1851, aunque los efectos se otorgan según medie la voluntad del deudor, reconociendo, en todo caso, el derecho a ser indemnizado de la cantidad desembolsada.

A continuación, habría resultado sistemáticamente lógico que el legislador hubiera reconocido el derecho de subrogación a las personas que el artículo 1.099, en sus párrafos primero y segundo, les infería, remitiéndose, a su vez, al artículo 1.117, antecedente del actual artículo 1.210, o, en último extremo, omitir la referencia a la subrogación. Sin embargo, por primera vez aparece el artículo 1.176, antecedente del actual artículo 1.159, en el Anteproyecto de 1882-1888, al mismo tiempo que también se opera el cambio en la regulación de la subrogación respecto al Anteproyecto de 1851 (20).

Las modificaciones operadas entre el Anteproyecto de 1851 y el de 1882-1888, como plantea Bercovitz (21), se puede explicar desde dos tomas de posición.

Esta variación sustancial en los preceptos enumerados puede entenderse como modificaciones materiales o meramente formales.

En el primer sentido, si el cambio de redacción fue de carácter material, inherente al pago iría el reconocimiento al derecho de reembolso, mientras que la subrogación únicamente podría operar tras preceder un pacto expreso (subrogación convencional) o por un mandato expreso de la Ley (subrogación legal).

Por el contrario, si la modificación fue puramente formal, se entiende que el supuesto que el artículo 1.159 expresa es la interpretación «a contrario sensu» del artículo 1.210-2.º.

(20) En la interpretación del art. 1.159 conviene tener en consideración el art. 1.176 del Anteproyecto de 1882-1888: «El acreedor a quien un tercero pague un nombre del deudor, no podrá ser compelido a subrogarle en sus derechos». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Anteproyecto de Código civil español (1882-1888)*, «Centenario de la Ley del Notariado», sección IV, v. I, Madrid, 1965, p. 369. LASSO GAITE, G. F.: *Crónica de la Codificación española*, v. I, Madrid, 1970, pp. 555 y ss. HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, pp. 292 y 293, no encuentra antecedentes en el Anteproyecto de 1851. HERNÁNDEZ MORENO, AL.: *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pp. 241-242.

(21) BERCOVITZ: *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

Hernández Moreno desarrolla más esta idea proponiendo una interpretación alternativa.

Entiende este autor (22) que el legislador omitió toda referencia al pago hecho «en nombre propio», apartándose de los precedentes de nuestro Derecho (23), a semejanza del artículo 1.236 del Código civil francés de 1804 (24).

Tampoco se puede descartar la posibilidad de que García Goyena (25) suprimiera de la redacción del artículo 1.099 del Proyecto de 1851 la expresión «en nombre». Dicha expresión reapareció en el Anteproyecto y posteriormente en el Código civil de 1889. No se altera dicha expresión adicionando la frase «ignorancia del deudor». Además, que en el Anteproyecto de 1882-1888, el artículo 1.176 no contenía la apostilla «ignorándolo...».

La conclusión de este autor confirma también que la interpretación tiene que venir dada por los indicios que aportan los antecedentes históricos. Así pues, llega Hernández Moreno a la conclusión de que existe una identidad entre el artículo 1.227-2.º del Anteproyecto de 1882-1888 y el actual párrafo del artículo 1.210, porque estima que el legislador fusionó los términos de ambos presupuestos y piensa que hay que interpretar el precepto según el sentido inverso al tenor literal (26): «El acreedor a quien un tercero pague en nombre propio podrá ser compelido a subrogarle en sus derechos.» Interpretación que resulta de la vinculación establecida con el artículo 1.227 del Anteproyecto de 1882-1888, en el que se «presume» la subrogación del tercero no interesado en la obligación cuando pague «con la aprobación expresa o tácita del deudor». Aspectos que inducen al autor re-

(22) HERNÁNDEZ MORENO, AL.: *op. cit.*, p. 52.

(23) Vide al respecto L. 32 del Título XII de la Partida V, bajo el epígrafe: «De la paga, que rescibe o faze alguno en nome de otro», en *Las siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX*, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios..., por Ignacio Sanpontos y Barba, D. Ramón Martí de Eixada y D. José Ferrer de Subirana, Barcelona, 1843. Vide también *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el Nono*, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López, Portonaris A., de Madrid, 1974.

(24) Art. 1.236 del Código civil francés: «Une obligation peut-être acquitée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquitée par un tiers qui n'y est point intéressé, pour un que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur et que ce ne soit pas en son nom propre, en se faisant subroger aux droits du créancier». FENET, A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Osnabrück, 1968, p. 338, en especial p. 341.

(25) GARCÍA GOYENA, FL.: *Concordancia, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpr. de la ed. de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza con una nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974, p. 589.

(26) HERNÁNDEZ MORENO: *op. cit.*, p. 237.

ferido a desprender de la comparación entre ambos la similitud con el artículo 1.210-2.º actual, que requiere la aprobación del que paga.

Todo ello induce a la proposición, por parte de este autor, de un texto alternativo en el que el precepto debería leerse en el sentido siguiente: «El que pague en nombre propio, no ignorándolo el deudor, podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos.»

Lo expuesto en estas páginas sirve para poner de relieve que el artículo 1.159 únicamente puede resultar significativo si se coordina con el artículo 1.210-2.º. No resultaría, en consecuencia, aplicable a aquellos supuestos en que pague un tercero, con interés en la obligación, supuesto que incluiría al fiador, porque, a nuestro entender, el sustrato de la norma está refiriéndose implícitamente a la necesidad de que el deudor tenga conocimiento del pago para que pueda pactar con el acreedor la subrogación. Sin embargo, enfocar la cuestión de dicha manera únicamente conduciría al ámbito de la subrogación convencional (27). Tema que desborda el presente trabajo, pero que dejamos apuntado someramente.

La cuestión que surge inmediatamente es plantear si el artículo 1.159 puede concurrir con la subrogación.

Los comentaristas del Código civil concuerdan en la idea de la inaplicabilidad de dicho artículo porque la subrogación operará de forma automática una vez efectuado el pago, aún con la ignorancia del deudor e incluso contra su aquiescencia, sin que pueda invocarse el recurso a la reglamentación de los artículos 1.158 y 1.159, pues aunque constituyen la regla general quedan delimitados por la normativa específica contenida en el párrafo tercero del artículo 1.210, al declarar la constitución automática de un derecho de subrogación en términos absolutos y también porque aquellos preceptos se referían principalmente al caso de que pagara un tercero no interesado; si bien, como también alega Bercovitz (28), no existe ninguna razón para restringir el ámbito de aplicación del artículo 1.159 a los únicos

(27) En dicho sentido se pronunciaron MANRESA, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, Madrid, 1907, pp. 438 y 439. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado...*, redactado por Marín Pérez, t. XIX, «De las obligaciones», arts. 1.088 a 1.213, 3.ª ed., Madrid, 1957, pp. 1099 a 1120. Ambos autores encuentran que los preceptos 1.158 y 1.159 quedaron modificados por la normativa específica contenida en el párrafo 3.º del art. 1.210 al declarar la constitución automática de un derecho de subrogación en términos absolutos y también porque aquellos preceptos se referían principalmente al caso de que pagare un tercero no interesado.

(28) Bercovitz apoya, en este sentido, *op. cit.*, p. 32, sus argumentaciones en el tenor del art. 1.118 del Anteproyecto de 1851 «... si un tercero paga ignorándolo el deudor, no puede compeler al acreedor a que le subrogue en su lugar o le ceda sus acciones. El acreedor, sin embargo, es libre de subrogarle...». Apunta también este autor que el art. 1.159 aparece, precisamente, con la supresión de dicho artículo.

supuestos de subrogación legal. Es posible que el artículo estuviera haciendo alusión inútilmente a que la subrogación convencional no puede pactarse si no es con la aprobación del deudor, pero también se podrá conferir si se llega a un acuerdo con el acreedor.

Al margen de entrar en el valor especial que adquiere la subrogación en la fianza, que dejamos para un capítulo posterior, las argumentaciones esgrimidas bastan para desechar la aplicación del artículo 1.159, porque su mandato va referido al artículo 1.210-2.º, o, suscribiendo la opinión de Bercovitz, tampoco vemos inconveniente en que el pacto aludido esté dando entrada a la subrogación convencional.

El propio tenor del artículo está poniendo de relieve que el deudor, ignorante del cumplimiento del otro, no ha podido pactar con el acreedor la cesión de sus derechos, y de ahí la prohibición de que este tercero interviniente pueda compeler al acreedor.

La interpretación de este artículo conduce a la conclusión, no menos importante, de que el artículo 1.159 se está refiriendo con carácter exclusivo a los supuestos en que pueda existir un convenio previo entre el acreedor y el deudor para subrogar al tercero (29). De ser así, quedaría justificada la pretensión «... no podrá compeler al acreedor».

IV. REFERENCIA AL ARTICULO 1.210-3.º

1. Consideración del fiador como tercero interviniente en la relación que paga con interés en el cumplimiento de la obligación

Excluido de nuestro estudio el artículo 1.159, resta por examinar si los artículos 1.210-3.º y 1.212 inciden en el ámbito de la relación de fianza.

Profundizar en la naturaleza jurídica de la subrogación no es la finalidad de este trabajo. Baste sólo decir que hasta la Codificación, la polémica que se suscitó fluctuó entre los autores que sostuvieron que era una venta ficticia y la de aquellos otros, posteriores a Pothier y más cercanos a la etapa codificadora, cuya principal preocupación fue desvincularla de la cesión de derechos, contempladas ambas teorías en el marco genérico de que el pago extingue la obligación. El principal problema que tuvieron los autores radicó en justificar la supervivencia de las relaciones jurídicas después de extinguida la obli-

(29) Esta posibilidad la acepta Bercovitz siempre que no aparezca alguno de los supuestos previstos en el art. 1.161, *op. cit.*, pp. 28 y ss. y 41. En dicho sentido, NICOLÓ, R.: *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, pp. 98 y ss., 136 y ss. PASCUAL ESTEVILL, L.: *El pago*, Barcelona, 1986, pp. 138 y ss.

gación principal. Por ello, la subrogación empezó a configurarse abriéndose paso entre la compraventa y la cesión de acciones, figuras ampliamente consolidadas.

El beneficio de la subrogación no operaba con carácter automático. Originariamente se tenía que solicitar la concesión del mismo al Juez por parte del interesado. Progresivamente este requisito devino innecesario, al mismo tiempo que las necesidades del tráfico jurídico hicieron que la solicitud del fiador fuera adquiriendo paulatinamente un carácter mecánico. Bastaba la mera petición de la subrogación para que el Juez la concediera automáticamente (30).

Siguiendo el criterio de aquella época se buscó en el Derecho Romano la acción que mejor pudiera acoplarse a las necesidades del momento, y aunque el sentido que le atribuyeron originariamente los jurisconsultos romanos fue distinto al dado por los glosadores, se adoptó la «actio utilis» imprimiéndole una nueva orientación.

Así pues, aquella acción que, en principio, se consideró una extensión «utiliter» de la «actio negotiorum gestorum», resultó una «actio utilis» de cesión fingida (31).

Estas prácticas resultaron insuficientes para asegurar el traspaso «ope legis» de las acciones, empezándose a sentir la necesidad de una formulación precisa en una Ley.

Con estos antecedentes, Dumoulin aprovechó la confusión existente entre los bartolistas y la Jurisprudencia; entre el beneficio de cesión de acciones y la «successio in locum» para sostener que la subrogación consistía en una cesión «ipso iure» (32), apartándose, de esta manera, de la interpretación usual de la L. Modestino (D. 46, 76, 1), según la cual, las acciones se transmitían después del pago, por lo que «nihil actum est», puesto que la obligación se había extinguido automáticamente por el pago (33). Si, por el contrario, la transmisión se hacía ante «solutionem», el «solvens» podía recuperar dichas acciones porque el precio entregado tenía la finalidad de comprarlas (34).

Dumoulin rechazó aquella tesis afirmando que, aunque ciertamente al fiador le amparaba la acción de negocios ajenos, era inútil su

(30) Al respecto, vide RENUSSON: *Trattato della surroga*, 1.^a trad. italiana, Siena, 1846. Comentario al fallo de 26-5-1706 de la Sala IV del Tribunal de Apelación, pp. 259 y ss.

(31) MERLO, G. M.: *La surrogazione per pegamento*, Padova, 1933, p. 25.

(32) Sobre la confusión entre ambas instituciones, vide BRISSAUD, J.: *Manuel d'histoire du droit privé*, París, 1907, pp. 486-487.

(33) OURLIAC, P., y MALAFOSSE, J. DE: *Derecho Romano y francés histórico*, t. I «Derecho de Obligaciones», p. 532.

(34) Esta teoría, expuesta por Bartolo, la parafrasearon Cuiaccio y otros autores en el sentido siguiente: «solutione tollitur omnis obligatio», por ello, sólo se consideraba válida si se hubiera realizado anteriormente. CORSI: *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile*, Catania, 1891, p. 37, n. 2.

eficacia si el deudor fuera insolvente, al mismo tiempo que manifestaba que, el que pagara de manera principal o accesoria, tenía derecho a reclamar la cesión de las acciones, puesto que hay que presumir, en principio, que cuando el que pague tenga posibilidad de disfrutar del «beneficium cedendarum actionum» es con la pretensión de que se le transfieran las acciones inherentes al crédito; es más, la subrogación debía competir «ipso iure», puesto que, tanto el deudor solidario como el fiador, hacían una reserva expresa de las acciones que correspondían al acreedor en el momento de pagar y sólo mediante una manifestación fehaciente en contrario se rompía dicha presunción.

Si bien únicamente reservaba la subrogación a los casos expresamente contenidos en la L. 1. f.f. 13 f.f. de tutela «et ration. distrahend.», el planteamiento de Dumoulin sufrió duros ataques, aunque marcó un hito, que recogieron los redactores del Código civil, y que tuvo el mérito de introducir en el campo dogmático, la teoría de que la subrogación legal es una cesión de derechos, que opera por imperativo legal.

En contra de la tesis de Dumoulin se esgrimieron las Leyes vigentes, la L. Papinianus f.f. «mandati vel contraria» y la L. 37 f.f. «De fidejussoribus et mandatoribus», en base a las cuales se fundamentaba que el pago del fiador y la consiguiente subrogación en el lugar del acreedor se producía porque había mediado una solicitud previa del fiador para que le cediera sus acciones.

Renusson (35) justifica este criterio en el respeto al arbitrio de la voluntad de las partes de fijar o no la cesión de las acciones yuxtapuestas al crédito, a lo que añade que no se puede conceder aquello que no se ha solicitado. En el mismo sentido se pronunció Domat (36), entre otros prestigiosos autores.

Pothier recogió las enseñanzas de Dumoulin. Si bien su opinión no prevaleció, la siguieron algunos autores e incluso se vio consagrada en algunas sentencias (37). También para este autor el deudor solidario, el fiador y todos aquellos que pagaban «con otros» o «por otros» quedaban subrogados de pleno derecho en las acciones del acreedor siempre que éstos hubieran pagado con la condición de subrogarse «nemo praesumitur iuri pro se introducto renunciasse».

El estudio de la subrogación también se amplía a otros derroteros. Mientras Renusson se decanta por la unidad de la subrogación, Domat,

(35) RENUSSON: *op. cit.*, pp. 118 y 119.

(36) DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1977, t. I., n. 183.

(37) GUILLOUARD: *Traité des Cautionnement et des transactions*, livre III, titres XIV et XV du Code civil (arts. 2.011 a 2.058), París, 1894, p. 207.

Basnage, Ferrière... y Merlin se inclinan por reconocer dos tipos de subrogación: La convencional y la legal (38).

Pothier amplía la subrogación a cuatro tipos: Por imperativo legal; en virtud de requerimiento; la estipulada con el acreedor, y por último, la que se conviene con el deudor.

Distingue la subrogación legal del resto en que en ésta no se requiere petición previa de subrogación, se atribuye de manera automática por imperativo legal, aunque el obligado solidario o el fiador no adquieran la facultad de subrogarse si no han solicitado anteriormente dicha acción (39).

La diferencia radicaba en el requerimiento previo del fiador, aunque, según estableció la Jurisprudencia, si el acreedor rechazaba el pago correspondía al Juez suplir la falta de consentimiento del acreedor, siendo suficiente con que se presentara el recibo solutorio, origen de lo que posteriormente se denominó en nuestro ordenamiento jurídico Carta de Lasto (40).

Dado que a la subrogación se le otorgó el carácter de institución benéfica o de colaboración y amistad por excelencia, la doctrina del siglo XIX primó ciertas aplicaciones de la Ley en detrimento de otras. Así pues, la subrogación pasó a ser el fundamento de la protección otorgada al fiador, al tercer poseedor o a un obligado solidario (41).

Decía Bigot-Prèameneu que la subrogación la adquiría el fiador o el codeudor en todos aquellos casos en que pagare una deuda, por otro o con otros, estando interesado en su cumplimiento (42).

Este era, en esencia, el contenido del artículo 1.251-3.º del Código civil francés, antecedente del artículo 1.117-3.º de nuestro Proyecto de 1882-1888.

(38) MERLIN: *Repertorio universale e ragionato di Giurisprudenza e questioni di Diritto*, t. XIII, 1834, pp. 1265-1268. MAGINI: *La surrogazione per pagamento nel Diritto Privato italiano*, Turin, 1924, p. 43, n.º 1 a 4.

(39) OEUVRES DE POTHIER: *Coûtume d'Orléans*, t. I, Paris, 1845, pp. 193 y ss., y l 43, II de negot. gest. «Cum pecuniam ejus nomine solveres, qui ibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi a creditore liberatus est: nisi si quid debitoris interfuit, cum pecuniam non solvi.»

(40) GONZALO DE LAS CASAS, J.: *Diccionario General del Notariado de España*, t. II, Madrid, 1953, p. 315. Se entiende por Carta de Lasto: «El instrumento o recibo que ordinariamente por medio de escritura pública da el acreedor al que paga por el deudor, cediéndole la acción que tenía para que pueda recobrar de éste o de otros obligados la cantidad satisfecha por los mismos».

(41) MESTRE: *La subrogation personnelle*, Paris, 1979, p. 32. LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil français*, t. XXVIII, 3.ª ed., Bruselas-Paris, p. 243. OEUVRES DE POTHIER, p. 233.

(42) FENET: *op. cit.*, t. XII, p. 269.

La exposición preliminar del artículo 1.117 del Anteproyecto de 1851 exponía claramente el carácter automático que se atribuía a la subrogación (43).

Sin embargo, el artículo 1.227 del Anteproyecto de 1882-1888, recogido literalmente en la redacción del actual artículo 1.210, cambió el sentido al no instituir una subrogación «ope legis» sino conferirle el carácter de presunción «iuris tantum».

El artículo 1.838, cuyo antecedente es el artículo 1.753 del Anteproyecto de 1851 (44), dispone la atribución inmediata al fiador de la subrogación como efecto directo del pago.

La generalidad de la doctrina entendió que su redacción era consecuencia lógica del artículo 1.117-3.º. Se destaca, respecto a este precepto, la ventaja para el fiador de no tener que solicitar este beneficio (45), puesto que entiende García Goyena (46), y con él la práctica totalidad de los autores, que el derecho a subrogarse conferido en el artículo 1.839 es un efecto automático, consecuencia directa del pago, al mismo tiempo que se quiere acentuar el carácter diferente respecto a la subrogación convencional, destacando que la legal implica que la Ley provee de un recurso jurídico al garante con la finalidad de asegurar su eficacia (47).

Es característica también de la misma el operar de pleno derecho por la sola fuerza de la Ley, lo que alaban los comentaristas de las distintas obras codificadoras, porque se simplifica el complejo mecanismo de la subrogación, antes de la Codificación, que requería la solicitud previa del fiador al acreedor para que éste hiciera cesión expresa de sus derechos y acciones. Al mismo tiempo, también es unánime la opinión de que la Codificación contribuyó a separarse de los planteamientos del Derecho Romano y de las raíces históricas que tan fuertemente vincularon, durante siglos, la figura de la subrogación (48). Puede decirse que el mayor interés que la doctrina manifestó en esta materia, sobre todo en la etapa cercana a la Codificación, fue resaltar el cambio que suponía la reglamentación legal de la subrogación, primordialmente porque supuso una simplificación en los trámites.

(43) Quedaba redactado en los siguientes términos: «La subrogación tiene lugar por disposición de la Ley a favor de...» GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 596.

(44) El art. 1.839 tiene sus antecedentes en el párrafo 6.º, título XX; libro III de la Instituta y L. 4, título I, libro XLVI del Digesto. Antecedentes más cercanos se encuentran en la L. 11, título XII de la Partida 5.ª. MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XXVIII, p. 623, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto...*, p. 701.

(45) Al surgir como efecto del pago por ministerio de la Ley, se prescinde de que el fiador reclame al acreedor los derechos o que este último se vea en la necesidad de otorgarle la «Carta de Lasto». MANRESA: *op. cit.*, t. XII, pp. 296-297.

(46) GARCÍA GOYENA: *op. cit.*, p. 912.

(47) HUC, TH.: *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VIII, arts. 1.234 a 1.386, París, 1895, pp. 91 y 102.

(48) GARCÍA GOYENA: *op. cit.*, pp. 596-597.

No obstante, esta idea no constituyó una innovación en los antecedentes legislativos. La doctrina había discutido vivamente el planteamiento jurídico sobre el que debía sustentarse la transmisión del crédito de un acreedor que desaparecía de la relación una vez se pagara el débito pendiente.

¿Se trataba de una mera ficción jurídica para proteger de una forma más eficaz al fiador? ¿Se alteraba aquí el principio de que el pago extingue la obligación? Además de estas cuestiones, figuraba otra que fue precisamente la que contribuyó a la consagración del artículo 1.251-3.º del Código civil francés.

Fue Dumoulin el primer defensor de que el traspaso de los derechos y acciones del acreedor se transfirieran «ope legis», porque alegaba como argumentación de sus razonamientos que cuando pagaba el fiador o un tercero había que presuponer que el interés lo hacía conducido a satisfacer el cumplimiento de su propia obligación.

Subrogarse significaba, en consecuencia, que el fiador pasaba a ocupar la misma situación jurídica que gozaba el acreedor respecto al deudor, haciendo suyas todas las acciones que le correspondían a aquél contra el obligado principal.

Era acertado el criterio que ya intuían de la subrogación cuando veían en ella el reforzamiento de la situación jurídica de cualquier acreedor. En este mismo sentido, ya Scaevola significaba la importancia de la subrogación en la propia relación obligatoria de fianza (49).

La visión de los antecedentes históricos pone de relieve los motivos que justificaron su aparición, primordialmente para remediar situaciones que la justicia y la equidad exigían de un tratamiento jurídico inexistente. Parece, por tanto, que no se debiera descartar la posibilidad de que el legislador, trayendo consigo toda la carga histórica, constituida primordialmente por las aportaciones de los juristas franceses, quisiera conferir explícitamente una protección mayor al fiador que al deudor solidario, entre otros, quizá porque estuviera contemplando todavía la figura del fiador como garante de una obligación principal no contraída por él, en contraposición a la figura del deudor solidario, que asume de manera principal la obligación originaria.

Dejando al margen la cuestión del interés, puesto que entendemos, siguiendo la concepción de Díez-Picazo (50), que el fiador es

(49) MUCIUS SCAEVOLA: *op. cit.*, t. XXVIII, p. 626.

(50) Sobre el interés vide, HERNÁNDEZ MORENO: *op. cit.*, pp. 24 y ss. CASANOVAS MUSSONS: *op. cit.*, pp. 151 y ss. CRISTÓBAL MONTÉS: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 53-55, que se manifiesta en contra del desdoblamiento que hacen Díez-Picazo y Hernández Moreno entre interés en el cumplimiento e interés en la obligación, pues, como manifiesta Bercovitz, *op. cit.*, p. 34, quien tiene interés

un obligado con interés no sólo en la obligación, sino en el cumplimiento de la misma (51), procede limitar nuestro estudio al análisis del artículo 1.839 del Código civil.

La subrogación que se confiere al fiador con amparo en el artículo 1.839 del Código civil, ahonda en el precepto genérico regulado en el artículo 1.210-3.º.

Sin embargo, la subrogación, que con carácter general se atribuye a todo sujeto, tercero interviniente que pague con interés en la obligación, recogido en el artículo 1.210-3.º, no produce los mismos efectos que la automática, pues, como señala Díez-Picazo, la primera actúa en el campo de las presunciones, admitiendo, en consecuencia, prueba en contrario (52).

La redacción del artículo 1.839 no opera de la misma forma. El fiador por el hecho del pago queda automáticamente situado en la posición del acreedor, criterio al que además contribuye el artículo 1.852 (53).

Efectivamente, la presunción que se establece «*iuris tantum*» para el tercero interesado en el pago no tiene la misma fuerza legal, en principio, que la establecida con carácter automático en el artículo 1.839.

No olvidemos que el propio legislador quiso atribuir un carácter presuntivo al modificar el Anteproyecto de 1851.

Este criterio es el que ha movido a los estudiosos del tema a sostener dos argumentaciones divergentes.

Hay quienes sostienen que el artículo 1.210 confiere una subrogación legal a las personas que cumplen los requisitos marcados en dicho artículo y que, por tanto, la subrogación que opera fundamentada en el artículo 1.210-3.º sería equiparable a la del artículo 1.839 (54).

Otros autores, basándose en el distinto valor de las presunciones, sostienen que los únicos casos que pueden existir de subrogación legal

en la obligación lo tiene en el cumplimiento. Sobre el cumplimiento, vide CRISTÓBAL MONTÉS: *El pago: El papel de la voluntad de acreedor y deudor*, «ADC», 1986, pp. 537 y ss.

(51) GIORGIANNI, M.: *La obligación (la parte general de las obligaciones)*, Barcelona, 1958, pp. 161-162, pone de manifiesto la íntima conexión entre responsabilidad personal y patrimonial.

(52) Díez-Picazo: *Fundamentos...*, v. I, *op. cit.*, p. 803, compartiendo una corriente favorable a esta posición por la doctrina italiana.

(53) DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, «Derecho de Obligaciones», t. II, v. III, Barcelona, 1979, pp. 333 y ss. BERCOUITZ: *op. cit.* p. 26.

(54) SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XVI, arts. 1.156 a 1.213, Madrid, 1980, p. 662. VATTIER FUENZALIDA, C.: *Notas sobre la subrogación personal*, «RDP», junio 1985, números 114 y 115, p. 511.

son aquellos en que la Ley expresamente confiere dicho beneficio, de tal forma que algún autor llega a la afirmación de que los casos de subrogación legal deben constituir un «*numerus clausus*» (55), si bien el criterio no es pacífico (56). Aunque pudiéramos entender que el artículo 1.210-3.º abarca el 1.839, como bien afirma Merlo al referirse al artículo 1.916 del Código civil italiano anterior a la reforma, la redacción del precepto no es una mera repetición y puede incluso hacer pensar que la explicitación de la norma permite extender el beneficio a aquellos supuestos a los que el artículo citado no concedería la tutela necesaria, a la vez que sirve para evitar problemas, como en aquellos casos en que el fiador pagare sin oponer previamente el beneficio de excusión (57).

2. Hacia una definición de la subrogación

El criterio general de subrogación es el que básicamente dio Merlin, entendiendo que subrogarse significaba estar legitimado de la correspondiente acción para «poner una cosa en lugar de otra u otra persona en su lugar» (58). Esta idea posteriormente se fue modelando hasta llegar a establecer el criterio genérico de que referirse a subrogación era sinónimo de describir aquella situación en que se producía «la situación de una persona que paga en los derechos del acreedor al que se le ha pagado» (59).

La mayoría de los autores clásicos franceses, posteriores a la Codificación, entienden que, ya sea simulación jurídica que coloca a una persona en el lugar de otra para ejercitar sus derechos (60) o ficción jurídica por la que una obligación extinguida se considera subsistente en beneficio del tercero que pagó (61), su función es crear

(55) MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e Commerciale*, 8.ª ed., v. II, 3.ª parte, Milano, 1952, p. 370. MICCIO, R.: *Delle obbligazioni in generale*, «Commentario del Codice civile, libro IV, t. 1, Turin, 1966, p. 154.

(56) FRAGALI, M.: *Della fideiussione*, en «Commentario di Scialoja-Branca, Bologna, 1944, pp. 356 y ss. En nuestro país, entre otros, Bercovitz, *cit.*

(57) MERLO: *La surrogazione per pagamento*, Padova, 1933, p. 253.

(58) MERLIN: *Repertorio universale e ragionato di Giurisprudenza e questioni di Diritto*, vol. II, 1834, p. 1222.

(59) RENUSSON: *Mutation d'un créancier en un autre créancier quand les droits du qui est paye passent à l'autre qui a forni ses deniers propres pour le payement*, *op. cit.*, cap. I, n.º 10. DOMAT: *Les lois civiles*, liv. 3, tit. 1, section 6. TOULLIER, C.: *Droit Civil français*, t. VII, 5.ª ed., Paris, 1830, n.º 97.

(60) DELVINCOURT, M.: *Cours de Code civil*, Dijon, 1834, t. 3, p. 771. DURANTON: *Cours de Droit civil suivant le Code français*, t. II, Manheim, 1841, n.º 108. El término de «subingresso», ingreso en la posición de otra persona, fue expuesto por primera vez por De Olea en su *Tractatus de cessione Jurium et Actionum, cum Sac. Rotae Romanae Decisionibus*, D. Caroli Antonii de Luca Spicilegio, editio postrema, Venetiis, 1735.

(61) LAROMBIÈRE: *Théorie et pratique des Obligations ou Commentaire des titres III, IV, livre III du Code Napoléon*, arts. 1.101 a 1.386, t. 2, Paris, 1862, pp. 202 y ss. GAUTHIER: *Traité de la subrogation des personnes ou de paiement avec subrogation*, Paris, 1858, n.º 8.

una situación jurídica [sucesión a título particular, de regreso legal... (62)]... que permita colocar al subrogado en la posición del acreedor. El efecto que se pretende es suceder al acreedor en sus derechos y acciones» o, en términos más completos: «Acción de sustituir o poner una cosa en lugar de otra o una persona en lugar de otra» (63).

Al margen de su naturaleza jurídica, también su delimitación conceptual presenta un aspecto problemático. ¿Cuál es el alcance que debe atribuirse a esta sucesión a título particular? ¿Se coloca el que pagó en la posición originaria del acreedor, al tiempo de constituirse la fianza o en el momento de cumplimiento de la obligación principal? ¿Comporta la subrogación el crédito con los derechos inherentes al mismo o únicamente el crédito o las garantías accesorias, consideradas aisladamente?

La subrogación, en el amplio marco del artículo 1.212, «transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor ya contra los terceros...». Su reproducción en el artículo 1.839 expresa la misma idea, aunque el tenor literal es más restringido: «... en todos los derechos» (64).

Como cuestión previa, es importante señalar que la subrogación constituye una excepción al carácter personal de las relaciones del crédito, cuya relevancia, por definición, quedaría limitada interpartes (65). Aunque el Código civil no sea suficientemente explícito en este campo, el subrogado sólo podrá reclamar lo que realmente pagó y no el importe nominal del crédito (66).

(62) STAMMLER: *Recht der Schulverhältnisse*, Berlin, 1897, pp. 20-24. Para una exposición más pormenorizada, vide ESPÍN: *Sobre la naturaleza del pago con subrogación*. «R.D.P.», 1942. pp. 300-327. En la teoría de la sucesión a título particular hay que tener en cuenta que difiere de la novación en que ésta extingue la relación, mientras que aquella no. Al respecto, vide COVIELLO, N.: *Concetto della successione singolare nel debiti*, «Archivio Giuridico», Pisa, 1896, pp. 301-327. CARPINO: *Il pagamento con surrogazione*, «Riv. Dir. Civ.», 1971-1.º, p. 738. BETTI: *op. cit.*, p. 66. SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964.

(63) ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1874, p. 1048. La definición más utilizada actualmente es la de BETTI: *Teoría general de las obligaciones*, t. II, Madrid, 1970, p. 254. «Subrogación dentro del amplísimo alcance que tiene este concepto, se puede definir como el fenómeno de subingreso, por el que un sujeto sustituye a otro en la misma posición jurídica que éste ocupa o, por lo menos, que le estaba destinada, sea en la titularidad del derecho o de la obligación, sea en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento de la obligación, sin que el título jurídico de sujeto que sustenta sea necesariamente unido por un nexo derivativo al título del sujeto precedente.» Giorgianni, «N.D.I.», p. 1231, entiende que la subrogación significa la sustitución de un tercero que satisface al acreedor en los mismos derechos del acreedor permaneciendo existente la obligación del deudor.

(64) Como recientemente ratificó la S. de 26-11-1984.

(65) MICCIO, R.: *I. Diritti di credito*, v. I, Turín, 1971, pp. 156 y ss.

(66) BUTERA, A.: *voz Surrogazione* (pagamento con), «Il Digesto Italiano», p. 194. Ya los comentaristas del Código civil francés se inclinaban por entender que

Los derechos que se traspanen por obra de la subrogación van acompañados de sus accesorios.

El concepto de derecho que se desprende del artículo 1.112 hay que entenderlo en su vertiente positiva; esto es, hay que pensar que la redacción de dicho artículo no comprende las deudas consecuentes a un derecho. Es más, siguiendo el argumento de Pacchioni (67), en opinión de Sancho Rebullida (68), este precepto está respondiendo directamente a la argumentación de que el vínculo obligacional sólo es transmisible desde el lado activo, a lo que hay que añadir la ya clásica Sentencia de 12 de enero de 1931, que adujo que el artículo 1.112 sólo permite la cesión de los derechos, pero no de las obligaciones.

Respecto al objeto, la propia redacción del artículo 1.210 obliga a pensar que el subrogado puede valerse no sólo de los derechos contra los terceros poseedores, sino de todos aquellos que el subrogante tenía por obra del crédito poseído frente a terceros, aunque éstos no estuvieran vinculados directamente al pago, al igual que sucede con las excepciones.

Que el acreedor haya obtenido una sentencia condenatoria no es óbice para que el fiador pueda iniciar los trámites pertinentes a fin de obtener sentencia condenando también al deudor. Esta duplicidad de sentencias no constituye inconveniente alguno porque, como alega Butera, interpretando los criterios de la Jurisprudencia italiana (69), con ello se está posibilitando el ejercicio de las excepciones que puedan vulnerar la acción de regreso o servir para delimitar el contenido del derecho de subrogación.

Es importante destacar que el nuevo titular no podrá exigir intereses superiores a los estipulados con el acreedor ni prevalerse de procedimientos excepcionales, incompatibles con la naturaleza del crédito extinguido.

la subrogación comprendía la cantidad principal de la deuda, refiriéndose con dicho concepto a que comprendía la cuantía total de lo pagado por el fiador. LAURENT: *Principes de Droit civil français*, t. XVII, 3.^a ed., Bruselas, 1878, p. 244. HUC: *op. cit.*, t. XII, p. 255. ALBALADEJO, M.: *Derecho de Obligaciones*, vol. II, t. I, Barcelona, 1970-75, pp. 250, 283, 286, 110. SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Comentarios...*, *cit.*, p. 662, que limita la subrogación a lo pagado. TORRENT: *El pago de un tercero con relación al pago con subrogación*, «R.C.D.I.», 1950, pp. 150 y ss. BERCOVITZ: *Comentarios...*, *op. cit.* DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, v. I, *op. cit.*, p. 629. CRISTÓBAL MONTÉS: *op. cit.*, p. 56, entienden que al subrogado se le transfiere el mismo crédito que pertenecía al acreedor.

(67) SANCHO REBULLIDA: «*La novación de las obligaciones*». Barcelona, 1964. pp. 192-193.

(68) SANCHO REBULLIDA: *La novación de las obligaciones en el Derecho español*, «R.C.D.I.», 1962, n.º 404-405, p. 19.

(69) BUTERA: *Il Digesto Italiano*, voz «*Surrogazione*» (Pagamento con), p. 197, n. 1

El subrogado adquiere el mismo crédito en la medida de la cantidad por él desembolsada, de lo que se deriva que el subrogado no podrá repetir, sino por el propio crédito; de la misma manera que el deudor no está obligado a pagar sino la propia deuda.

El momento en que se producirá la subrogación será desde el instante en que se verificó el pago.

Además de lo expuesto, la subrogación cuenta con dos limitaciones más: Primera, cuando concurren varios acreedores subrogados; segunda, si el pago efectuado es parcial.

En ambos casos, los derechos y accesorios pertenecientes al acreedor subrogado pueden sufrir una limitación cuantitativa no por la relación directa establecida entre deudor y subrogado, sino por la relación nacida entre acreedor y subrogado y entre subrogados que deben observar el principio: «Nemo contra se subrogaste censetur» (70).

El segundo caso no admite polémica, puesto que no se puede sustraer de la relación obligatoria al acreedor originario por subsistir la deuda.

Caso de pluralidad de subrogados, la limitación es una consecuencia directa de que todos los subrogados se encuentren en la misma situación que disfrutaba el acreedor originario, no existiendo categorías distintas de acreedores con relación a la misma garantía (71).

V. NOTAS SOBRE EL ARTICULO 1.839 DEL CODIGO CIVIL

Una de las cuestiones previas que conviene dilucidar es si el alcance del artículo 1.839 queda limitado por el contenido explícito del artículo 1.212 o si tiene atribuciones propias.

Se constata, entre los autores más próximos en el tiempo a la Codificación, una cierta dificultad de aceptación de la institución. A pesar del tenor literal del precepto, que faculta al tercero a subrogar en todos los derechos correspondientes al acreedor por haber pagado, la doctrina comenzó a polemizar el alcance exacto de dicha acción.

Algunos autores se pronuncian por la tendencia de que dicho artículo se refiere con carácter exclusivo a las garantías del crédito, bien fueran ordinarias, bien de carácter específico otorgadas a ciertos créditos. Este interrogante tras la promulgación del Código civil quedó paliado con la consagración del artículo 2.029 del Código civil francés, homónimo de nuestro artículo 1.839, que transmite al fiador to-

(70) GAUDEMET, E.: *Théorie générale des obligations*, París, 1965, p. 472.

(71) MICCIO, *op. cit.*, p. 160.

dos los derechos pertenecientes al acreedor respecto del deudor, relacionados con el débito nacido del vínculo contractual anterior (72).

Contrariamente a este sentir generalizado, Marcadé considera que la subrogación únicamente implica el traspaso de las garantías, puesto que, de no suceder así —argumenta este autor—, pago con subrogación significaría suprimir, conservando un crédito que acaba de desaparecer (73). El subrogado, sostiene los partidarios de esta tesis, no puede reclamar la totalidad del importe del crédito, sino únicamente el reembolso de la suma pagada.

Un sector doctrinal acepta que el contenido establecido con carácter genérico en el artículo 1.212 no se limita a los derechos inherentes al crédito, sino a recibir el propio crédito, aunque sobrepase la cantidad que pagó el tercero para satisfacer la deuda (74). En este sentido, apunta Díez-Picazo que es un derecho más amplio que el puro reembolso, puesto que el crédito se adquiere por su valor nominal aun cuando éste sea superior al importe de lo pagado.

Sin embargo, otros autores limitan el contenido de la subrogación al «quantum» de la deuda (75), criterio que es el que estimamos más acorde con el tenor del artículo 1.827, que fija el límite para el contenido de la fianza simple, delimitado en función del montante de la obligación más los intereses y gastos.

La interpretación del artículo 1.212 concretado en la facultad de transferir un crédito con una cuantía superior a la que pagó, entendemos que posibilitaría al fiador a enriquecerse en el exceso del crédito de acreedor.

Pensar que la subrogación transfiere el crédito en su integridad es extralimitar la esfera de atribuciones de la misma.

(72) GUILLOUARD, *op. cit.*, pp. 205-207.

(73) MARCADÉ: *Explication du Code civil*, 7.^a ed., t. IV. París, 1873, p. 568, núm. 704.

(74) BERCOVITZ: *Comentarios*, *op. cit.*, p. 43. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, v. I, *op. cit.*, p. 619. En el mismo sentido, sentencia del T.S. de 26-2-1984. CRISTÓBAL MONTÉS, *op. cit.*, p. 56. También se muestran partidarios de explicar la naturaleza de la subrogación sobre la teoría del regreso legal, MERLO (*Teoría del pago no extintivo*), *op. cit.*, pp. 19 a 67. DE BUEN, D.: *Derecho civil español común*, 2.^a ed., Madrid, 1930, p. 512. VON THUR (*Teoría del regreso legal*), *op. cit.*, t. II, p. 27. MAGINI (*Teoría de la expropiación del crédito*), «La surrogazione per pagamento nel Diritto Privato italiano», Turín, 1924, pp. 90 y ss. ALBALADEJO, *Derecho civil*, *op. cit.*, t. II, manifiesta que otra diferencia entre el art. 1.210-3.^o y el 1.839 es que hay que entender que en la normativa de la fianza contando con la presunción de dicho precepto, regirá el principio de que el art. 1.159 no impedirá la subrogación aunque medie ignorancia del deudor. Opinión, por otra parte, puesta en entredicho por otros autores incluso en relación con la presunción establecida en el art. 1.210-3.^o, que entienden que es precepto de carácter excluyente sobre el art. 1.159, expuesto en páginas anteriores.

(75) SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pp. 674-675.

Una de las características que se dejaron traslucir en el iter legislativo de esta figura es que ya en sus orígenes nació con la pretensión de reforzar el criterio originario, conjuntamente a todos los derechos, créditos, privilegios y garantías de carácter accesorio y que, quizás, en la atribución de garantías complementarias del crédito principal es donde radica la especialidad de la subrogación. En coherencia a lo expuesto, habría que presuponer que el tercero que pagó no debe verse reintegrado con un importe superior a la cantidad por él desembolsada, es más, el exceso podría incluso considerarse una cantidad indebidamente cobrada (76).

Estableciendo un cierto paralelismo con los supuestos genéricos del pago, encontramos que este sentido restrictivo se manifestó la Sentencia de 24 de enero de 1967, que interpretó que el artículo 1.212 transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, siendo que éstos se transfieren en la medida fijada por el artículo 1.158-2.º. Aunque la sentencia aludida pudiera considerarse que se aparta de la interpretación jurisprudencial no muy lejana en el tiempo, la Sentencia de 26 de noviembre de 1984 volvió a ratificar el criterio generalizado de que «la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos».

Caso de que el fiador se hubiere comprometido en cuantía inferior al «quantum» de la obligación principal, hay que recurrir al párrafo 2.º del artículo 1.839, que cabe interpretar en dos sentidos.

Cabe atenerse al supuesto estricto de transacción y pensar que el artículo 1.839 rompe el esquema de la subrogación legal y deja paso a la normativa propia de la convencional o pensar que el artículo 1.839-1.º establece la subrogación automática del fiador estableciendo que la satisfacción del crédito no debe comprenderse como el de la fianza si ésta es menor, sino equivalente al crédito principal, o si es el inciso segundo del artículo 1.839 el que está posibilitando las claves para aducir que la referencia a la transacción no desvincula el supuesto de la subrogación legal, y por tanto, aunque el pago del fiador sea inferior a la cuantía total del débito se vea amparado por la norma del artículo 1.839.

Únicamente este inciso sirve para resaltar lo que gran parte de la doctrina viene manifestando. El límite de la subrogación queda establecido porque la medida de los derechos transferidos al subrogado no pueden tener mayor alcance que la causa que la produce o la determina y, en ningún caso, perjudicar los propios derechos del acreedor subrogante.

(76) Sobre el cobro de lo indebido vide BALLARÍN HERNÁNDEZ, *El cobro de lo indebido*, «Perfiles institucionales y eficacia traslativa, Madrid, 1985. SCHLESINGER, P.: *Il pagamento al terzo*, Milán, 1961.

El pago constituye, pues, el límite máximo que el derecho del sucesor no puede sobrepasar. De ahí que el pago parcial produzca una subrogación limitada al montante del pago (77). El requerimiento de transigir se fundamenta en que dicho crédito no es liberatorio del deudor ni satisfactorio para el acreedor, lo que origina la supervivencia del crédito originario que coexistirá con el del fiador, conforme al supuesto del artículo 1.213, o bien que el acreedor se dé por satisfecho. Esta parece ser la interpretación que hay que dar al párrafo segundo del artículo 1.839, porque el artículo 1.213 no exige requisito previo de aceptación por el acreedor.

También este artículo pone de manifiesto que, tanto el artículo 1.212 como el 1.839 están equiparando el pago del tercero en cuantía superior para satisfacer al acreedor de un débito, caso contrario hay que recurrir a los supuestos de pago parcial.

Otros autores perfilan más este criterio comentado, como hace Bo, el ejercicio de la acción de subrogación a los límites que establece la Ley para ejercitar el derecho de reembolso (78), opinión que posteriormente suscriben algunos autores, pero que dejamos para un apartado posterior, porque el tema conduce a abordar la dualidad de acciones.

Resta por analizar el momento a que la subrogación debe referirse. Esto es, si la temporalidad viene referida al tiempo preciso en que el fiador se subrogó o al instante en que el acreedor se le satisfizo tras la liberación de su crédito.

El precepto ofrece dos posibilidades de interpretación. En primer lugar, la utilización terminológica gramaticalmente es correcta y puede interpretarse de dos formas.

La naturaleza misma de la subrogación admite que ésta extingue la obligación y coetáneamente libere el vínculo existente entre acreedor-deudor.

El acreedor nada puede transmitir después del pago, puesto que nada tiene. La relación ha quedado extinguida. Sin embargo, por virtud de la subrogación se transfieren los derechos que le pertenecían en el momento del cumplimiento de la obligación (79).

Esta posición no es unánime, puesto que hay autores que se han inclinado por entender que la referencia temporal del precepto alude

(77) BUTERA, *op. cit.*, p. 194.

(78) BO, «N.D.I.», *op. cit.*, p. 1119.

(79) MERLO, *op. cit.*, pp. 166 a 253. CAMPOGRANDE, V.: *Trattato della fideiussione nel Diritto odierno*, Turín, 1902, p. 471. MESTRE, J.: *La subrogation personnelle*, París, 1979, pp. 36 y ss. THARWAT, K.: *Le paiement avec subrogation en Droit français et en Droit suisse*, Ginebra, 1953, pp. 9 y ss.

a todos los derechos que tenía el acreedor al asumir la garantía (80).

Esta última postura es difícil de admitir, puesto que hay que jugar con momentos reales y crearía un complejo mecanismo retrotraer los efectos jurídicos a la situación en que el acreedor se encontraba, al mismo tiempo que recomponer las garantías que tuviera el acreedor y que posteriormente éste hubiere ejecutado.

Quizá resultara más adecuado inclinarse por que el fiador reciba la situación en las mismas condiciones en que la soportaba el acreedor en el momento del pago y ello, quizás, encuentre su justificación en que, como bien dice Fragali, «no se puede transferir una posición funcional como la del acreedor sin transferir la posición que justifica la función» (81).

VI. ANALISIS DE LA ACCION DE REEMBOLSO

1. Génesis del regreso

En su origen, esta responsabilidad se fundaba en un acto de amistad o de beneficencia, aspectos que indujeron a algunos autores a diferenciar la cesión de la subrogación convencional.

Estas causas tenían una connotación servil, siendo en principio escasos los que afianzaban, hasta que con el transcurso del tiempo fueron adquiriendo relevancia las obligaciones garantizadas de forma personal, pasando a ser fiadores no ya los esclavos, sino los personajes más influyentes de la sociedad romana; razón por la cual los jurisconsultos fueron concediendo atribuciones y especial protección a aquellas personas que se prestaban como garantes personales (82).

Una de las primeras medidas constataciones, en contraposición a la actitud que se adoptó hasta aquel momento, fue que el garante se quedaba desprovisto de acciones una vez realizado el desembolso patrimonial y que su comportamiento no tenía necesariamente que ser realizado «animus donandi». Así nació la acción de regreso, considerando que el fiador que pagaba por el deudor que garantizaba no pretendía que de su comportamiento se dedujera que su «animus» era «donandi»; en consecuencia, puesto que había satisfecho la deuda

(80) MICCIO: *I diritti di credito*, v. I, Turín, 1971, p. 159. *Commentario del Codice Civile*, «Delle obbligazioni in generale», t. I, Turín, 1966, p. 147.

(81) FRAGALI: *Delle fideiussione*, *Commentario...*, pp. 356 y ss.

(82) OURLIAC, P., y DE MALAFOSSE, J.: *Derecho romano y francés histórico*, t. I, Derecho de obligaciones, p. 519.

contraída por otra persona, era de justicia que se le reembolsara la cantidad sacrificada en ejecución de la garantía (83).

En el Derecho Romano (84), para saber si el fiador que había pagado podía dirigirse contra el deudor principal, se requería examinar las relaciones surgidas entre los dos sujetos: obligado principal y subsidiario.

El punto de partida de la diferenciación fue el interés. Se distinguió entre dos comportamientos: Obrar en interés propio o ajeno.

Si el fiador pagaba teniendo conocimiento de su actuación al deudor, a petición propia de éste, se le concedía un «*actio mandati*» contra el deudor (85).

Dudas no podían existir, puesto que la voluntad del deudor se había manifestado claramente con la atribución de una orden de pago al fiador.

Quedaba el círculo cerrado entre fiador-deudor. Pero si el fiador intervenía con desconocimiento del deudor, podía accionar contra él con la «*negotiorum gestorum*» (86).

Estas dos acciones, si bien no se diferenciaban en los efectos que producían al fiador, presentaban diferencias notables entre ambas, basadas en el comportamiento del deudor.

La «*actio negotiorum gestorum contraria*» es menos extensa que la «*mandati contraria*». Aunque se diga que la Ley equipara sus efectos, no puede afirmarse que lo haga con plena identidad, puesto que no permite que con la primera se pueda repetir del fiador los gastos realizados, a no ser que se consideren necesarios o útiles (87).

Una actitud positiva motivará el contrato de mandato que permitirá proteger al fiador mediante la «*actio mandati contraria*». Si la

(83) CAMPOGRANDE, V.: *Trattato della fideiussione nel diritto odierno, op. cit.*, p. 435.

(84) Se desconoce si el regreso, que se concedía al fiador en el Derecho griego contra el deudor que había liberado, requería para ejercitarlo de una acción especial o de una acción genérica de reembolso.

Se tenía constancia de que este derecho de regreso tendía a conseguir el reembolso de las cantidades anticipadas por el fiador, además del resarcimiento de los daños y perjuicios causados a éste por el incumplimiento del deudor principal. Cfr. BEAUCHEM: *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. IV, París, 1897, p. 483, y CANTARELLA: *Solidarietà reciproca o mutua fideiussione* (Contributo allo studio delle obbligazioni solidali), Milán, 1965.

(85) CORSI: *La fideiussione considerata nei rapporti del Codice civile*, Catania, 1891, p. 112.

(86) *Fideiussori negotiorum gestorum est actio si pro absente fideiusserit* (L. 20, parágrafo 1, ff. mandati).

(87) AUBRY et RAU: *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4.^a ed., t. IV, París, 1871, p. 688. En igual sentido, PONT, P.: *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IX, París, 1863, pp. 224-226.

relación de garantía se ha constituido entre acreedor y fiador, o sin el consentimiento del deudor principal, el negocio jurídico creado habrá sido un cuasi-contrato denominado gestión de negocios ajenos, que dará vida a la «*actio contraria negotiorum gestorum*». Acciones cuya diferencia se encuentra en la causa y en los estipulantes de la relación contractual (88).

De otro lado, la diferencia práctica estriba en que la protección que se dispensa al fiador que actúa ignorándolo el deudor no le permitía repetir la cantidad pagada más allá de lo que le resultó útil el pago. Caso de producirse dicha situación, la Ley entenderá que se trata de una gestión de negocios ajenos.

Si el fiador pagó por una deuda que le vinculaba por la de otro sin intención de obligarle al pago, no le corresponde acción alguna. Contará con la acción de repetición cuando haya pagado sin existir compromiso previo. Por último, corresponderá el regreso al fiador cuando el acreedor le haya condonado la deuda con intención de enriquecerlo.

Así resultaba el cuadro de acciones correspondiente al fiador en atención a su comportamiento y situación jurídica. Si fueron un buen principio de protección hacia el fiador, prontamente quedaron insuficientes ante las necesidades del tráfico jurídico. De ahí nació la convicción de que la justicia y la equidad reclamaban un comportamiento distinto hacia el fiador.

Si un tercero liberaba el crédito de un acreedor que, a su vez, pudiese encontrarse respaldado por otra serie de garantías o derechos de tipo accesorio, justo era que este acreedor satisfecho cediese al fiador las acciones que reforzaban su crédito para que éste pudiera resarcirse en las condiciones óptimas, a la mayor brevedad posible.

Con estos planteamientos se configura el «*beneficium cedendarum actionum*», en virtud del cual se reconoció la obligación del acreedor de cederle su crédito con todos los derechos, acciones, prendas e hipotecas inherentes al mismo, en el momento en que recibía el pago.

Si el fiador recibía la negativa del acreedor o existía una verdadera imposibilidad de realización de la cesión, siempre le quedaba al fiador el recurso de negar el pago y rechazar la reclamación del acreedor valiéndose de la «*exceptio cedendarum actionum*» (89).

Tras arduas discusiones entre los autores sobre si el fiador podía ejercitar contra el deudor todas las acciones que competían al acreedor sin la previa cesión de derechos, se determinó que era im-

(88) PONT, P.: *Commentaire-traité des Petits Contrats*, t. II, París, 1867, p. 119.

(89) *Fidejussoribus succurri solet ut stipulator compelletur ei qui solidum solver paratus est vendere ceterorum nomine* (L. 17, f.f. de fidejussionibus).

prescindible la cesión expresa de tales derechos, puesto que dicho traspaso de acciones se asimilaba a una venta, gracias a la cual el fiador podía valerse contra el deudor de todas las acciones que le transmitiera el acreedor, quedando, en consecuencia, por ejercer las adquiridas por el fiador del acreedor (90).

Estas fueron, brevemente resumidas, las fuentes a las que recurrieron los legisladores modernos para conceder dos medios recuperatorios de la cantidad desembolsada por el fiador. Nos encontramos, pues, con dos acciones diferentes, más amplia la primera y más reducida, pero más segura, la segunda (91).

A todo lo dicho hay que añadir, que en el Derecho Romano; no había una delimitación de la subrogación, lo que se manifestaba en la falta de regulación de la subrogación legal. Si tuviéramos que distinguir entre las actuaciones del fiador, solamente podríamos encontrarnos ante una subrogación convencional, única que se puede comparar con la cesión (92). Y además, que el alcance de la subrogación se hallaba limitado por el principio: «Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse sibi habuerit».

Un caso en que únicamente el fiador estaba legitimado para proceder mediante la subrogación, no estando protegido con la correspondiente acción de regreso, es el supuesto de que el fiador preste garantía en contra de la expresa voluntad del deudor.

En el supuesto no existiría vinculación entre deudor-fiador, por lo que la acción derivada del mandato o relación jurídica similar, regulador del comportamiento de ambos sujetos, no se daba. Ello significaba que la acción de regreso daba inaplicable, puesto que el hecho que originaba su nacimiento era inexistente. Sin embargo, era innegable que, aun en contra de la voluntad expresa del deudor se había producido un desembolso patrimonial en beneficio de este último, motivado la mayoría de las veces por razones familiares, de amistad e incluso utilitarias.

Dicha disminución patrimonial beneficia directamente al deudor que se ve liberado frente al acreedor del vínculo contractual. En consecuencia, si se ha producido un perjuicio patrimonial del que, en contraposición, se ha beneficiado el deudor, se origina un enriqueci-

(90) Este fue el planteamiento de PAULUS en L. 36 f.f. de fidejussor «quum is qui et reumet fideiussores habet, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones poteris quidem diciribus accepta pecunia praestat actiones poteris quidem dici nullas iam esse quum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est; non enim in solutum accepit sed quadammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones quia tenetur ad is ipsum ut praestet actiones».

(91) CORSI, *op. cit.*, p. 114.

(92) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 12.^a ed., Madrid, 1978, pp. 327 y 354-355.

miento injusto que habrá que subsanar mediante el correspondiente mecanismo. Así surgió el artículo 2.028 del Código civil francés por vez primera, que se concedía al fiador contra el patrimonio del deudor, teniendo especial importancia las circunstancias que rodeaban la formación del contrato.

Se partía normalmente de la convicción de que el fiador se obligaba por el deudor porque éste se lo requería. El asentimiento con este planteamiento permite afirmar que, en líneas generales, el contrato de fianza estipulado entre acreedor y fiador implica la estipulación de un contrato de mandato entre ambos sujetos, o empleando la expresión que utilizó Pothier, el consentimiento del deudor a lo que el fiador se obliga, implica un contrato tácito de mandato fiel al principio romano: «Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur» (93).

Para paliar la situación inexistente de regreso se permitió al fiador hacer uso del derecho de subrogación. Observamos que es el único caso en que claramente se diferencian ambas situaciones, utilizándolas con carácter excluyente.

Los autores, aun a comienzos de este siglo, siguen reconduciendo el tratamiento de este artículo remontándose a las concepciones originarias del Derecho Romano. Así pues, la acción de regreso sigue todavía debatiéndose en el ámbito de las instituciones derivadas o asimiladas al mandato o a la gestión de negocios ajenos, estableciendo la diferenciación según el también principio clásico de que hubiera mediado conocimiento o consentimiento por parte del deudor en el pago del fiador.

Hay unanimidad en la doctrina, tanto francesa, italiana como española, en establecer los criterios deteniéndose en la causa del negocio.

Por esta razón, Pacifici-Mazzoni (94), como otros muchos autores, establece el criterio de que si medió petición por parte del deudor para que el fiador pagase, éste quedaría legitimado con la «*actio mandati*».

Si dicha relación es inexistente, la única protección que le corresponderá será la derivada del ejercicio de la gestión de negocios ajenos (95).

(93) POTHIER, *op. cit.*, p. 429.

(94) PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, parte 2.^a, 5.^a ed., Firenze, 1921, p. 502.

(95) LAURENT: *Principes de Droit civil français*, t. XXVIII, 3.^a ed., Bruselas-Paris, 1878, pp. 242 y ss. POTHIER: *Tratado de las obligaciones*, 1.^a parte, Barcelona, 1839. MERLIN, *op. cit.*, pp. 766 y ss.

En el fondo, la acción de reembolso se está identificando con las teorías tradicionales que concedían al fiador una acción basada en la relación de mandato o de gestión de negocios ajenos. Además, se consagran los criterios de Pothier, de que el pago debía hacerse con el conocimiento y beneplácito del deudor.

Por ello, no resulta extraño encontrar que incluso en la actualidad algún autor justifique las medidas proteccionistas del fiador como una reminiscencia de la gestión de negocios ajenos (96), pues, en opinión de algunos autores, este concepto deriva de la noción clásica de regreso (97). Hoy en día, como puso de relieve Amorth (98), este criterio ha quedado superado, puesto que aquél se entendía que derivaba de la noción proveniente del Derecho Romano que vinculaba estrechamente fianza y solidaridad, confiriéndole una sistemática propia derivada de la noción clásica de regreso.

En el sentido apuntado, Escriche (99) la define como: «Derecho o acción de volver a obtener y poder repetir lo que se había enajenado o cedido por cualquier título; la acción que entre parientes se tiene para volver a obtener la posesión de lo que se había enajenado; y el derecho de volver a entrar en posesión del beneficio que se había resignado o permutado, por haberse faltado a las condiciones estipuladas, o por muestra de aquel en cuyo favor se había hecho la cesión.»

Otros autores entendieron que el regreso se atribuía, según la persona a quien se trataba de satisfacer en su interés. Sería únicamente aplicable si el fiador se había constituido garante en interés del deudor y no del acreedor (100).

La noción de regreso es uno de los términos preferidos por los autores en el ámbito del Derecho comparado para referirse a esta acción terminológica que conscientemente ha sido sustraída del marco estricto del Derecho cambiario. En este sentido se muestran suficientemente expresivos Amorth y Messineo.

El primero de estos autores arroga por darle el concepto de regreso una delimitación desvinculada totalmente de las reminiscencias del Derecho Romano. Por ello mismo, partiendo conscientemente de la etimología del término, que viene del latín *regredior*, asimila su significado a la terminología empleada en el Derecho cambiario, porque fundamentalmente ésta implica la idea de retroacción (101).

(96) PACCHIONI, P.: *Della gestione per mandati d'altrui*, «Riv. Dir. Comm.», 1929-1.º, pp. 234-241. GIORDANO: *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1705 C.c.*, en «Riv. Dir. Comm.», 1953-1.º, pp. 93-110.

(97) RAVAZZONI: *Novissimo Digesto italiano*, voz «Regresso», pp. 356 y ss. NINA: *Il Digesto italiano*, voz «Regresso», p. 966. Esta teoría podría considerarse un exponente de la teoría clásica.

(98) AMORTH: *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nella obbligazione solidale*, en «Riv. di Diritto e Procedura Civile», 1958, pp. 134 y ss.

(99) ESCRICHE, *op. cit.*, p. 895.

(100) DURANTON: *Cours de Droit civil, suivant le Code français, avec des sommaires*, t. XVIII, Manheim, 1841, n. 351. AUBRY et RAU, *op. cit.*, p. 629. PONT, *op. cit.*, t. IX, pp. 241 y ss. PACIFICI-MAZZONI, E., *op. cit.*, p. 508.

(101) AMORTH, *op. cit.*, p. 144.

Messineo (102) entiende por derecho de regreso «la posibilidad por la que el peso del cumplimiento debe recaer, en virtud de la Ley, en todo o en parte sobre persona distinta de la que ha cumplido», y el mismo autor especifica que el propio ordenamiento utiliza indiscriminadamente este concepto en supuestos específicos como, por ejemplo, el Derecho cambiario, si bien reconoce que todavía lo más frecuente es que los cuerpos legales civiles mencionen el derecho de reembolso.

Concretando: con el término regreso estamos refiriéndonos a la acción que legitima a reclamar la cantidad que se desembolsó para hacer frente al débito, lo que puede suponer, y de ahí la importancia del análisis del contenido del artículo 1.838, que dicho artículo resulte una síntesis de la estricta acción de regreso, a la que se añadiría la de reembolso por aquellos gastos, daños y perjuicios que no pudieran ser exigidos por el regreso estricto (103).

El derecho no competará al fiador en los casos en que éste no hubiera notificado el pago al deudor, produciendo con su conducta omisiva la repetición del mismo por el deudor o impidiendo que el deudor pueda interponer alguna excepción (104).

2. Antecedentes legislativos

El artículo 1.752 del Proyecto de 1851 regulaba el derecho de reembolso correspondiente al fiador que pagaba en lugar del deudor principal. Artículo que no modificó su redacción en el Anteproyecto de 1882 (105) y que se consagró definitivamente en el artículo 1.838 del Código civil (106).

(102) MESSINEO: *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 8.ª ed., v. II, 2.ª parte, Milán, 1952, p. 369.

(103) FRAGALI, M.: *Commentario a cura di Scialoja-Branca*, «Della fideiussione», arts. 1.949-1.952, Bologna, 1944, pp. 357 y ss.

(104) PACIFICI-MAZZONI, *op. cit.*, p. 509. MIRABELLI: *Contratti varii (Il deposito e il sequestro. Il pegno)*, 2.ª ed., Nápoles-Turín, 1915, p. 556.

(105) Proyecto de 1851, art. 1.752: «El fiador que ha pagado por el deudor debe ser indemnizado por éste.

La indemnización comprende:

1.º La cantidad principal de la deuda.

2.º Los intereses que ella alude que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjere para el acreedor.

3.º Los gastos ocasionados al fiador después de haber puesto en conocimiento del deudor que se le requería de pago.

4.º Los daños y perjuicios cuando procedan.

La disposición de este artículo tiene lugar aun cuando se haya dado la fianza ignorándolo el deudor».

Art. 18 del Anteproyecto del Código civil español 1882-1888: «El fiador que ha pagado por el deudor debe ser indemnizado por éste.

En el Proyecto de 1836 la redacción era completamente distinta, pudiéndose decir que correspondía en su integridad a las mismas pre-ocupaciones del Derecho Romano y de los codificadores franceses (107),

La indemnización comprende:

- 1.º La cantidad total de la deuda.
- 2.º Los intereses de élla desde que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjere para el acreedor.
- 3.º Los gastos ocasionados al fiador después de poner en conocimiento del deudor que le requiere para el pago.
- 4.º Los daños y perjuicios cuando procedan.

La disposición de este artículo tiene lugar aun cuando la fianza se haya dado ignorándolo el deudor».

PENA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, «Centenario de la Ley del Notariado», secc. IV, vol. I, Madrid, 1965, pp. 700 y 701.

(106) Este artículo encuentra sus precedentes en el párrafo 6.º, título 21, libro 3, Instituciones y Ley 12, título 12, partida 5.

(107) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III-IV, Barcelona, 1973, p. 157: «Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium».

«Mandando un ome a otro entrar fiador por él, o entrando el otro fiador por el de su voluntad, delante aquel a quien fia sin su mandato, e non lo contradiziendo, o entrando fiador por él, a otra parte sin su sabiduría e sin su mandato, e quando lo sabe, consiente en lo que el otro fizo e le place: o si entra fiador otrosí por él, sin su mandato, sobre cosa que otro deve dar, o fazer, a que sea a su prol, maguer non lo consienta: en cualquier destas maneras que entrasse fiador un ome por otro, valdría la fiadura. E quando pagare el fiador por aquel a quien fia, tenuto es el otro de felo dar e fazer cobrar. Fuera ende en tres casos. El primero es, si el que entra fiador paga el debdo, o lo faze con entención de le dar por el otro aquello que fia, o de lo pagar por el para nunca felo demandar. El segundo es, si la fiadura es fecha por pro de si mismo, de aquel que entra fiador. E el tercero es, si quando entra fiador, lo fizo contra defendimento de aquel a quien fió. Como si se dixesse, non vos ruego que entres fiador por mi, ante vos lo defiendo, o diciendo otras palabras semejantes a éstas.»

La regulación de la fianza en las Partidas se acomoda a la misma orientación que siguieron posteriormente las legislaciones francesa e italiana. Cfr. varias resoluciones de ANTONIO GÓMEZ, cap. XII, *De los fiadores*, pp. 135 y 137; Colección de Códigos y Leyes de España, por ALBERTO AGUILERA Y VELASCO, 1.ª Sección de *Códigos antiguos*, t. III, Madrid, 1866; *Quinta Partida*, pp. 438 y ss.; *Fuero Real*, libro II, título XVIII, Colección de Códigos y Leyes de España, 1.ª Sección; *Códigos antiguos*, t. I, Madrid, 1865, pp. 247 y ss.; *Índice de las Leyes y Glosas de las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, por el licenciado Gregorio López de Tovar, t. III y II, Madrid, 1789: *Partidas III y IV y V*, glosadas por el licenciado Gregorio López, Ley XI (p. 820): «Pagando alguno de los fiadores todo el debdo en su nome, puede demandar a aquel a quien faze la paga, que le otorgue el poder que avia para demandar el debdo, contra los fiadores que fueron sus compañeros en aquella fiadura, e otrosí el que avia contra el debdo principal y Ley XII» (p. 821).

Art. 1.822 correspondiente al Proyecto de 1836: «El deudor principal está obligado a satisfacer al fiador todo lo que éste pagare por él en razón de dicha fianza, y además los gastos judiciales y extrajudiciales que de la misma se le originen.»

Art. 1.823: «Esta obligación del deudor tendrá lugar no sólo cuando la fianza se haya hecho a ruego o mandato suyo, sino también en el caso de haberla otorgado el fiador sin noticia del deudor, siempre que éste haya recibido la utilidad de la fianza, o que después de saberlo la haya consentido y aprobado.»

con la particularidad de que si aquél se refería a «la cantidad principal de la deuda» (108) el artículo actual comprende «la cantidad total» y los intereses legales, desde el momento que se comuniqué el pago al deudor, mientras que en el Proyecto de 1851 sólo eran exigibles los intereses de la cantidad principal.

La similitud de estos dos artículos con los del Código civil francés induce a establecer el paralelismo existente entre ambos ordenamientos; sin embargo, es objetable que, sin seguir una sistemática, al menos aparente, el legislador recogiera, en primer lugar, los efectos que la voluntad produce el pago del fiador, proponiendo seguidamente las excepciones a que tiene derecho antes de efectuar el pago. Como puso de relieve Scaevola (109), lo normal hubiera sido que en primer lugar se trataran los comportamientos que se computaban conformes a derecho antes del pago, pasando posteriormente a las consecuencias que éste produce, una vez efectuado, aunque también era partidario de la inaplicación de dicho artículo si la fianza se constituyó contra la voluntad del deudor.

El planteamiento sistemático de este artículo lo desarrollaron los comentaristas del Código civil en el estudio dedicado al pago generado por un tercero, distinguiendo, en dicho análisis, los distintos supuestos en que un tercero puede realizar el pago, fundamentalmente motivado por la redacción del último inciso del artículo 1.838. Inciso cuya ubicación quizá hubiera sido más acertada situarla en el primer párrafo, pues es el determinante de que la doctrina haya argüido los más diversos argumentos versados en las tres situaciones típicas reguladas en los artículos 1.158 y 1.159. Se distinguen, consiguientemente, las situaciones en que hayan mediado interés por parte del tercero en el cumplimiento de la obligación; conocimiento y aprobación del deudor o ignorancia de este último respecto al pago.

Art. 1.824: «La obligación de satisfacer al deudor el fiador según lo prescrito en los dos casos anteriores no tendrá lugar en los siguientes casos:

- 1.º Si el fiador hubiere manifestado, ante dos o más testigos idóneos, que pagaba con intención de no pedir jamás al deudor lo pagado.
- 2.º Si hubiere hecho el fiador la fianza por su propia utilidad.
- 3.º Si demandado el fiador no opusiere las excepciones legítimas con que pudiere destruirse la acción del acreedor.»

Art. 1.825: «En las excepciones de que se trata en el artículo anterior, no se comprenden las que son meramente personales del deudor o del fiador. Sin embargo, éste será responsable al pago de la deuda, si demandado en razón de ella no diere, pudiendo, aviso al deudor para que oponga a tiempo su excepción personal.»

Art. 1.826: «Si el fiador hubiere pagado una deuda a plazo, antes de llegar ésta, no podrá exigir el reembolso del deudor hasta que se verifique el cumplimiento de dicho plazo.»

LISSO GAITÉ, F. F.: *Crónica de la Codificación española*, Codificación civil (Génesis e historia del Código), vol. II, Madrid, 1970, p. 270.

(108) MUCIUS SCAEVOLA, t. XVIII. pp. 613 y ss.

(109) MUCIUS SCAEVOLA, ult. *op. cit.*, pp. 617 y ss.

Dos situaciones adoptan especial importancia en el estudio de la fianza por su confrontación con la regulación del pago en general.

Se crea una situación especial si el pago lo realiza un tercero contra la expresa voluntad del deudor. En dicho supuesto únicamente se reconocerá al tercero el derecho a interponer una acción de repetición consistente en la cantidad que haya resultado útil al deudor (110). Ello es resultado de una fuerte corriente doctrinal asentada desde los comienzos de la Codificación, principalmente francesa, que entiende que dicho artículo está expresamente dedicado al pago del fiador con conocimiento del deudor (111).

No obstante, de la redacción del último párrafo del artículo 1.838 se desprende el criterio de que es un beneficio que se concede en todo caso el fiador sin importar el conocimiento o la voluntad del deudor.

Este último inciso suscita otra duda: la ignorancia del deudor en el pago es coadyuvante únicamente para que el tercero no pueda compelel al acreedor a la subrogación, pero no es óbice para asignar al pagador una acción más restringida que la genérica de reembolso, como sucedería en los pagos realizados con desaprobación expresa del deudor.

La ubicación de dicho inciso, puesto que su regulación está referida a la subrogación, sería más precisa si se recogiera en el artículo siguiente. De la forma propuesta, el artículo 1.839 tendría perfecta coherencia, añadiendo al final de su párrafo primero: «...aun contando con la ignorancia del deudor» (112).

Si el artículo 1.838 en su último párrafo acepta dicho sentido y, en consecuencia, es posible atribuirle dicha interpretación, tendremos que la propia estructura del artículo 1.838 está confiriendo al fiador la acción de repetición por aquella cantidad que pagó, que de no haberse pactado expresamente, es la que previene el artículo 1.827 para la fianza simple, a la que se adicionaría la reclamación por los daños y perjuicios cuando procedan.

También podría encontrarse la justificación última de este precepto en los resquicios históricos que entendían que al fiador le correspondía únicamente una acción de enriquecimiento injusto, ya que en caso contrario el único beneficiado resultaría el deudor (113).

(110) DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, t. I, p. 589. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 68.

(111) PONT, *op. cit.*, p. 119. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 211; en contra, BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *op. cit.*, p. 568.

(112) HERNÁNDEZ MORENO, *op. cit.*, p. 237, justificando sus argumentaciones en los antecedentes históricos, fundamentalmente en el Proyecto de 1853, propone una nueva interpretación del art. 1.159, cuyo texto vendría a estar íntimamente vinculado al art. 1.210-2.º, en el que tendría especial relevancia «pagar en nombre propio».

(113) VON THUR, A.: *Tratado de las obligaciones*, trad. del alemán por W. Rocés, t. II, 1.ª ed., Madrid, 1934, pp. 27 y ss.

Para la doctrina hoy en día es inadmisibile, por las razones que manifestamos en un apartado posterior, y por la propia redacción del artículo 1.838, de la que parece desprenderse que el derecho de indemnización corresponderá siempre al fiador sin importar aquellas circunstancias que puedan incidir en el momento del pago en el ánimo del deudor.

El propio tenor «...tiene lugar aunque...» (114) parece indicativo de que no se podrá alegar ninguna excepción al pago siempre que haya pagado en tiempo y forma, cumplimentando los requisitos de notificación al deudor (115).

De todo lo expuesto se constata la estrecha vinculación de los conceptos tradicionales con un deseo de los juristas de romper los moldes y establecer criterios progresivos. Porque no podemos olvidar que el marco de la fianza se constituye sin tener en cuenta que ésta se establece sin contar ni con el beneplácito ni con la aquiescencia del deudor. Pero, al mismo tiempo, la tipología de la fianza, o mejor, su estructura, no ha prescindido de las remisiones continuas a la teoría del pago en general. Por ello mismo se incluye un precepto como el inciso último del artículo 1.838, en el que aparece la remisión a la ignorancia del deudor. Este inciso puede interpretarse de dos formas: o que el precepto está incluyendo la ignorancia en el sentido de que la acción de reembolso se da en todo supuesto, o contrapone, por exclusión, los casos de ignorancia de aquellos otros que se pueden realizar con la desaprobación del deudor.

En dicho supuesto, ¿qué valor tiene la desaprobación del pago del fiador por parte del deudor? Es válido interpretar que la desaprobación del deudor a la estipulación previa de fianza carece de importancia y que, por el contrario, su voluntad es operante en la medida en que incide en las acciones de las que el fiador puede beneficiarse.

Los autores clásicos —entre ellos, Merlin— entienden que la desaprobación expresa del deudor es impedimento para que el fiador pueda reclamar la acción de reembolso. Ya contaba este autor con la creencia de que el fiador debe pagar con el conocimiento del deudor (116). Se trata, aduce Pont, dando forma a las palabras de Mar-

(114) CAMPOGRANDE, V.: *Il Digesto italiano*, voz «Fideiussione», vol. XI, pp. 181 y ss.

MICCIO: *Dei singoli contratti e altre fonti delle obbligazioni*, «Commentario del Codice civile», libro IV, t. 4, 1966, p. 543. BO: *Nuovo Digesto italiano*, voz «Fideiussione», p. 1.119. FRAGALI: *Commentario di Scialoja-Branca*, «Della fideiussione...», cit., p. 369.

(115) En contra de dicha opinión, REDENTI: *Dizionario pratico del Diritto privato*, VIII, voz «Fideiussione», p. 137.

(116) MERLIN, *op. cit.*, p. 767. Criterio que, entre otros, suscribe GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pp. 157-158, apoyándose en el D.R. y en las Partidas, L. 4, tít. 1, libro 45 del Digesto y 12, título 12 de la Partida: El fiador que pagó, progibiéndolo el deudor, no tenía acción alguna para reclamar lo pagado. En contra de dicho criterio,

cadé (117), que desde el momento en que el fiador paga, en contra de la voluntad del deudor, nace un cuasi-contrato de gestión de negocios ajenos, con lo que el fiador podrá ampararse en la acción de reclamación de la cantidad empeñada (118).

Pont se muestra reacio a aceptar que al fiador no le compete ninguna acción ni es favorable a la tesis de aquellos que atribuyen al fiador una «actio in rem verso», entendiéndolo, como afirman algunos autores, que la actuación del fiador ha sido un acto de liberalidad (119).

La pretensión de los autores clásicos siempre fue justificar la existencia de un vínculo jurídico, ya fuera mandato o gestión de negocios ajenos, al mismo tiempo que se aprovecha para rechazar la opinión de los autores que atribuyen la «actio in rem verso», porque, aunque pueda aducirse que no se protege al que realice el desembolso patrimonial, también atenta a la equidad, puesto que uno de los principios que también hay que tomar en cuenta es que no hay que involucrarse en los negocios de otro en contra de su voluntad (120). Posibilidad que también justificaron los autores recurriendo a la figura de la donación, puesto que ésta requiere expresa manifestación de voluntad de aceptar por parte del donatario (121).

Por ello, los autores reconducen la posición del fiador que pagó contra la expresa voluntad del deudor, no en dejarle desposeído de todo recurso jurídico, sino en conferirle exclusivamente la acción de subrogación (122), porque, en efecto, la subrogación no distingue situaciones especiales, por lo que siempre que se efectúa un pago la consecuencia inmediata es la subrogación.

El único supuesto en que no cabe recurso alguno, estiman algunos autores, es cuando el fiador paga en su propio interés y, además, en contra de la voluntad expresa del deudor. Supuesto al que hay que asemejar si el fiador se comprometió con la intención de que su pago fuese correlativo a una manifestación de voluntad por su parte (123).

que establece el principio de que nadie debe enriquecerse a costa de otro, Manresa, *op. cit.*, p. 295.

(117) MARCADÉ: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la Jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 5.^a ed., t. IV, París, 1852, art. 1.365.

(118) PONT, *op. cit.*, p. 126.

(119) TOULLIER: *Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 5.^a ed., París, 1830-1834, t. XI, núms. 55 y 63. ZACHARIAE, C. S.: *Cours de Droit Civil français*, t. III, Bruselas, 1850, p. 182.

(120) LAURENT, *op. cit.*, p. 247.

(121) AUBRY y RAU, *op. cit.*, t. IV, pp. 686 y 690. ZACHARIAE, *op. cit.*, t. II, p. 79.

(122) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *op. cit.*, p. 502.

(123) PONT, *op. cit.*, t. II, n. 245. GUILLOUARD, *op. cit.*, n. 176.

3. Contenido de la acción de regreso en la fianza simple

Como premisa hay que centrar la naturaleza de la acción que legitima a reclamar el contenido previsto en el artículo 1.838.

Los autores han empleado la denominación imprecisa de acción de reembolso, indemnización o de regreso.

No se puede negar que la atribución conferida en el artículo 1.838 pretende fundamentalmente resarcir al fiador por la cantidad desembolsada.

Sin embargo, el examen de los contenidos que dicho precepto condiciona desborda el ámbito específico, tanto de una acción típica de regreso como de repetición por el pago efectuado. En efecto, el precepto incluye conceptos como los de gastos surgidos después del requerimiento de pago al fiador o derecho a reclamar los daños y los perjuicios ocasionados con motivo de la fianza, que hacen que esta acción difiera del contenido típico de una mera acción de reclamación por la cantidad efectuada; puede decirse que el artículo 1.838 está englobando dos acciones: la genérica de reembolso, a la que se añade la legitimación para ejercitar una acción de reclamación de los daños y perjuicios surgidos, a los que cabría sumar los gastos ocasionados al fiador por el incumplimiento del deudor principal, pero que bajo ningún concepto podrían pasar a integrar el crédito debido al acreedor. Estas cantidades tienen su causa en la propia relación de fianza y, por tanto, son cantidades que nacen «ex novo». No sucede lo mismo con la cantidad principal, pues en ésta el fiador sucede al acreedor situándose en la misma posición que originariamente tenía el acreedor, aunque el crédito ya existía en la relación originaria.

Por regreso entendemos, desprendiéndonos de las raíces históricas que enclavan el mismo dentro de la solidaridad (124), la acción que, según se desprende de su propia etimología, aludida en páginas anteriores, legitima al sujeto que ha pagado a proceder en sentido inverso a cómo se realizó el pago.

Se constata que la redacción del artículo 1.838 en nuestro Derecho se limita a recoger los antecedentes históricos inspirados, a su vez, en el Código civil francés. La dificultad de interpretación de la génesis del precepto no fue más allá de la que hubiera podido promover la acción derivada del mandato o de la gestión de negocios ajenos.

García Goyena, sin ir más lejos, no se detiene en comentar estos artículos. Se limita a compararlo con la subrogación y a entender

(124) Criterio defendido, aun en la actualidad, por autores como RAVAZZONI: *La Fideiussione*, 2.ª ed., Milán, 1973, p. 219.

que esta acción es más amplia que la subrogación en cuanto abarca incluso el total de los intereses de las cantidades anticipadas (125).

El párrafo segundo se entiende referido al interés legal, excepto si se hubiera pactado un interés convencional.

Las cuestiones conflictivas de este artículo se pueden concretar en el alcance exacto de los conceptos que comprende.

No es un planteamiento meramente hipotético. Precisamente, la asimilación de los dos primeros conceptos facilita la argumentación de que el contenido de la acción de subrogación puede concordar con el contenido expreso de lo que genéricamente se entiende por regreso.

Como relación al fiador, todo lo debe pagar es deuda principal. Es únicamente mirando al deudor que se distingue entre capital e intereses (126). Concurren los autores en que previamente a la reclamación de los intereses el deudor debe haber incurrido en mora.

También la indemnización correspondiente al derecho del fiador puede saldarse, no admitiendo que se limite al reintegro de la deuda subsidiariamente satisfecha por el deudor, sino que además ha de comprender todos los gastos hechos por él mismo, aumentando la cantidad última, si se hubieran ocasionado daños y perjuicios, «pues al subrogarse en el lugar del deudor para el pago cumple con una obligación ajena, emanada de un contrato celebrado en exclusivo beneficio del deudor, sin mediar una retribución que le compense de lo que hubiera podido producirle el capital...» (127). Destacan los autores clásicos cómo el cómputo de los intereses es una mera aplicación del artículo 1.108.

Los prolegómenos de la Codificación francesa se caracterizaron por establecer paralelismos entre la acción de reembolso y la de gestión de negocios ajenos, aunque Chabot hizo constar expresamente en su informe al tribunal (128) la falta de fundamento de esta afirmación.

Como premisa hay que decir que Chabot partía de que la fianza era una institución de beneficencia, de lo que deducía que la pretensión del fiador era, ante todo, liberar al deudor de su obligación. De ahí que entendiera que el fiador se debía conformar con resarcirse de la cantidad desembolsada.

(125) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 157.

(126) LAURENT, *op. cit.*, p. 244.

(127) MANRESA: *Comentarios...*, *op. cit.*, t. XII, pp. 291 y 292.

(128) CHABOT: *Rapport* n. 19 en Fenet, *op. cit.*, t. XV, pp. 46 y ss. PONT, *op. cit.*, t. II, p. 119.

El valor que dieron los autores franceses al artículo 2.038 francés fue el de una acción meramente indemnizatoria (129). Otros autores limitaron el contenido de esta acción a los supuestos en que la deuda se pagase en papel moneda (130).

Respecto a los intereses, el mayor problema que se suscitó fue llegar a un criterio interpretativo del momento en que comienzan a deberse los intereses al fiador.

La referencia de tratamiento jurídico entre la gestión de negocios ajenos y el mandato constata su estado latente, puesto que la normativa al respecto estima que debe contarse desde el momento en que se produzca la demanda judicial.

La divergencia de esta norma respecto al Derecho común se justifica, sobre todo, en que el fiador efectúa el pago en virtud de un mandato. Piensan los comentaristas del Código civil francés que a este supuesto se deberían aplicar las normas que regulan el contrato de mandato y en particular el artículo 2.001, según «l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandat, à dater du jour des avances constatées». Inmediatamente surge el mismo criterio para regir la gestión de negocios ajenos.

La cuestión suscitó polémicas. Hubo autores que se mostraron contrarios a que el gestor pudiera beneficiarse de la norma contenida en el artículo 2.002 del Código civil francés.

Al decir este artículo que el fiador tiene derecho a los intereses, la Ley incluye también los de los pagos anticipados (131). Chabot, en su informe a la Cámara Legislativa, confirma esta interpretación, alegando que la finalidad del legislador era que el deudor indemnizara en su integridad al fiador, aunque se hubiera producido con el desconocimiento del deudor (132),

Respecto a los gastos, al igual que toda la doctrina, Wahl entiende que el concepto comprende en su generalidad los ocasionados en primer lugar, por culpa del deudor que el fiador estuviera obligado a pagar. Sin embargo, introduce una matización en el artículo 2.028-2.º párrafo, formulado de manera defectuosa, debiendo interpretarse que

(129) LAURENT, *op. cit.*, p. 224.

(130) PONSOT: *Du cautionnement*, p. 263, n. 234. CAMPOGRANDE, V., *op. cit.*, p. 442, exige como único requisito que se realice el pago de forma que el deudor no le pueda interponer alguna excepción. En el mismo sentido, SÁNCHEZ MEDAL: *De los contratos civiles*, México, 1976, p. 405. BRUGI, B.: *Instituciones de Derecho civil*, México, 1964, p. 376. FUZIER-HERMAN: *Code civil annoté*, t. VI, arts. 1.708 a 2.091 París, 1949, p. 811, n. 2. AUBRY y RAU, *op. cit.*, t. 6, parágrafo 427. PLANIOL y RIPERT: *Traité élémentaire de Droit civil*, tomos XI y II, París, 1917, n. 1.540 y 1.541.

(131) FENET, *op. cit.*, t. XV, p. 56.

(132) PONT: *Commentaire-traité...*, t. II, París, 1867, p. 121. LAURENT, *op. cit.*, p. 245.

en lugar de «néanmoins, la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle» debería leerse «n'a de recours pour les frais par elle faits que depuis qu'elle a dénoncé...» (133).

Esta matización es importante. El artículo parece decir que el fiador carece de acciones para reclamar los gastos efectuados por el acreedor contra el deudor principal.

Es un error que incurre además en contradicción con el artículo 2.016 (134). Confrontado con el artículo 2.028 del Código civil, resultaría que la aplicación de este artículo perjudicaría al fiador, puesto que así no tendrá derecho a los gastos que está obligado a pagar y a ser reembolsado, según el artículo 2.016.

Delvincourt, seguido de la mayoría de autores, subraya que hay una negligencia en la redacción de dicha disposición. En lugar de decir el fiador sólo tiene acciones para reclamar los gastos producidos desde los requerimientos, es necesario añadir que el fiador carece de acciones por los gastos ocasionados posteriormente (135).

La última cuestión que plantea el artículo 2.028 del Código civil francés es si el fiador puede resarcirse por los daños y perjuicios ocasionados.

La redacción del artículo no dio lugar a pensar que se trataba de perjuicios causados por la demora en el pago que repercutirían sobre los intereses que acompañaban a la obligación principal. Hay que entender que se trata de perjuicios ocasionados al fiador en su actuación como garante.

Este principio se corresponde con el genérico de que cuando se produce un daño hay que repararlo.

Los autores franceses estudiaron este artículo vinculándolo al artículo 1.153 (136), que prevé los casos en que los intereses generales no sean suficientes para indemnizar al fiador de los daños que se le hayan ocasionado y al artículo 1.155 que prohíbe el anatocismo. De ahí la consideración de que también hay que tomar en cuenta el plazo de prescripción, que es de cinco años (137). En aplicación del artículo

(133) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, *op. cit.*, p. 570. En el mismo sentido, ZACHARIE, *op. cit.*, p. 79.

(134) Art. 2.016 del Código civil francés: «Le cautionnement indéfini d'une obligation principale d'étend à tous-le, accessoires de la dette, même au frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.»

(135) PONT, *op. cit.*, t. II, p. 123, n. 239 y 240.

(136) Art. 1.153-1.º del Código civil francés: «Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.»

(137) Art. 1.155: «Néanmoins les revenus échus, telles que fermages, loyers, asiéras de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention.»

lo 1.153, el 2.028 del Código francés concede especial derecho al fiador. En primer lugar, por las cantidades incrementadas con los intereses pagados en concepto de pago anticipado más la posibilidad de que el fiador pueda ejercitar una acción por daños y perjuicios, como consecuencia del pago, a la vez que se consideraría un motivo diferente de indemnización (138).

Por la necesidad que apuntábamos al principio, establecen un régimen de asimilación en el contenido de los artículos objeto de nuestro estudio. Manresa seguía este criterio interpretativo, considerando que el beneficio de subrogación es el medio de llevar a efecto el derecho de indemnización del artículo 1.838, excepto en los tres casos siguientes (139):

- 1.º Si el fiador hubiera pagado con intención de no repetir contra el deudor por una donación o un perdón respecto al fiado.
- 2.º Si la fianza se constituyó en beneficio del fiador.
- 3.º Si el fiador se erigió como tal contra la voluntad del obligado principal.

No obstante, como afirma Barbero (140), la doctrina fue muy propicia a diferenciar las consecuencias jurídicas, basándose en el comportamiento del tercero pagador y en el conocimiento y actitud del deudor ante un traspaso de responsabilidades. Al hablar de la fianza es ocioso diferenciar el nivel de conocimiento que tenga el deudor, siendo ésta una de las características más importantes que la apartan de la normativa general del pago realizado por tercero y del pago con subrogación. Uno de estos efectos diferenciadores es que el obligado subsidiario tendrá siempre derecho a la indemnización de los gastos que acompañen al pago de la cantidad inicial, al mismo tiempo que se ha de tener presente el efecto automático de la subrogación en los derechos del acreedor.

Con el derecho de regreso, resultante del contrato de mandato o gestión de negocios ajenos, el fiador podrá repercutir sobre el deudor, no sólo lo que consiguió por el ejercicio de la subrogación legal,

La même règle s'applique aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers aux créanciers en acquit du débiteur.»

Artículo 2.277: «...prescrivent par cinq ans les actions en paiement:

...Des intérêts de sommes prêtées, et généralement de tout ce qui est payable...»

PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, 7.ª ed., París, 1917, pp. 731 y 732, que comparte el criterio expuesto.

(138) LAURENT, *op. cit.*, p. 247, n. 1.

(139) MANRESA, *op. cit.*, t. XII, p. 300.

(140) BARBERO, D.: *Sistema de Derecho Privado*, t. IV, Contratos, Buenos Aires, 1967, p. 526.

sino también los intereses de la cantidad abonada desde el día que se comunicó al deudor que se había liquidado la deuda (141).

La combinación de la legitimación a que estos preceptos dan derecho, induce obviamente al planteamiento confrontado de las dos acciones.

También el Código civil italiano, al igual que el español, justifica la referencia a los daños sufridos por la disminución del patrimonio, encontrando su apoyo en el artículo 1.227 del Código civil italiano (142).

El legislador italiano siguió el ejemplo del francés en cuanto a los principios necesarios para que se produjera el regreso, estableciendo, de manera similar a la normativa francesa, una excepción a que el fiador pudiera proceder a recuperar la cantidad destinada al pago. Si el fiador paga una cantidad superior a la que debía el deudor, no podrá reclamar el excedente por vía de regreso (143), pero sí en virtud de los gastos derivados de la fianza que protege el artículo correlativo a nuestro 1.838.

VII. ESTUDIO DE LA DUALIDAD DE ACCIONES

Al carácter automático que se confiere a la subrogación «ope legis» en la relación de fianza sólo es posible atribuirle el carácter de derecho potestativo con la consiguiente posibilidad de renuncia del fiador.

Desde el momento en que éste paga, el ordenamiento jurídico le confiere dos acciones. Estos remedios, o mejor, mecanismos jurídicos tienen la finalidad de resarcir al fiador de la cantidad desembolsada en el cumplimiento de la obligación que contrajo.

El fiador, sin embargo, se encuentra ante dos opciones que requieren un tratamiento sistemático, pues la formulación simultánea o sucesiva de ambas cuestiona a priori el interrogante de si los artículos 1.838 y 1.839 presentan el juego alternativo o simultáneo de dos acciones; es decir, si hay un reconocimiento explícito en la Ley de dualidad de remedios jurídicos o, por el contrario, son formulaciones desde puntos de vista diversos de la misma acción; esto es, ¿se reconoce la existencia de una acción que precisa en su fase de ejecución de la existencia de la otra?, o, simplemente, ¿se trata de acciones que están respondiendo a dos aspectos distintos de una misma relación?

(141) CORSI, *op. cit.*, p. 120.

(142) «I danni sono in genere dovuti al creditore per la perdita sofferta e pel quodogno di cui gli fu privato.»

(143) CORSI, *op. cit.*, p. 65.

Pero aun ofertando estas posibilidades no hay duda del reconocimiento explícito de esta doble atribución de acciones, que responden a unas connotaciones, no sólo de origen histórico, sino en último extremo a alguna finalidad del legislador despojada de los antecedentes históricos.

Aun a pesar del progreso de los juristas, principalmente italianos, por mantener posturas desmembradas de su origen histórico, lo cierto es que la estructura de los artículos 1.838 y 1.839 pensamos que responde al esquema típico de la relación externa de solidaridad (144). Basta para ello desdoblar las relaciones del acreedor con el fiador de una parte, y de otra, la derivada del nexo fiador-deudor.

De la primera de ellas surgirá el beneficio de subrogación, y de la segunda, una mera acción de indemnización.

Como se desprende de la órbita, tanto de su contenido como de la actuación de cada una de ellas, la finalidad económica a la que responden es idéntica: el resarcimiento de lo desembolsado, aunque sin embargo, la respuesta y, consiguientemente, los efectos jurídicos son diferentes (145).

También se constata que estos dos artículos son reflejo de la tradición histórica que se aportó en la Codificación. Así pues, se distinguen ámbitos distintos según los sujetos intervinientes en la obligación. A este respecto, la relación se desdoblaría en la surgida entre acreedor-fiador de la que derivaría la relación de subrogación, y de otro, la nacida entre fiador-deudor que se correspondería con lo que originariamente fue la acción de gestión de negocios ajenos o de mandato que se consagró en el artículo 1.838.

El contenido de ambas acciones ya quedó determinado en páginas anteriores. Incluso puede decirse que en ocasiones es concurrente. ¿Permite esta afirmación llegar a la conclusión de que en las circunstancias en que estos eventos concurren se fusionan ambas acciones?, o lo que es lo mismo, ¿hay que presuponer que el ejercicio de una acción entraña el de la otra?

La cuestión fundamental para clarificar la posible confusión que se puede suscitar, pensamos que gira sobre el carácter que se confiere a la subrogación.

(144) RAVAZZONI, A.: *La fideiussione*, 2.^a ed., Milán, 1973, p. 219.

(145) MESSINEO: *Manuale di Diritto...*, *op. cit.*, p. 371.

1. Carácter automático de la acción de subrogación

El cambio operado en los antecedentes históricos permite llegar a la conclusión de que el artículo 1.210-3.º establece una presunción «iuris tantum». Sin embargo, el supuesto del artículo 1.839 es una atribución que la Ley confiere de manera directa y automática al fiador.

La redacción de este artículo nos sugiere dos planteamientos:

En primer lugar, destacar que no puede contemplarse de la misma manera, al menos doctrinalmente, los supuestos del artículo 1.210-3.º (146), con el del artículo 1.839, quizá porque la matización que haga el legislador venga a indicar que el beneficio que se arroga al fiador es inherente a la relación misma de fianza. De forma tal, que cuando el fiador se comprometa a pagar por otro, conoce de antemano que su prestación se verá garantizada por la atribución de la acción de subrogación.

En segundo lugar, la subrogación la atribuye la Ley a todo fiador por el hecho mismo del pago. Desde esta posición es factible afirmar que el fiador se subroga en la posición originaria del acreedor para proceder posteriormente a ejercitar su correspondiente derecho de reembolso (147). Ahora bien, el campo en el que se configura la fianza es el campo del Derecho dispositivo (148), por lo que, si bien la Ley

(146) El interesado, que apoya su derecho en el art. 1.210-3.º, goza de las presunciones legales condicionadas a la adquisición del crédito, que podrá oponer de manera automática, aunque su ejercicio quede supeditado a la aceptación del interesado. BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, Milán, 1953, p. 64.

(147) Para algunos autores, el derecho que nace al reembolso por parte del fiador tras haber pagado constituye un elemento típico de la estructura de la relación de fianza. RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1931, p. 111. RAVAZZONI, A.: *Novissimo Digesto italiano*, t. VII, voz «Fideiussione» (Diritto civile), p. 290.

(148) Aunque la doctrina no es pacífica en este punto, la aparición de nuevos tipos normativos, que alteran sustancialmente los presentes en los Códigos, nos induce a hacer algunas breves referencias a ciertas figuras normadas como los seguros de afianzamiento que un amplio sector de la doctrina, siguiendo la italiana recogida por FONT GALÁN, G.: *Natura e disciplina giuridica delle polizze fideiussorie rilasciate dalle compagnie d'assicurazione. Estratto da Assicurazioni*, «Riv. di Diritto, Economia e Finanze della Assicurazioni privata», año XLII, mayo-agosto 1976, fasc. 3-4, pp. 216 y ss., entre los que se encuentran FONT RIBAS y EMBID IRUJO: *El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica*, pp. 1064-1.077, en especial pp. 1072 y 1074, en la Ley T. 1986-2. VICENT CHULIÁ F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 536, entienden que algunos de los contratos de garantía a primer requerimiento tienen la misma naturaleza de la fianza, aun en contra de la opinión de prestigiosos juristas, como GARRIGUES J.: *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1982, p. 199, para quien la naturaleza jurídica propia del contrato de seguro es distinta de la de tercero que se sobroga en los derechos del acreedor y no encaja en ninguno de los casos previstos, ni en el artículo 1.210 ni en la subrogación del fiador frente al deudor principal y la opinión de OLIVENCIA RUIZ, M.: *Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro*, arts. 68 a 79 de la Ley, en «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», Madrid, 1982, p. 880,

atribuye de manera automática el beneficio de subrogación, ello no conlleva que el fiador se vea obligado a ejercitarlo, aunque también cabría pensar que toda actuación de este debe verse mediada por la subrogación en los derechos del acreedor.

El automatismo que se atribuye a la subrogación legal no parece que haya que interpretarlo en estos términos, máxime cuando la Jurisprudencia ha venido reconociendo sistemáticamente dos opciones al fiador, e incluso, si estableciéramos un cierto paralelismo con el ejercicio de los artículos 1.158 y 1.159, el Tribunal Supremo en determinados supuestos, se ha pronunciado por interpretar que el ejercicio de una acción excluye automáticamente la otra (149).

La interpretación más adecuada sería aquella que armonizase la máxima protección al fiador, atribuyendo un crédito que, respecto a otros, es reforzado, pero que simultáneamente trate de dotarle de un criterio sincronizado con el derecho de reembolso que también tiene el fiador, expresado en el artículo 1.838.

Con relación a este extremo, si la subrogación opera con efecto automático (150), el fiador siempre estará ejercitando la subrogación para obtener la correspondiente acción de reembolso y, en consecuencia, el regreso será la forma dinámica del ejercicio de la subrogación (151). Si, por el contrario, la subrogación requiere un acto de

basando su argumentación en que es la propia Ley la que reconoce la naturaleza asegurativa de las mismas. No obstante, entendemos que, al menos sea, porque al margen del artículo 43 de la L.C.S., dada la tendencia del legislador a aplicar la subrogación a instituciones de la más variada índole, quizá la vía para acceder a un estudio más pormenorizado de la subrogación sea la comparación del tratamiento que se confiere a la misma en figuras próximas o afines a la fianza.

En el ámbito asegurador, con anterioridad a la promulgación del L.C.S. de 8 de octubre de 1980, un amplio sector de la doctrina entendió que la subrogación tenía carácter automático. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: *Coloquio sobre el seguro obligatorio de automóviles*, Comunicación número VI, A., *La acción directa contra el asegurador. Subrogación y derecho de repetición*, Madrid, octubre, 1963. Del mismo autor, *Subrogación en el seguro de automóviles a todo riesgo y derecho de repetición del asegurador frente al asegurado* (S.T.S. 14-12-1966), «Rev. de Derecho de la Circulación», 1967, pp. 405-416, en especial p. 411.

Tras la aparición de dicha Ley, cuyos preceptos, en virtud de su artículo 2, se consideran normas de Derecho imperativo, el carácter polémico sobre el automatismo recogido con carácter general en el artículo 43, desapareció, puesto que será la voluntad del asegurador la que deberá pronunciarse a favor de ejercitar dicho derecho potestativo. Al respecto, SÁNCHEZ CALERO: Comentario al art. 43, «Subrogación del asegurador», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, vol. I, arts. 1 a 44, Madrid, 1984, pp. 643-645.

(149) Vide Comentario a la Sentencia de 29-5-1984, por BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, «C.C.J.C.», abril-agosto 1984, n. 5, pp. 1719 y ss.

(150) En este sentido se pronunció TIRADO SUÁREZ: *La renuncia a la subrogación del asegurador*, pp. 60 y ss., antes de la promulgación de la L.C.S.

(151) MICCIO, R.: *Dei singoli contratti e altre fonti delle obbligazioni*, «Comentario del Codice civile», libro IV, t. 4.º, Turín, 1966, p. 543.

petición para su concesión, estará justificado cuestionarse la dualidad de acciones.

Esta descripción del procedimiento que opera inmediatamente al pago no hace más que describir la vinculación existente entre las dos acciones.

La subrogación no transfiere el crédito de modo originario, sino derivado, puesto que la transferencia traería causa en la relación establecida entre el acreedor y el deudor (152). Por lo tanto, la subrogación opera de forma que el solvens sucede en la relación obligatoria en el mismo lugar por el que paga.

La subrogación trae causa de una relación anterior establecida entre el acreedor originario y el deudor, pero ello no es óbice para que ambas acciones nazcan como consecuencia del pago, si bien cada una con sus respectivas peculiaridades. Por tanto, la subrogación en la fianza opera de modo automático por la sola fuerza de la Ley, sin que se requiera la voluntad del sujeto agente, que, como dice Andreoli, se traduce en la manifestación de un derecho potestativo a ejercitar los derechos que la Ley le permite, a lo que también hay que añadir que, aunque sea de carácter legal, no actúa independientemente de la declaración del tercero de querer subrogarse en la posición del acreedor satisfecho (153). También algunos autores extraen de ahí la diferencia entre subrogación legal y convencional. Esta última operaría en el sentido indicado en función del regreso, mientras que la expresada en el artículo 1.210-2.º deja condicionado su ejercicio a la aceptación del interesado (154).

(152) MICCIO, R.: *Delle obbligazioni in generale...*, Libro IV, t. I, *op. cit.*, p. 154. RAVAZZONI: *La fideiussione, op. cit.*, p. 225. BETTI, *op. cit.*, p. 68. Comparten estos autores la tesis de que, mientras la acción de regreso surge de manera originaria, la subrogación tiene naturaleza derivativa.

También SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios a la L.C.S.*, vol. I, *op. cit.*, p. 638, vinculando el art. 1.212 del Código civil con los arts. 43 y 82 de la L.C.S.

BUCCIASANO: *La surrogazione per pagamento*, Milán, 1958, p. 41.

(153) ANDREOLI, G.: *Note critiche in tema di subingresso ex art. 1.259 C.c.*, en «Studi Parmensi», Milán, 1953, pp. 132 y 150. Del mismo autor, *Note in tema di surrogazione dell'assicuratore*, en «Riv. trim. Dir. Proc. Civ.», 1955, p. 1110. DE MARTINO: *Commentario teorico pratico al Codice civile*, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Roma, 1976, p. 701. RAVAZZONI: *La Fideiussione, op. cit.*, p. 228, se muestra abiertamente reacio a admitir el estricto carácter automático de la subrogación, suscribiendo el mismo criterio de los autores citados, de que dicho carácter es seriamente discutible en cuanto la misma queda condicionada a una manifestación de voluntad del subrogado, al mismo tiempo que en su argumentación diferencia dos momentos abstractos de la subrogación: La que él denomina «verdadera o real y propia», mediante la cual el sujeto subentra en la posición jurídica de otro individuo y la acción que compete a aquél respecto al tercero para situarse en la posición del acreedor.

En el mismo sentido, BUCCISANO, O.: *La surrogazione per pagamento*, Milán, 1958, p. 105.

(154) BETTI, E.: *Teoria generale...*, *op. cit.*, p. 64.

Sin embargo, también el carácter automático de la subrogación podría cuestionarse, puesto que se afirma que ésta no se produce en el mismo momento, sino en otro sensiblemente distinto y sucesivo al pago, en el que el derecho del acreedor se ha despojado de su esfera de atribuciones (155).

Como bien señala Andreoli, es un automatismo relativo y no absoluto. Bajo una fórmula legislativa, alusiva a un cambio jurídico, se produce un cambio ex uno latere automático sin precisar la cooperación del sujeto sobre el que pasivamente incide la mutación. Deducciones que hacen concluir a este autor en que el derecho a su subrogación no puede ser cosa distinta al «poder de subrogarse» (156).

En esta línea de pensamiento, en la que se parte del presupuesto de que la subrogación es renunciable, equipara en su apreciación Magini (157) la legal y la convencional, incidiendo en que la subrogación no es una cuestión de orden público y que, en consecuencia, las partes son libres para modificarla, puesto que el efecto de dicha convención se produciría interpartes sin perjudicar a terceros (158). Por ello, la única postura que permite encontrar un punto de encuentro entre el carácter imperativo con que la Ley infiere la subrogación en el ámbito del Derecho dispositivo es sugerir que, quizá, la subrogación se pueda concebir como un derecho potestativo de carácter adquisitivo (159), porque de esta forma, el carácter expreso con que la Ley atribuye la subrogación destaque su valor de derecho concedido expresamente y no así otros beneficios como el de excusión o de división. Este automatismo tiene sentido en cuanto hay que entenderlo como derecho cuya renuncia deba de hacerse posteriormente mediante una declaración expresa en la que no cabe entender que si se hace renuncia de los beneficios, se encuentra implícitamente com-

(155) FERRARINI: *Le assicurazioni marittime*, Milano, 1971, pp. 320 y ss.

(156) ANDREOLI: *Note critiche...*, *op. cit.*, pp. 146-147. En materia de Derecho de seguro, «frente a la concepción tradicional recogida en la Exposición de Motivos de Código, de transmisión “ipso iure” del derecho de crédito del asegurado contra el tercero responsable al asegurador, se quiso indicar al intérprete que esa subrogación no era automática, ya que necesitaba, además de otros presupuestos, la voluntad del asegurador de subrogarse». SÁNCHEZ CALERO, F.: *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro...*, *op. cit.*, vol. I, p. 632. En contra de dicha argumentación, GARRIGUES: *Contrato de seguro terrestre*, *op. cit.*, p. 199: «...La subrogación del asegurador opera por la sola fuerza de la voluntad de la Ley y no exige ni formalidad alguna ni convenio especial entre asegurado y asegurador, en cambio, para excluir, la subrogación se necesita un convenio entre asegurador y asegurado...».

(157) MAGINI, U.: *La surrogazione per pagamento nel Diritto privato italiano*, Torino, 1924, p. 219.

(158) BUCCISANO O., *op. cit.*, pp. 53 y ss.

(159) GIORDANO: *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1.705 C.c.*, «Riv. Dir. Comm.», 1953-I, p. 110. Partiendo de la concepción no automática de la subrogación, SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro*, vol. I, *op. cit.*, p. 645.

prendida la renuncia a la subrogación porque es un derecho autónomo (160).

2. Estudio comparado de ambas acciones

Partimos de la hipótesis de que el pago del fiador se ha realizado cumpliendo todas las formalidades preceptuadas por la Ley, y que, en consecuencia, las excepciones previstas en los artículos 1.840 a 1.842, oponibles tanto en el ejercicio de la acción de subrogación como del regreso, se van a poder alegar, por lo que dejamos su estudio para un trabajo posterior.

La aplicación de las excepciones, tanto a la subrogación como al regreso, no sigue en todas las figuras jurídicas el mismo régimen.

En otras figuras con las que se pudiera establecer ciertas afinidades en la materia relativa a la subrogación y al regreso, como en el régimen general de seguros, y en particular, en los de crédito y caución, las excepciones únicamente las podrá oponer el asegurador si se subroga, privilegio jurídico del régimen que afecta a la mera acción de reintegro que corresponde soportar al asegurado (161).

Por último, puede observarse incluso cómo distintas instituciones o figuras jurídicas utilizan el término subrogación.

Todas estas instituciones tienen previsto el mismo mecanismo de ejecución posterior al pago.

(160) BUTERA, *op. cit.*, p. 194.

(161) GÓMEZ CALERO, J.: *Los derechos de reintegro del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, en «Comentarios a la Ley...», vol. II, p. 749, establece cierto paralelismo entre la fianza y el art. 68 del seguro de caución, que reconoce una acción de reembolso del asegurador contra el tomador-deudor de la obligación asegurada, que, en opinión de este autor, ofrece el mismo fundamento que la acción del artículo 1.838 del Código civil.

La vinculación, por tanto, se establece con dicho artículo, pero no con el régimen de subrogación en la obligación que se impone al asegurado, o en su caso, al tomador del seguro a ceder el crédito al asegurador una vez satisfecha la indemnización, puesto que queda limitada a una disposición de hacer, independiente del sistema general de subrogación del artículo 43. Es una acción propia del asegurador frente a la cual el tomador-deudor no podría oponer las excepciones que tuviera frente al asegurado-acreedor como ocurre en la subrogación. VICENT CHULIÀ, F.: *Compendio crítico...*, t. II, *op. cit.*, p. 538. Establece OLIVENCIA: *Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro, arts. 68 a 79 de la Ley*, en «Comentario a la Ley de Contrato de Seguro», t. I, Madrid, 1982, pp. 880 y ss., la diferencia de situaciones jurídicas que se producen entre el art. 43 y el art. 68. En el primer artículo opera la subrogación, mientras que en este último no sucede lo mismo, puesto que, añade el autor, de ser así, sobraría el último párrafo de dicho precepto. El referido artículo no contempla (p. 882), «un simple mecanismo subrogatorio, sino la concesión al asegurador de un derecho propio, nacido del contrato y frente al cual, el tomador no podrá oponer las excepciones que tuviere contra el asegurado».

Si, evidentemente, consecuencias parejas pueden extraerse de todas ellas, no es menos cierto que algunas matizaciones las separan entre sí.

Una primera afirmación categórica que podría establecerse de la subrogación es que no puede calificarse como un mero efecto del pago. Su propio contenido hace pensar que la causa originaria que subyace en la relación establecida entre el acreedor y el deudor principal motiva que la propia institución genere un mecanismo de actuación propio, distinto en el ámbito del derecho de seguros del régimen previsto en los supuestos de pago de tercero, porque hay que constatar que la subrogación afecta más o menos directamente a distintas figuras del Código civil. Fundamentalmente, los artículos 1.209 a 1.213; el 1.085 de subrogación limitada y referida al adjudicatario de fincas hipotecadas que hubiere pagado la deuda; si bien, teniendo en cuenta que se le autoriza la subrogación contra los coherederos del adjudicatario mismo, tan sólo para repetir de cada uno de ellos su parte proporcional; el 1.521, que califica de subrogación la colocación del retrayente legal en el lugar y condiciones del que había adquirido la cosa objeto del retracto; incluso el artículo 519 califica de subrogación el deber del propietario de fincas usufructuadas por otro para ofrecerle y entregarle otra de igual valor en caso de expropiación por causa de utilidad pública cuando el propietario no prefiera abonarle al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización. Y por último, de subrogación trata igualmente el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en su apartado 8.º.

Este amplio abanico de supuestos es reflejo de que en figuras jurídicas desconexas entre sí, el ordenamiento jurídico reacciona de manera similar confiriendo la subrogación. ¿De toda esta gama de situaciones que configuran el derecho a la subrogación es posible derivar unos presupuestos semejantes para que se produzca?; o por el contrario, ¿la subrogación opera de diferente manera según la situación jurídica creada? ¿Es un mero efecto que podría asimilarse a una acción de reembolso con unas peculiaridades que la apartarían del régimen general?, ¿o la subrogación supone un complejo mecanismo para recobrar lo desembolsado en que la ratio es la protección del fiador?

La solución parece apuntar por esta última posibilidad. Calificar de mero efecto del pago a una figura jurídica que trae causa de una relación anterior derivada de la obligación estipulada entre el acreedor originario y el deudor a la que además, caso de haberlas, se añadirían las garantías accesorias del crédito principal, con exigencia de justificar el título en virtud del que se demuestra el pago, mecanismo que pone en funcionamiento la transmisión del crédito y garantías, ejecutadas o no, parece menoscabar el propio significado de la subrogación. Si fuera una mera acción, como el reembolso, nacería en el momento del pago, y no anteriormente, con causa precisamente en

el enriquecimiento del deudor y con la amplitud de plazo propio de todas las relaciones crediticias.

Dotar de un repertorio dual de acciones también implica establecer los criterios de legitimación en base a los cuales es posible el ejercicio conjunto, alternativo o individualizado de cada una de ellas.

La subrogación surte sus efectos desde el mismo momento del pago, aunque la relación causal en que se justifica quede establecida por la relación anterior surgida entre el acreedor y el deudor principal. El fiador tendrá, por tanto, que reclamar del acreedor la justificación de la relación causal existente con el deudor y en conformidad a ello, y por el cumplimiento de la fianza, reclamará que se le transifieran los títulos pertinentes para exigir la subrogación. Esta exigencia tradicionalmente se correspondía con la Carta de Lasto que el fiador solicitaba del acreedor.

El pago del fiador genera, en primer lugar, un efecto legal que es la mutación de la posición del fiador a la que previamente ocupaba el acreedor.

Consecuencia inmediata es que la subrogación propugna un sistema traslativo del crédito que, incluso en ocasiones, condicionado por las garantías que ostente el acreedor, podría asemejarse al modo que es el mecanismo que sirve para transferir el dominio sobre determinados derechos reales y que, llevado a sus últimas consecuencias, estableciendo remotamente cierta semejanza con la teoría del título y del modo en la traslación del dominio, cabría atribuir al pago de la fianza el correspondiente parangón con el papel que desarrolla el modo, como vehículo transmisor.

Esta mera cábala jurídica suscita otra a su vez... Si entendemos siguiendo la certera afirmación que hace Delgado Echeverría (162) que la subrogación constituye la puerta por donde debe darse entrada a los elementos constitutivos de la misma, siguiendo el hilo de esta argumentación habría que preguntarse si constituye un elemento típico o constituyente de la relación de fianza (163), siempre teniendo presente que al movernos en la esfera del Derecho positivo, no es elemento necesario de constitución de la misma, puesto que cabe la renuncia de las partes afectadas, aunque sí puede ser elemento determinante de su extinción (164).

(162) DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos del Derecho civil*, t. II, *op. cit.*, p. 347.

(163) FRAGALI, *op. cit.*, p. 628.

(164) En dicho sentido, GUILLARTE: *Comentarios al Código civil...*, *op. cit.*, art. 1.852, pp. 326 y ss., que interpretado a sensu contrario es causa de subsistencia de la fianza.

Otro factor a analizar es la trascendencia del deber de diligencia exigida en el artículo 1.852 al acreedor. Este sujeto tiene la obligación, impuesta por la Ley, aunque también se puede renunciar a ella, como sucede en la práctica bancaria francesa (165), de proveer las medidas necesarias para que subsista la subrogación. La falta de alguno de estos requisitos podría propender a cuestionarse si simultáneamente a la falta de diligencia aparece el nacimiento de una obligación de cumplimiento por parte del acreedor de conferir la subrogación, aunque la consecuencia jurídica sería similar: El incumplimiento del acreedor conlleva como sanción la extinción de la fianza.

Este deber del acreedor y la correspondiente acción por el incumplimiento de la misma no creemos que resulte ineficaz. Sin embargo, reiteramos que el ámbito del Derecho en el que se desarrollan estos preceptos es de Derecho dispositivo, y por ello mismo, no hay que olvidar que, aunque en principio se considere como un mecanismo integrado en la propia relación de fianza del que el fiador tiene pleno derecho antes de la configuración de la misma a pretenderlo, es perfectamente posible la renuncia del fiador a ella.

Expuestas estas someras conjeturas, en el derecho de reembolso, la acción que surge tiene un origen y una finalidad diversa de la subrogación.

Nace, como el propio Tribunal Supremo ha reiterado, con la pretensión de evitar un enriquecimiento injusto por parte del deudor. Esta acción, por nacer en el mismo momento del pago tiene título originario a diferencia de la subrogación. También las acciones que provienen de la relación con el acreedor y que el fiador pudiera ostentar contra el deudor son inoponibles por su parte. Responde este criterio a la diferenciación entre las de carácter personal derivadas de esa misma relación, mientras que las específicas de la fianza atienden a supuestos de pago ineficaz, anticipado o realizado de manera no conforme a Derecho.

La relación causal que legitima para ejercitar dicha acción también es diferente, puesto que basta la mera demostración de que ha mediado el pago del fiador.

El segundo aspecto que merece nuestra atención es el referente al contenido de cada una de estas acciones.

El análisis del mismo ha sido desarrollado en otro apartado, por lo que resultaría ocioso tratarlo de nuevo. Sin embargo, en el «iter» de nuestra exposición interesa resaltar la disparidad de contenidos de las mismas.

(165) BETANT-ROBERT, S.: *La décharge de la caution par application de l'article 2.037*. «Revue Trimestrielle de Droit civil», 1974, pp. 312 y ss.

Los derechos que se adquieren con la subrogación provienen de los derivados del crédito originario del acreedor. El fiador se subroga en la misma posición del acreedor únicamente por la cuantía que se pagó. Esta alegación se justifica en los artículos 1.839-2.º y 1.213-2.º, a lo que se añade el particular interés de que la subrogación sirve como elemento determinante para conferir las garantías, si las hubiere. La subrogación limita la reclamación al montante de las cantidades nacidas en virtud de la estipulación principal pactada entre acreedor y deudor (166).

Por el contrario, la acción de reembolso legitima la reclamación del débito pagado justificando simplemente el desembolso patrimonial efectuado.

La disparidad del origen y del contenido de ambas conduce a establecer en el siguiente apartado las bases para el ejercicio alternativo, simultáneo o cumulativo de los artículos 1.838 y 1.839.

Dos hipótesis han quedado esbozadas: Subrogarse en la posición del acreedor, o bien ejercitar directamente la vía del regreso.

Al fiador le interesará en determinadas circunstancias optar por la simple acción de reembolso. El problema se presenta si la subrogación siempre se confiere «ope legis» y al fiador le corresponde, en consecuencia, la titularidad de ambas, ¿qué sucede con el ejercicio de las mismas?, ¿hay que entender que el mero ejercicio del regreso excluye la subrogación o, por el contrario, que el ejercicio de una está presuponiendo total o parcialmente el ejercicio de la otra?

En principio, en coherencia a la propia naturaleza de la subrogación, hay que pensar que la opción por ésta únicamente podrá realizarse en el momento de pagar, o como sucede en la práctica e indica algún autor, en un momento inmediatamente sucesivo al pago de la fianza (167). Por el contrario, con la acción de indemnización no sucederá lo mismo.

El Tribunal Supremo confiere de manera indiscriminada el ejercicio de ambas acciones, reconociendo indistintamente la sustantividad

(166) En los seguros contra daños es característico que, una vez se haya pagado la indemnización, se subroga el asegurador contra el causante del daño para resarcirse hasta el límite de lo pagado. Vide art. 43-1.º, L.C.S.

VICENT CHULIÁ: *Compendio...*, vol. II, *op. cit.*, p. 508. En relación con el art. 43 de la L.C.S. CUNAT EDO: *Comentarios a la Ley...*, vol. I, *op. cit.*, tras destacar que el precepto establece una forma específica de cobertura fijada por la Ley, porque excede del ámbito del art. 1.903 (p. 560), destaca que el precepto establece un derecho que surge para el asegurador como consecuencia del pago de la indemnización y cuyo contenido está delimitado por el importe de aquello que se obtiene subrogándose en la misma posición jurídica que ostentaría el asegurado (p. 559).

(167) BUCCISANO, *op. cit.*, pp. 40-41. MAGINI, *op. cit.*, p. 166.

de cada una de ellas (168), aunque también hay supuestos en los que se opta directamente por el ejercicio del derecho de reembolso propio del artículo 1.838 (169).

De manera más aislada, algún fallo del Alto Tribunal se ha pronunciado por manifestar que la subrogación confiere el título para proceder al reembolso (170), aunque puede afirmarse que el criterio de unanimidad que recogió la doctrina y también la Jurisprudencia, comenzó a ponerse en entredicho con la polémica que se empezó a suscitar en el Derecho italiano y que actualmente recogen algunos de nuestros autores. A la luz del tenor literal de los preceptos que regulan la fianza, el Código civil está facultando al fiador de una doble vía con que exigir la liberación de su crédito. La polémica sobre el alcance de estas dos acciones podría evitarse estableciendo una línea divisoria entre las relaciones del fiador con el deudor y las que surgen con el acreedor, como declaró la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 14 de junio de 1985.

Si directamente se opta por el ejercicio de la acción de reembolso, la subrogación queda excluida y con ella todas las garantías accesorias del crédito principal. En dicho supuesto, si la Ley confiere directamente las dos, el rechazo por una de ellas debe ser expreso o la simple opción se sobreentiende como renuncia.

Si la facultad de subrogarse es un derecho potestativo, su no ejercicio implica su exclusión. Sin embargo, si la Ley atribuye directamente la subrogación al fiador hay que presuponer, a priori, que el sujeto debe manifestar su voluntad de aceptar o, al menos, realizar

(168) S. del T.S. de 11-4-1972, «...con los derechos típicos de reembolso y de subrogación que determinan los arts. 1.838 y 1.839 del C.c.».

(169) S. 16-6-1953.

(170) S. de 22-11-1967, que plantea directamente la reclamación por la cuantía indemnizada, entendiéndose que la notificación del deudor, si no se formuló previamente a la demanda, se le confiere la atribución de instrumento de notificación, quedando obligado el deudor desde aquel momento al pago de los intereses, según criterio que quedó establecido desde la S. de 5-7-1911.

Por la misma concepción se han pronunciado las Sentencias de 14 de mayo y 11 de junio de 1984, que reconocen explícitamente la titularidad en el ejercicio de ambas acciones.

En la Sentencia de 10-3-1961 se alega infracción por inaplicación conjunta de los arts. 1.838 y 1.839.

También la Sentencia de 14-11-1981 (Colección Legislativa de España). Edición Oficial 1981, nov-dic., 1982, pp. 250 y ss., estima que el pago del fiador sin notificación previa al deudor no es óbice para que posteriormente el fiador pueda ejercitar alternativamente la acción de subrogación o de regreso. La misma sentencia reconoce que el pago del fiador, cualquiera que sea la forma en que se realizare, le confiere las acciones de subrogación y de reembolso.

Esta formulación no imposibilita que el deudor pueda dirigirse posteriormente, por vía de regreso, contra el fiador, oponiéndole las excepciones previstas en los artículos 1840-1842.

algún hecho del cual pueda inferirse la voluntad de rechazar dicha acción.

En la línea del paralelismo establecido con lo preceptuado en los artículos 1.158 y 1.159, el Tribunal Supremo ha sentado el criterio, similar al de la relación de fianza, de que siempre que pague un tercero con conocimiento y aprobación del deudor, goza de la titularidad de ambas acciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha matizado, en la regulación del pago, que el tercero que pagó tiene facultad de elección por una determinada acción, aunque sólo en dicho momento y no posteriormente (171).

También puede constatarse que, en el momento de decidir la operatividad de ambos preceptos, el Tribunal Supremo se inclina por el criterio de que el ejercicio de una acción excluye automáticamente la posibilidad de ejercicio de la otra (172).

El criterio jurisprudencial, no obstante, tampoco es unánime, como incluso se reconoció en la Sentencia de 29 de mayo de 1984, la titularidad en los derechos de subrogación y de reembolso son acumulativas, con el reconocimiento de opción en favor del sujeto (173).

En relación con los artículos 1.210-3.º y 1.158, no todos los supuestos son aplicables.

Como señala Bercovitz, en determinadas ocasiones la Jurisprudencia ha aceptado que se ejercitará la opción por el derecho de reembolso en casos en que correspondería la subrogación legal, sin que ni siquiera existiese la renuncia a la misma. Llevado a sus últimas consecuencias, permite sostener que, si se paga y se opta por la acción de reembolso, no se plantea la subrogación (174). En contraste, la Sentencia de 23 de junio de 1969, citada por el mismo autor, taxativamente manifiesta que, producida la subrogación, el reembolso queda automáticamente excluido, criterio que incluso podría establecer el in-

(171) HERNÁNDEZ GIL: *op. cit.*, pp; 291-292.

(172) En este sentido se pronunciaron las sentencias de 9-3-1908, a la que siguen en el mismo criterio las sentencias de 11-10-1922, 27-6-1925, 27-12-1945, 18-5-1946..., que consolidan automáticamente al tercero el derecho de subrogación.

También las sentencias de 13-11-1945, 7-1-1947 y 12-5-1956 consolidan el principio de que el que paga, sabiéndolo el deudor, se subroga en los derechos del acreedor satisfecho, pero no confiere simultáneamente el derecho de reembolso.

De este repertorio jurisprudencial podría extraerse la conclusión de que el T.S. se inclina por conferir directamente la subrogación cuando el que efectúa el pago es un tercero interesado (léase fiador), excluyendo directamente la posibilidad de recurrir al reembolso.

(173) Criterio que suscribe HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 294. BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 137, en el supuesto de que el tercero actúe por nombre y cuenta del deudor, entiende que podrá reclamar al deudor todo lo que hubiere pagado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.158-2.º, subrogándose en los derechos del acreedor.

(174) BERCOVITZ: *Comentarios, op. cit.*, p. 38.

dicio de que estas dos acciones presentan un carácter alternativo y no concurrente.

Puede concluirse, constatando que el tratamiento que confiere el Tribunal Supremo a la subrogación, en el supuesto de pago de tercero en general no se pronuncia por el automatismo de la misma, aunque suele constituir la práctica y el criterio más usual.

VIII. PROPUESTA DE UNA TENDENCIA UNITARIA

Subrogación y regreso se conceden producido el pago. Por tanto, los efectos de ambas acciones tendrán relevancia desde dicho momento. Ahora bien, cabe pensar que las expectativas que se originen serán diferentes según la extensión que se atribuya a cada una.

El ámbito de sus actuaciones puede contemplarse en un doble aspecto: O bien comparando el «quantum» que legitima a reclamar cada acción, o analizando el momento desde que cada acción comienza a ser eficaz.

Estos dos aspectos, analizados en epígrafes anteriores, son los que suscitan un amplio abanico de cuestiones polémicas tras la lectura pormenorizada de los artículos 1.838 y 1.839.

Mientras en el primero se reconoce el derecho del fiador a que el deudor le indemnice estableciendo un criterio taxativo de las cantidades que se pueden reclamar, el artículo siguiente reconoce el derecho del fiador a subrogarse por el pago en la posición originaria del acreedor.

El planteamiento de estos dos artículos, centrados en el «quantum», función, finalidad y efectos que puedan provocar estos dos mecanismos de satisfacción, es lo que conduce, en ocasiones, a la afirmación de que no se está ante dos acciones distintas, sino ante dos artículos que recogen dos aspectos de una misma acción.

El planteamiento unitario de estas acciones no es una conclusión que pueda desprenderse de la lectura de las disposiciones que se encuentran en el Código civil y en la Jurisprudencia.

Se puede constatar que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido siempre el criterio de reconocer la existencia individualizada de estas acciones, tendencia, nos atreveríamos a afirmar, que mantiene con carácter inalterable hasta la actualidad.

Las últimas Sentencias de 1984, ya citadas, reconocen la dualidad de acciones correspondientes al fiador. Concretamente, las Sentencias de 14 y 29 de mayo y 11 de junio otorgan el derecho del fiador a las acciones de subrogación y reembolso.

De estas tres tendencias, únicamente la segunda especifica que la titularidad en dichos derechos es cumulativa, con el reconocimiento de opción en favor del sujeto.

El problema se suscita en las ocasiones en que el ejercicio de la subrogación se confunde con el de la acción de regreso.

La polémica, suscitada por la doctrina italiana principalmente, gira en el intento de fundamentar la acción de regreso en función de la subrogación, en base a la regla de que el tercero que ha pagado no puede pretender del deudor más de lo que efectivamente desembolsó.

Para un sector doctrinal, esta acción no sería más que una manifestación del derecho propio del subrogado cuantitativamente separado del crédito originario. El derecho de regreso sería, pues, la medida en que el subrogado puede ostentar, respecto al deudor, un nuevo crédito y exigir el pago.

Para otro grupo de autores, la finalidad de la subrogación será la acción de regreso, de forma que sin ella sea imposible la realización del derecho de regreso.

La vinculación de estas acciones motivó el intento de justificar la elección de una en lugar de otra, en función de las circunstancias.

También hay autores partidarios de la alternancia de acciones. Redenti, por ejemplo, aunque acepta la identidad de fines, no excluye una diversidad de medios de realización (175).

Otros autores se pronuncian por defender que la subrogación constituye el reforzamiento del regreso (176), mientras que un sector más difuso se inclina por configurarlo como una quasi-subrogación (177). Esta postura origina que algunos sugieran la conclusión de que el regreso es una consecuencia de la subrogación (178), mientras que otros complementan esta manifestación, entendiéndolo que es el único medio de resarcimiento (179).

Si el marco donde se establecen las relaciones contractuales no estuviera íntimamente vinculado al Derecho dispositivo, cabría pensar que el fiador automáticamente sucede al acreedor en su posición crediticia, sin importar la modalidad de la fianza y por el solo hecho del pago sin requerir la voluntad del sujeto agente. Pero cuando se opta por está haciendo manifestación de un derecho potestativo, que coadyuva a que todas las argumentaciones esgrimidas sólo se pue-

(175) REDENTI, *op. cit.*, p. 135.

(176) MERLO, *op. cit.*, pp. 167 y 252.

(177) NICOLÒ, R.: *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, p. 228.

(178) DE RUGGIERO, t. II, *op. cit.*, p. 421.

(179) CAMPOGRANDE, *op. cit.*, p. 468.

dan cifrar en entender que son dos acciones de ejercicio diverso: acumulativo, alternativo u opcional.

No carece de sentido alegar el carácter acumulativo de las acciones, porque, basándose en la naturaleza de la subrogación, sólo puede ejercitarse en el momento del pago, ya que después la obligación se extingue, no así el derecho de reembolso, que legitima a reclamar las cantidades adeudadas.

No obstante, hay que objetar que «aun reconociendo la existencia individualizada de las dos acciones, puede ponerse una al servicio o en función de la otra, dando así a entender que la subrogación tiene un carácter autónomo y, por lo tanto, el derecho a la indemnización o al reembolso a favor del fiador sólo podrá ejercitarse con el derecho de regreso. Esta afirmación equivale a decir que supone el ejercicio dinámico de la misma.

Cabe también entender que nace un derecho de regreso reforzado, especialmente con la garantía que atribuye la subrogación, si bien ello no sería óbice para reclamar posteriormente las cantidades que se sigan adeudando y que no se hubieran podido incluir en la reclamación anterior. Abarcaría dicha acción el capital de la deuda principal, más los intereses producidos por la misma desde el momento del vencimiento e, incluso, puede pensarse que, en determinadas circunstancias, la acción también posibilitaría reclamar la cuantía por los gastos ocasionados al fiador; supuesto que tendría su vinculación con el artículo 1.823 del Código civil. La acción por los daños y perjuicios es una acción directa de indemnización que, obviamente, no se puede integrar en la acción de regreso.

La opción al reembolso puede entenderse como renuncia a la subrogación, porque decae el derecho a la misma después del pago, pero es posible compatibilizar el ejercicio de ambas y aducir que ejercitar la subrogación conlleva el ejercicio de la acción de regreso por el montante desembolsado de la cantidad principal más los intereses, a lo que habría que yuxtaponer el reforzamiento de las acciones provenientes de ejercitar los derechos en la misma situación jurídica que si del acreedor principal se tratara.

A ello es factible adicionar, en aras de la legitimación concedida por el artículo 1.838, la reclamación por los gastos que no se pueden incluir en la subrogación, puesto que son cantidades debidas al fiador, pero no al acreedor, a lo que se sumarían los daños y perjuicios, si los hubiere. En realidad, la referencia al enriquecimiento injusto queda ya integrada en la reclamación por los daños causados (180).

(180) Bo, G.: *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, Milán, 1934, pp. 81 y ss.

A nuestro entender, uno de los motivos que justifica la importancia de la subrogación es que la mayoría de las ocasiones implica reforzar el crédito originario del fiador. El desdoblamiento de relaciones entre deudor-fiador con el consiguiente nacimiento de la acción de reembolso paralela a la subrogación dificulta la justificación al reconocimiento simultáneo de ambas acciones.

Como hemos puesto de relieve en páginas anteriores, el nudo gordiano de la cuestión gira en torno al carácter automático de la subrogación.

En este sentido, la doctrina italiana ha avanzado respecto de la francesa o española, alterando el orden de los preceptos como figuraban hasta la modificación del Código civil de 1942 (181).

Al margen del derecho de opción del fiador, queda fuera de duda por parte de toda la doctrina, que en los casos que a continuación se citan resulta más conveniente el ejercicio de la acción de regreso.

En primer lugar, cuando el crédito pagado no genere intereses, puesto que los que adelantó el fiador le eran debidos desde que puso en conocimiento del deudor la realización de pleno derecho del pago.

En segundo lugar, si la prescripción estaba pronta a cumplirse. La acción siempre será más reciente en cuanto nace del pago.

Y en tercer y último extremo, si ha habido pago parcial (182), no se podrá oponer el artículo 1.213 (183). La opinión más cercana al espíritu de la subrogación es la de resarcir al fiador de la cantidad desembolsada y reforzar su crédito mediante garantías adicionales. De ahí que algún autor entendiera, como Marcadé (184), que la subrogación supone, principalmente, el reforzamiento de las acciones del acreedor.

Sin embargo, si presuponemos que el fiador no excluye el ejercicio de la subrogación, sino que, al contrario, opta por el ejercicio de ésta, ¿no puede pensarse que en un determinado momento regreso y subrogación se fusionan?

Llevando incluso el planteamiento a sus límites más extensos, cabría preguntarse, como lo hizo Amorth (185), la razón para presuponer que se trata de dos acciones diferentes.

(181) Al respecto puede consultarse PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, parte II, 3.^a ed., Firenze, 1921, pp. 504 y ss. MIRABELLI: *Contratti varii* (El depósito, el sequestro, el pegno)», 2.^a ed., Nápoles-Turín, 1905, pp. 550 y ss. CORSI, *op. cit.*, pp. 120 y ss.

(182) AUBRY y RAU, *op. cit.*, t. IV, p. 589, n. 9, párrafo 427.

(183) DEBUEN: *Derecho civil español común*, vol. I, Madrid, 1930, p. 654. SANTA-MARÍA, G.: *Comentarios al C.c.*, t. II, art. 1.088, Madrid, 1958, p. 868.

(184) MARCADÉ, V.: *Explication du Code civil*, 7.^a ed., t. IV, París, 1873, pp. 575 y ss.

(185) AMORTH, *op. cit.*, p. 149.

Caso de ser así, ¿no hubiera resultado más conveniente agregar en unó de los artículos el adverbio, por ejemplo, «además», al igual que figura en otros preceptos del Código civil?

Lo cierto es que, mientras el artículo 1.839 ha promovido duras polémicas, que no han pasado de constituir una nebulosa en el mundo doctrinal, el artículo 1.838, sin poder apartarse de la influencia del régimen jurídico de aquellos países que adoptaron la dualidad de acciones propiciada por el Code civil francés, plantea problemas relacionados con el propio contenido sustantivo, precisamente por la configuración de su ámbito de exigibilidad. Aspecto que, por otra parte, cuestiona si el procedimiento para obtener el reembolso, tal como determina el artículo, promueve la utilización de la vía de la subrogación, camino resaltado principalmente por un sector de la doctrina italiana.

La dificultad para desentrañar los supuestos en que se debe acudir a la subrogación y a los correspondientes de regreso, puede resolverse atendiendo a criterios de temporalidad. Si el efecto de la subrogación constituye una excepción a la norma general (186) de retrotraer los efectos subrogatorios al momento del pago (187), el fiador adquirirá los derechos que estaban en poder del acreedor cuando se constituyó la fianza, por lo que hay que deducir que todas aquellas cantidades surgidas posteriormente deberán reclamarse directamente por la vía del artículo 1.838, mientras que, si nos hiciéramos eco de la opinión de Guilarte (188), de que el momento real de computar la subrogación es cuando se realiza el pago, se cuestionará si ciertas cantidades empiezan a devenir exigibles una vez se haya cumplido la obligación, con lo que explícitamente quedarán integradas en el concepto de subrogación.

La acción de subrogación se concede en todos los supuestos. No importa, y en esto es unánime el sentir de la doctrina, el conocimiento o actitud del deudor (189) para conferirle la subrogación.

Basándose precisamente en que el fiador se subroga en la posición del acreedor, entienden algunos autores que el fiador se coloca en la posición del acreedor para exigir la reclamación de lo desembolsado, mediante el correspondiente ejercicio de la acción de regreso. Ello implica que el fiador únicamente estará legitimado a repetir la canti-

(186) GUILARTE, *op. cit.*, p. 207.

(187) BUCCISANO, *op. cit.*, p. 85. MERLO, *op. cit.*, p. 252.

(188) GUILARTE, *op. cit.*, p. 211.

(189) PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, *op. cit.*, pp. 504 y ss. Discrepan en este sentido los autores inmediatamente posteriores a la Codificación. MICCIO, R.: *Dei singoli contratti*, «Commentario del Codice civile», Libro IV, t. 4, 1966, p. 542.

dad realmente pagada (190), lo que contribuye a considerar que el regreso faculta al tercero que pagó a pretender del deudor la cantidad que desembolsó efectivamente.

Es, además, expresión de la relación directa e interna entre subrogado y deudor; declaración que no logra liberarse de sus raíces históricas (191) en intentos superadores de las mismas (192).

El reconocimiento que con carácter dual confiere el ordenamiento jurídico no responde satisfactoriamente al supuesto concreto de que la subrogación se haya producido de modo automático, al mismo tiempo que no es posible desvincular que el contenido de ambas acciones sea concurrente.

Las posiciones no son armónicas. Mientras que algunos autores parten de que, a semejanza de lo que ocurriría en el ámbito del Derecho de Seguros, la subrogación operaría de manera automática, otros invierten la hipótesis.

Aunque ésta pretenda armonizar el ejercicio coetáneo de ambas, sigue subsistente la distinción compartida por parte de la doctrina italiana entre el ejercicio dinámico de la acción de regreso y el estático de la subrogación. De ahí deriva la distinción de los títulos de procedencia de cada institución.

Esta contraposición pone de relieve que se pretende vincular dos aspectos derivados de la misma relación.

De esta manera, se reconoce el ejercicio directo a la subrogación y simultáneamente, en el reembolso, el derecho propio del subrogado cuantitativamente separado del crédito originario.

Sobre el tema nos hemos extendido suficientemente. Únicamente cabe destacar que, si se reconoce la existencia de un nuevo crédito, obviamente, se están fijando los límites con la subrogación, matizando que el regreso es la medida en que el subrogado puede ostentar un nuevo crédito frente al deudor y exigir el pago (193).

Butera se pronuncia de forma más taxativa al manifestar que la finalidad de la subrogación es la acción de reembolso, hasta tal extre-

(190) MICCIO, R.: *I diritti di credito*, vol. I, Turín, 1971, pp. 159-160. En el mismo sentido se pronuncia MESSINEO, *op. cit.*, p. 370, que entiende que la acción de regreso es la que legitima para reclamar aquello que se pagó, con la particularidad de que el concepto económico no difiere del jurídico, aunque dicha relación no puede establecerse en sentido inverso.

(191) RAVAZZONI, voz «Fideiussione», N.D.I., *op. cit.*, p. 292 y del mismo autor, *La fideiussione*, *op. cit.*, p. 203, aunque se pronuncia por el dualismo de acciones entendiendo que el ejercicio de una acción excluye la otra. AMORTH: *La considerazioni sui rapporti...*, *op. cit.*, p. 133.

(192) DE MARTINO: *Commentario teorico pratico al Codice civile*, «Delle obbligazioni», Libro IV, Roma, 1976, pp. 704 y ss. Nicolò, «L'adempimento...», *op. cit.*, p. 96.

(193) MICCIO: *I diritti di credito*, *op. cit.*, p. 159.

mo que sólo cuando se subroga el fiador nace el derecho de reembolso (194).

Pero no es necesario acudir a autores italianos para esgrimir estas argumentaciones; ya Manresa se pronunciaba en dicho sentido, entendiendo siempre la subrogación como el medio de llevar a efecto el derecho de indemnización del artículo 1.838, excepto en los tres casos que ya se han expuesto (195).

Sin embargo, la afirmación del primer autor estimamos que requiere alguna matización.

En primer lugar, no es semejante el hipotético derecho de resarcimiento que nace una vez producido el pago del fiador a la subrogación. Son medios jurídicos distintos pero similares. Ello implica la afirmación de que la imposibilidad de ejercitar una acción impide el ejercicio de la otra (196). En base a ello, dicho autor matizó posteriormente que, aunque se hiciera renuncia de los restantes beneficios, entendiéndose por tales el de excusión y división, la subrogación no se integra en dicha renuncia si se formuló en sentido genérico. Esta requerirá para su formalización una declaración posterior expresa (197).

Efectivamente, la acción de regreso posibilitará el resarcimiento del pago de la fianza, pero las mismas razones que avalan esta conclusión son aplicables al ejercicio de la acción de subrogación.

Ambas pretenden reintegrarse de lo pagado en base a la relación causal establecida en la fianza con los subsidios alternativos y de distinta operatividad concedidos por el ordenamiento jurídico.

La conceptualización de cada acción a priori ha quedado suficientemente delimitada; sin embargo, no así el contenido y ámbito de actuación de cada una de ellas.

También ha quedado establecido que, aunque un sector doctrinal importante considera que la subrogación en el pago engloba el montante total del crédito del acreedor al que sustituye (198), entendemos que esta relación obligatoria legítima únicamente al fiador para reclamar la cantidad que desembolsó. Este aspecto vuelve a poner en conexión ambos preceptos, porque la necesidad de que en ciertas circunstancias el fiador se vea obligado al ejercicio cumulativo de las mismas es evidente.

El artículo 1.827 delimita el contenido de la fianza simple; consecuente con lo cual, el fiador únicamente podrá reclamar los conceptos

(194) BUTERA, *op. cit.*, p. 197.

(195) MANRESA, t. XII, *op. cit.*, pp. 299-300.

(196) BUTERA, *op. cit.*, p. 155.

(197) BUTERA, *op. cit.*, p. 194.

(198) Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, t. I, *op. cit.*, p. 800. BERCOVITZ: *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 43.

aludidos en dicho precepto. Sin embargo, hay que recurrir al título de donde provenga la legitimación para exigir el resarcimiento porque, precisamente, será el condicionante de las cantidades que cada acción legítima a reclamar. En otras palabras, la obligación de pagar la fianza, asumida previamente por el deudor principal como obligación que no necesita en determinadas ocasiones que se integre en la relación una garantía previa, requiere que se precise el origen del crédito, que se encuadra de la manera siguiente: Las cantidades cuyo origen se justifiquen en la relación causal entre el acreedor y el deudor, componen el contenido de la subrogación, sin olvidar las garantías adicionales que se pudieran añadir y que reforzarían el crédito principal. En consecuencia, todos aquellos gastos, daños e intereses o demás conceptos que puedan surgir de la propia estructura de la relación de fianza, derivan de la relación misma, por lo que el origen de dichas pretensiones queda al margen del contenido de la subrogación y la reclamación pertinente deberá hacerse mediante el correspondiente ejercicio de la acción de regreso. Ello conduce a que un importante grupo de juristas planteen que el tercero que pagó no estará legitimado para pretender del deudor cantidad superior a la que efectivamente desembolsó (199), si bien lo dicho no se contrapone con el sentido que ya quiso indicar Laurent (200) cuando sostenía que únicamente respecto al deudor es cuando se distingue entre capital e intereses, puesto que, con relación al fiador, todo lo que se debe pagar se reputa como deuda principal. Por ello, Miccio (201) afirma ciertamente, como ejemplo de la opinión de numerosos autores, que el contenido del regreso debe entenderse superior al de la subrogación, si bien ya dejamos anteriormente sentado que entendemos que el fiador se va subrogando progresivamente en todos los derechos que tenía el acreedor en el momento en que se instituyó la fianza y los que posteriormente adquiriera (202), puesto que el montante restante expresaría una relación entre subrogado y deudor originario y, como tal, el quantum no puede determinarse por la cantidad que pagó el subrogado para adquirir el crédito (203).

Un numeroso grupo de notables juristas sostuvieron también la posición de que la finalidad de la subrogación es facilitar el derecho de reembolso (204). Sitúan, pues, la subrogación en función del regreso.

(199) MERLO, *op. cit.*, p. 169. GIORGI: *Le obbligazioni*, pp. 302 y ss.

(200) LAURENT, *op. cit.*, p. 244.

(201) MICCIO: *Commentario...*, *op. cit.*, p. 701.

(202) MERLO, *op. cit.*, p. 166. MICCIO, *ult. op. cit.*, p. 702, meramente a título de ejemplo, DE MARTINO.

(203) MICCIO: *Commentario...*, *op. cit.*, p. 503. En el mismo sentido se pronuncia FRAGALI.

(204) BO, N.D.I., p. 1.119, *op. cit.* MERLO, *op. cit.*, pp. 167 y 252. RUGGIERO, t. II, *op. cit.*, pp. 112 y 611. REDENTI: *Dizionario pratico del Diritto privato*, voz «Fideiussione», p. 135. CHIRONI, G. P.: *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, vol. II, Turin, 1912, pp. 115 y ss.

El derecho de reembolso se centra en el regreso, al que habría que añadir el reforzamiento de las garantías vinculadas a la subrogación.

Con estos antecedentes surge un intento de aproximación de ambas acciones. Los partidarios de esta tesis no son numerosos, pero, no obstante, la cuestión teórica que presentan justifica que se plantee como una vía alternativa el doble ejercicio de acciones conferido por la propia Ley.

Entre nuestros autores, abogan por la refundición de ambas acciones escasos tratadistas (205), pudiéndose afirmar que la teoría propugnada por la mayoría, secundada por el sentir jurisprudencial, es el de proclamar el reconocimiento de la dualidad de las mismas (206). Obviamente, es el criterio contrario al de los partidarios de la vinculación de la acción de regreso a la subrogación (207). A esta última se le objeta que no puede atribírsele mayor valor que el de la diversidad de medios de realización, lo que no permite el ejercicio coetáneo de ambas acciones, pero sí la alternancia de las mismas (208). Precisamente una de las teorías que propició esta orientación fue la que recibió la calificación de regreso legal, que consiste en apoyar los argumentos de que el crédito primitivo se extingue por efecto del pago, aunque simultáneamente surge otro, con idéntico contenido a favor del que pagó, con la ventaja, además, de que se le adhieren las garantías del crédito principal. Este nuevo derecho surgiría por fuerza de la Ley, dando vida a un derecho de regreso contra el deudor principal.

Posteriormente, esta teoría la readapta Magini, que explica la subrogación calificando el pago de «sui generis», del que cabe destacar un doble aspecto: Uno, que extingue la obligación; y otro, que es el que posibilita el traspaso de la obligación pero no su extinción.

(205) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, «Derecho General de las Obligaciones», tomo I, vol. II, Barcelona, 1959, p. 202. DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 343. PÉREZ ALVAREZ, M. A.: *La solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985, pp. 287 y ss.

En la doctrina italiana, AMORTH, *op. cit.*, p. 133, propugna la unificación. También RAVAZZONI, aunque reconoce la existencia individualizada de las dos acciones, no por ello deja de abrir una brecha a favor de su fusión. *Novissimo Digesto italiano*, voz «Fideiussione», p. 290.

(206) GUILARTE, *op. cit.*, p. 215. GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso de Derecho civil*. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual, Madrid, 1968, pp. 440 y ss. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. I, p. 599. DE BUEN, *op. cit.*, p. 655. CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, «Derecho de Obligaciones», Madrid, 1959, pp. 371 y ss. CIAN, G., y TRABUCCI, A.: *Commentario breve al Codice civile*, Milán, 1981, p. 815.

(207) FRAGALI: *Commentario...*, p. 362.

(208) REDENTI, *op. cit.*, p. 135, limita esta posición únicamente a determinadas circunstancias.

Esta teoría se denominó «de la expropiación del crédito» (209).

El panorama de las tesis reinantes ha quedado brevemente expuesto; sin embargo, algunas críticas comunes se pueden hacer a todas ellas, apoyándonos en la tesis de Fragali.

En primer lugar, creemos, como bien afirma el autor referido (210), que todas estas tesis dejan claro que la función de la subrogación es subentrar en la posición jurídica que ostentaba el acreedor, pero no coadyuvan a perfilar la institución misma; tanto subrogación como regreso operan como efecto del pago, pero el fenómeno subrogatorio no puede reducirse a este criterio estricto, pues no se puede transferir una posición funcional, como la del acreedor, sin transferir la posición que justifica la función. Es evidente que hoy en día la duplicidad de acciones en el Código civil responde a una trayectoria legislativa que recogió las acciones derivadas de las relaciones de mandato y las de gestión de negocios ajenos, convertidas, en opinión de algunos autores, en residuos históricos.

Esta apreciación contribuye a una toma de posición radicalmente diferente de las anteriores, por ello se ha pretendido encontrar en ambas acciones una identidad derivada de concepciones económicas, pero no jurídicas que, aunque pretenda justificar que el derecho de reembolso tiene por objeto la misma prestación que el derecho del acreedor, no puede consistir en el mismo derecho atribuido al acreedor. De ahí, que se configure el regreso como el momento dinámico del fenómeno subrogatorio lo que permite argumentar la modificación del Código civil italiano como un intento de la nueva Ley de considerar las normas relativas al regreso un desarrollo de las concernientes a la subrogación.

No se puede limitar la subrogación a la idea de una mutación de derechos crediticios y garantías (211); por ello, es interesante resaltar que Fragali utiliza el término subingreso, pero no como lo hace Andreoli, en materia fundamentalmente de seguros, sino para agrupar con dicho término, subrogación y regreso, que estima, podrán ejercitarse alternativamente, porque define el regreso como el poder de hacer valer frente al deudor los efectos subrogatorios subsiguientes al pago, utilizando en favor propio el derecho del acreedor de exigir del deudor la prestación objeto de la obligación garantizada.

Sin embargo, la clave para la comprensión de esta teoría radica en que, a priori, hay una diferenciación sustancial entre lo que entiendo por derecho de reembolso y de regreso.

(209) MAGINI, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

(210) FRAGALI, *Comentario*, p. 359.

(211) RAVAZZONI también propugna la idea de que la subrogación no es mera consecuencia del pago. *Novissimo Digesto, op. cit.*, p. 201.

Para este autor, la referencia a dichos preceptos no implica aludir a supuestos similares. Estimamos que ello es precisamente el punto que permite vincular el funcionamiento de las mismas. Por ello aduce que manifestar que el contenido de la acción de regreso es más amplio que el de la subrogación es falaz, porque regreso, en sentido técnico, es reembolso de aquello que se pagó, no pudiendo, por tanto, comprender más.

Esta orientación aplicada a nuestro sistema nos permitiría alegar las siguientes argumentaciones: Nuestro artículo 1.838 abarcaría, además del regreso estricto, entendido en su significación más clásica, otros conceptos impropios de dicha acción, por lo que, en primer lugar, la utilización del término regreso, aunque sea un término que la doctrina, producto del empleo del Derecho Comparado, ha ido expandiendo, es un término inexacto, que debería limitarse al ámbito de las relaciones solidarias o a la esfera donde propiamente encuentra sus raíces, que es la órbita del Derecho Cambiario. En consecuencia, el artículo 1.838 comprendería la cantidad principal de la deuda más los intereses producidos una vez el deudor hubiera incurrido en mora, lo que podría asemejarle al contenido de la subrogación sin considerar las garantías accesorias, a lo que habría que añadir los gastos derivados de la relación estipulada entre fiador y deudor, no exigible en vía del regreso, pero sí por el artículo 1.838, adicionando la posibilidad de exigir aquellas cantidades derivadas de posibles daños y perjuicios.

La confrontación del contenido de cada acción pone de relieve que siempre que se ejercita la subrogación se está integrando en su realización parte del contenido de la acción de reembolso, por lo que, en este aspecto, es cierto que la cuantía de una está en función del ejercicio de la otra. Ahora bien, ¿cómo se justifica el excedente? Aun poniendo el derecho de subrogación en función del ejercicio de la acción de regreso, habría que seguir reconociendo la existencia de una acción autónoma que podrá ejercitarse por el montante de las cantidades debidas y no satisfechas, lo que en todo caso conduce al reconocimiento del ejercicio alternativo, puesto que la acción de reembolso es más amplia que la de subrogación o, en todo caso, el ejercicio cumulativo de las acciones por el débito reclamado y no satisfecho.

Como conclusión, podríamos decir con Fragali, que se dan dos acciones deversas, pero que, al mismo tiempo, permitirían una fusión, porque la acción de subrogación no tiene otro efecto que el reembolso de lo pagado, con lo que el derecho de regreso sería, en todo caso, la facultad de valerse de los efectos subrogatorios respecto al deudor.

Ejemplo de este criterio se tiene en la legislación comparada. El sistema alemán resuelve con mayor fluidez esta cuestión con un criterio más

permisivo (212), según preceptúa el párrafo 670 (213). Sobre la base, la doctrina dominante considera que esta hipótesis —al igual que sucede en los Códigos inspirados en el francés— se dan dos pretensiones dirigidas a la misma finalidad. Se produce, consiguientemente, una concurrencia de pretensiones, siendo para Larenz más exacto admitir «sólo una pretensión de reembolso fundada en igual medida en varios preceptos legales que únicamente por motivos de técnica legislativa reviste la forma de una transmisión de créditos» (214). Hay, además, un interés compartido por toda la doctrina en favor de admitir una única pretensión, en lugar de la posibilidad de oponer al crédito transmitido al fiador las excepciones derivadas de la relación interna (215).

(212) FRAGALI: *Commentario...*, pp. 362-367.

(213) Parágrafo 670 B.G.B.: «Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so it der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet.»

(214) LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, t. II, Madrid, 1959, p. 456.

(215) Además de ser el sentir general, así lo expresa el párrafo 774-1.º: «Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.»

