



Universidad de Valencia
Facultad de Derecho

Universidad de Valencia
Facultad de Derecho

ENTRADA - 1432

Fecha 4-6-86

VICENTE L. MONTES PENADES
Catedrático de Derecho Civil

Ilma. Sra.:

La Licenciada D^a MARIA JOSE REYES LOPEZ ha concluido el estudio que sobre "SUBROGACION Y REGRESO EN LA FIANZA" se le habia propuesto como Tesis Doctoral, bajo la dirección del Profesor que suscribe y que ahora se presenta, adjunto al presente escrito.

Salvo criterio mejor fundado, al que desde luego nos sometemos de antemano, entiendo que se trata de un trabajo muy elaborado del que sólo cabe hablar en términos elogiosos. En primer lugar, se ha de destacar la absoluta honestidad con que se ha llevado a término, utilizando y manejando la Bibliografía española y extranjera de interés para el tema en las Bibliotecas de esta Facultad, de las Facultades de Derecho de las Universidades Autónoma de Madrid y de Murcia, en el Colegio Notarial de Madrid y en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, la Facultad Internacional de Derecho Comparado y el Consejo de Europa, en Estrasburgo y la Universidad de París (Sorbonne).

En segundo término, se ha de subrayar la dificultad del tema, y por ello la gravedad del empeño, pues sabido es que la interpretación y la explanación de los preceptos contenidos en los artículos 1838 y 1839/ del Código civil constituyen una cuestión debatida y tormentosa en la doctrina y en la Jurisprudencia españolas, que la Licenciada D^a MARIA JOSE REYES aborda con decisión y con gran riqueza de argumentos, en buena medida obtenidos de un profundo y riguroso estudio de los antecedentes históricos de los textos, a través de los autores cuya opinión fué tenida en cuenta por los redactores del Código civil francés.

Además, la tesis obedece a un proceso lógico que toma como punto de partida los escollos de la interpretación usual y trata de componer el auténtico sentido de los preceptos desde su formación, señalando las acciones de regreso del mecanismo de la subrogación, todo ello a través de una selección y de una lectura cuidadosas y promenorizadas de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que dieron lugar a los preceptos actualmente vigentes del Código civil.

El estudio realizado se proyecta sobre la subrogación y el regreso por separado, presentando en cada caso su origen romanístico, su formulación en los textos históricos, las posiciones doctrinales de mayor interés y su problemática actual, para llegar después al tratamiento de los problemas que suscitan la subrogación y el regreso en su conexión. Lo que se concluye con un estudio del problema en la fianza simple y en la fianza solidaria.

Todo ello va tratado con el rigor de una reflexión personal, absolutamente original, fundada en un conocimiento de primera mano de las

mm
—



Universidad de Valencia
Facultad de Derecho

— 2 —

fuentes utilizadas, para llegar a conclusiones que entendemos bien fundadas.

En consecuencia, creo que nos hallamos ante un estudio brillante, digno de la mejor suerte, pero en todo caso merecedor ~~de~~ que, mediante el cumplimiento de los trámites procedentes, sea sometido a lectura y defensa públicas.

Lo que tengo el honor de decir a V.I. para conocimiento y efectos y para su traslado a la Junta de Facultad, en Valencia a cuatro de junio de mil novecientos ochenta y seis.

Dr. Vicente Montes

Fdo.- Dr. V.L. Montés
Catedrático de Derecho Civil

ILMA. SRA. DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA.-

Ernesto J. Uidal Gil, Secretario de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Valencia:

CERTIFICO: que, esta tesis Doctoral ha
sido depositada y presentada
en el día de la fecha en esta
Secretaría y se registra con el
nº 151 en el libro correspondiente

y para que conste, oído, firmo y sello en
presencia en Valencia a cuatro de junio de
mil novecientos ochenta y seis



Ernesto J. Uidal Gil

BID. 1000
108

UNIVERSIDAD DE VALENCIA
FACULTAD DE DERECHO

"SUBROGACION Y REGRESO EN LA FIANZA"

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR
DA MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
DIRIGIDA POR EL CATEDRÁTICO
DR.D. VICENTE L. MONTÉS PENADÉS



UMI Number: U607200

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607200

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

Nº Dobiv 381573

Nº Libis 381575

TR. 101531

INTRODUCCIÓN

El tema objeto de este trabajo de tesis doctoral, realizado bajo la dirección del catedrático de Derecho Civil Dr.D. Vicente Montés Penadés, lleva por título "Subrogación y regreso en la fianza".

El estudio de este tema no resulta tarea fácil. Subrogación en el pago, acción de regreso y relación de fianza constituyen figuras jurídicas con sustantividad propia. Compaginar el desarrollo de las dos primeras en el ámbito de la relación de fianza es el empeño de esta labor de investigación.

El planteamiento de la acción de subrogación genera cuestiones que, de por sí, son de difícil delimitación.

La subrogación es una figura jurídica que se recoge en el Código Civil respondiendo a las circunstancias sociales, que permitieron la aparición del *beneficium cedendarum actionum* como remedio para subsanar el desembolso patrimonial que una tercera persona hubiera realizado, ajena en principio, a la relación obligatoria establecida.

El comportamiento reparador del Derecho Común, respecto a la persona que pagaba, tenía especial justificación si el pago realizado por un tercero operaba en una relación de fianza, puesto que en sus orígenes ésta se configuró como institución de beneficiario. Ello significaba que el que se comprometía a pagar en lugar de otro realizaba un desembolso patrimonial por el que posteriormente no podría reclamar al encontrarse desprovisto de recursos legales.

Ello originó que en la actuación del tercero interviniente se distinguieran dos causas distintas que justificasen su comportamiento.

Se diferenciaba según que, previamente al pago, existiera una relación contractual que obligara al tercero a realizar el pago. El criterio delimitativo se encontraba, por consiguiente, en que mediara una relación de mandato o gestión de negocios ajenos. Así, a la parte que realizaba el pago, justificando su actuación en esta relación jurídica, le correspondía una acción derivada del mandato, gestión de negocios ajenos...; a toda aquélla que pagaba, sin causa previamente especificada, se le concedía el beneficio de subrogación.

A diferencia de la primera acción, que encuentra su justificación en una relación jurídica previa, la configuración del beneficio de subrogación parte de la existencia de un vacío legal que requiere una protección jurídica adecuada.

La Codificación recoge estas dos acciones haciendo abstracción de su causa, regulando una a continuación de la otra.

Nos encontramos, pues, con que en la normativa de la fianza aparecen dos artículos correlativos, el 1.838 y 1.839, cuya lectura suscita inmediatamente el interrogante de cuál es la forma de interpretar la coexistencia de ambos preceptos.

Como consecuencia de que estas acciones, antes de que se recogieran en el Código Civil, regularan situaciones diferentes, aparece la acción de reembolso del artículo 1.838 con un contenido más amplio que la acción de subrogación, legitimando, además, al fiador a exigir un derecho de crédito desde

posiciones diferentes.

El título de este trabajo emplea la denominación "regreso" y no acción de indemnización o de reembolso. Se ha escogido este término por entender que acción de regreso es aquélla que se da en una relación con pluralidad de sujetos, siempre que uno de ellos pague y tenga por finalidad el reembolso de la cantidad desembolsado.

Por ello, se analizará el contenido de la acción del artículo 1.838 para ver si tiene una extensión superior que la acción de regreso en sentido estricto.

La primera cuestión que plantea la lectura de su artículo es, precisamente, el contenido de la acción de regreso. Las cantidades, que sobrepasen la cuantía del capital desembolsado en el pago del débito, constituirán el objeto de una acción de reembolso o indemnización.

Ahora bien, si la acción de regreso y la de subrogación se extienden únicamente a reclamar lo desembolsado ¿No estará nuestro ordenamiento civil regulando dos acciones similares?. Este es el planteamiento que ha seguido un amplio sector de la doctrina italiana para atribuir a ambas acciones un contenido unitario.

Así pues, veremos a lo largo de este trabajo la configuración que la doctrina ha pretendido dar a la subrogación y al regreso como dos efectos derivados del pago realizado por el fiador en el que uno -principalmente la acción de subrogación- sería el efecto automático y el otro -el regreso-

constituiría el aspecto dinámico de la misma.

En definitiva, lo que trataremos de desentrañar es si ambas constituyen dos acciones independientes o si son distintas vertientes de una misma pretensión.

La dificultad no concluye en la delimitación de su contenido sino que se extiende al momento en que comienza a surtir efectos la opción por una u otra acción. La subrogación retrotrae sus efectos a la fecha en que el acreedor adquirió los derechos que garantizaron su deuda. Por el contrario, el origen de la acción de regreso hay que centrarlo en el día del pago. Es una acción nueva que nace como efecto del pago, desprovista, al contrario que la subrogación, de unos derechos y acciones que refuercen el cumplimiento del crédito inicial.

A los problemas que suscita la redacción de estos artículos, hay que añadir que el criterio jurisprudencial, en las escasas ocasiones que se ha pronunciado sobre el tema, se limita a atribuir al fiador que pagó las dos acciones indiscriminadamente, de lo que cabe deducir que reconoce la existencia de ambas, si bien no contribuye a establecer criterios fronterizos entre una y otra acción.

Estos van a ser los planteamientos iniciales de los que partiremos: Existencia de dos acciones recogidas en el Código Civil cuya finalidad responde a la misma exigencia; criterio jurisprudencial que reconoce la vigencia de la acción de subrogación y la de regreso y opiniones doctrinales tendentes a refundir ambos preceptos en una misma acción.

Partiendo de estas premisas convendrá conocer las circunstancias que ocasionaron la regulación de la *actio cedendarum actionum* y la *actio mandati o negotiorum gestorum* y la evolución de estas acciones hasta la etapa codificadora, a fin de intentar justificar la existencia de estas figuras en los distintos cuerpos legales. Posteriormente, nos detendremos en el estudio de la subrogación para analizar lo que el Código Civil entiende por tal, los efectos que produce, el ámbito de aplicación al que se limita... El mismo tratamiento daremos a la acción de regreso.

Como ambas se producen después de haber pagado, estudiaremos la normativa destinada a regular los efectos que produce el pago por tercero.

Por último, delimitados el beneficio de subrogación y la acción de regreso, se estudiarán sus repercusiones en la esfera propia de la relación obligatoria de fianza.

La fianza es una figura jurídica cuyo estudio plantea problemas específicos.

Que la fianza sea una garantía de carácter personal obligará a atender el carácter principal o accesorio de la misma, así como la forma de asunción de responsabilidad, simple o solidaria, motivará que se dediquen dos capítulos al estudio respectivo de la fianza simple y solidaria.

En el capítulo dedicado a la fianza simple se estudiará el ámbito de aplicación de los artículos 1.838 y 1.839 a los que ya nos hemos referido, mientras que en el capítulo des-

tinado a la fianza solidaria se hará principal hincapié en el mecanismo de estas acciones, tanto en el ámbito de la relación externa como interna de solidaridad, pues el desdoblamiento del régimen de solidaridad en estas dos vertientes plantea problemas específicos, en lo que se refiere a las relaciones acreedor-cofiador; deudor-cofiadores y cofiadores entre sí.

Por último, se analizará el artículo 1.852 del Código Civil, precepto que, además de declarar la subrogación aplicable a todo tipo de fianza, incluso la solidaria, se caracteriza por atribuir a la subrogación el valor de condición de cuya subsistencia depende la vigencia de la relación de fianza.

- PREMISAS
1. - CONCEPCIÓN GENÉRICA DE GARANTÍA.
 2. - CONCEPTO TÉCNICO DE GARANTÍA. CARACTERES.
 3. - CLASES: GARANTÍAS PERSONALES Y REALES.
 4. - CARACTERES GENÉRICOS DE LAS GARANTÍAS PERSONALES.

PREMISAS - 1. CONCEPCIÓN GENÉRICA DE GARANTÍA.

La relación obligatoria de fianza, cuyos antecedentes se remontan a la época más temprana del Derecho Romano, siempre se ha configurado como una garantía personal. Ahora bien, referirse en sentido lato a la noción de garantía no significa, en principio, aportar notas que definan por sí solas la institución garante. Baste tan sólo como ejemplo, una ojeada a los C.C. actuales, que en su redacción originaria se inspiraron en el C.C. Napoleónico. Ninguno de ellos contiene una construcción dogmática o conceptual de lo que debe comprender la noción jurídica de garantía. Es más, cuando tiene que proveerse de alguna de ellas o esta ya es existente, por los motivos que a continuación expondremos, tendrá que sujetarse al régimen específico de la institución a la que se halle vinculada con carácter dependiente.

En la actualidad, se parte de una concepción amplia de garantía, configurándola como un medio de asegurar el cumplimiento de una obligación o el goce de un derecho (1). Dichas conceptualizaciones son el resultado de una deducción efectuada partiendo del estudio de las distintas figuras jurídicas en las que aparecen supuestos de garantía.

Precisamos del método deductivo, abundando en lo ya anunciado, porque garantías no se encuentran únicamente en un escaso número de supuestos. Así pues, contrariamente a lo que podría considerarse definición dogmática de

la figura que tratamos, hay que distinguir diversas situaciones jurídicas que cumplen la función, en unos casos, de hacer posible la estipulación de una relación obligatoria, precisamente, por la existencia de dicha garantía que respaldará las expectativas del acreedor respecto a su crédito; o bien, en otras circunstancias, porque garantice el pleno goce o disfrute de un derecho.

Concepción, en conclusión, que engloba situaciones heterogéneas, puesto que se producirán efectos bien diferentes de ser un tercero al que afecte todo su patrimonio o parte de sus bienes en una obligación contraída por otro, que la situación en la que es el propio deudor quien garantiza, en supuesto de transmisiones patrimoniales por ejemplo, el goce y disfrute pacíficos de los mismos.

Los supuestos apuntados precisan de varias matizaciones, que sólo es posible hacer en la actualidad. No en todas las épocas ha tenido idéntica configuración. Como veremos seguidamente, el concepto de garantía es el resultado de la unificación de distintos supuestos debatidos ampliamente por la doctrina, como la noción de débito y responsabilidad, así como el concepto de obligación.

La necesidad de efectuar ciertas diferenciaciones viene motivada porque los fenómenos expuestos hacen y producen consecuencias divergentes.

La inmersión de un tercero en una relación jurídica ya establecida con la finalidad de reforzar el derecho expectante del acreedor a recibir su crédito supone la introducción de un nuevo elemento en la estructura de la relación obligacional preconstituida, o incluso, con fre-

cuencia provocará una nueva obligación dependiente y accesorio de la ya existente; mientras que hay que considerar que la relación jurídica permanece inalterada si el propio obligado es quien debe garantizar las obligaciones que se deriven de la asunción de la relación obligatoria, que, por otra parte, están implícitas en la estructura obligacional asumida (2).

De lo expuesto se desprende la conveniencia de distinguir los supuestos que entrañan garantía. Partiendo de la diferenciación que hace Fragali (3) pueden destacarse las siguientes garantías:

- a) Garantía considerada como medida tutelar de la relación obligatoria frente a posibles acontecimientos que puedan ponerla en peligro.
- b) Garantía entendida como ampliación de responsabilidad del deudor mediando otra nueva obligación cuyo fin sea asegurar el contenido patrimonial del derecho que ostenta el acreedor.
- c) Garantía configurada como un derecho de resarcimiento que nacerá en el momento mismo de producirse un acto dañoso.
- d) Garantía cuya finalidad sea prestar una cobertura económica a un riesgo que la parte inmersa en dicha situación trata de paliar mediante la estipulación de una póliza de carácter asegurativo (4).
- e) Garantía como elemento determinante de la constitución de una relación obligatoria, o elemento que influye para el mantenimiento y consiguiente no extinción de dicha relación jurídica.

Esta forma de garantía normalmente se constituye mediante el nacimiento de una nueva obligación vinculada a la primera, que, respecto a ésta, asumirá el carácter de obligación principal.

Este esquema, sin olvidar que garantía también es indicativo del poder de agresión que ostente un determinado acreedor frente a los restantes, permite referirse a figuras diversas que cumplan todas ellas la misma función. Esta ambigüedad permite citar como instituciones de garantía las más dispares figuras jurídicas: La hipoteca; el derecho de retención; el aval cambiario; la anticresis; la fianza personal cuyo límite nunca podrá sobrepasar la responsabilidad de la obligación contraída por el deudor principal (5); la condición resolutoria con pacto de no devolución de lo percibido; las acciones subrogatoria y revocatoria; el embargo preventivo, así como aquellos supuestos que impliquen una finalidad asegurativa (6).

2. CONCEPTO TÉCNICO DE GARANTÍA. CARACTERES.

La voz garantía es de origen germánico; proviene del alemán clásico *waren* o *waeren*.

El término *warentare* se utilizaba con la finalidad exclusiva de resaltar la obligación de garantía que correspondía al vendedor en la compraventa (*warens*). De ahí derivará el verbo que se emplea en la actualidad: Garantizar (*garantir, garantir, gewähren, warrant...*) (7).

La práctica de este verbo para indicar la categoría dog

mática de las garantías de las obligaciones es relativamente reciente.

La Jurisprudencia medieval ignoró una elaboración sistemática de dicho concepto. A partir del siglo XIX la Escuela Pandectista empieza a configurar una categoría especial para los contratos de garantía (*garantieverträge*), al mismo tiempo que formulaba una clasificación de los derechos y obligaciones cuya finalidad era servir de garantes.

El concepto de garantía no es de aplicación exclusiva al ámbito del Derecho privado; también es común a las instituciones de derecho público en su sentido técnico-jurídico, tanto en el ámbito del Derecho Administrativo como en la esfera del Derecho Constitucional, sin olvidar su existencia en el panorama de los Derechos Procesal e Internacional.

En el ámbito del Derecho privado debe entenderse en su significado técnico-jurídico, cualquier obligación que complemente o forme el contenido de un negocio, cumpliendo el requisito de situarse en una posición subordinada a otra preexistente o que nazca simultáneamente a esta. Precisamente, una de las características que define la garantía es no poder consistir en la formación de una nueva obligación a cargo del mismo deudor, porque de suceder así, el acreedor no vería reforzada su posición mediante la yuxtaposición de otros patrimonios (8). No puede, en consecuencia, concretarse en la asunción de una obligación cuyo contenido económico se circunscriba a la esfera patrimonial del obligado.

Sin entrar en la polémica que surgiera antaño entre la posibilidad de existencia de situaciones jurídicas en las que hubiera responsabilidad sin débito o viceversa (*Schuld-und Haftung*) que se resolvió definitivamente llegando a un criterio unitario de ambos conceptos (10), como bien afirma Amorós Guardiola (11) cabría distinguir entre la afección de un patrimonio en general o la de una cosa en particular. Mientras que la garantía recae sobre una o varias cosas, determinadas en su individualidad económica, cuyo valor queda afecto subsidiariamente a la satisfacción de la obligación incumplida, la responsabilidad implica la sujeción de un patrimonio genérico o *universitas*. Este argumento sirve al autor citado para calificar de errónea la opinión de aquellos autores que entienden la garantía como una clase de responsabilidad (11); incluso va más allá en sus argumentaciones considerando, después de delimitar los conceptos de responsabilidad y garantía, que toda medida tendente a convertir en más segura la posición del acreedor puede considerarse como garantía, siendo esta un privilegio, en todo caso, del acreedor.

3. CLASES: GARANTÍAS PERSONALES Y REALES.

Las garantías se clasifican en: Personales y reales. Estas últimas quedan fuera del ámbito de nuestro estudio, por lo que remitimos al lector interesado a la extensa bibliografía sobre la materia (12).

Las personales son el punto de partida del presente trabajo, ya que el objeto del mismo, la fianza, es una de las instituciones más significativas dentro de ella,

si bien, en ciertas circunstancias, que posteriormente se expondrán, los caracteres genéricos de este tipo de garantía quedan menoscabados por las propias disposiciones de los Códigos Civiles. Estos permiten con carácter opcional o preceptivo la constitución de la fianza en forma solidaria, con lo que el carácter accesorio de la institución queda aminorado, produciendo el efecto de alterar sustancialmente las características genéricas de las garantías.

4. CARACTERES GENÉRICOS DE LAS GARANTÍAS PERSONALES.

Define Bonelli (13) la garantía personal como la asunción de responsabilidad de una obligación, no contraída originariamente por el garante, que le permite acceder a una relación jurídica no establecida por él.

Esta definición es válida como punto de partida para destacar las características de las garantías personales.

La garantía personal presupone asumir la responsabilidad de una obligación no contraída por el garante, que supondrá la afeción de un patrimonio distinto del llamado a responder, en principio (14). Esta aceptación de responsabilidad ajena como propia presupone, en la mayoría de los casos, el conocimiento de una obligación subsidiaria, dependiente, por tanto, de aquella que pretende garantizar. Con respecto a la obligación principal, la subsidiaria mantendrá su naturaleza accesoria, como posteriormente explicaremos.

Estas obligaciones, a su vez, cumplen la función de completar o contribuir a la formación de la relación jurídica prin

cial, normalmente de carácter contractual. La peculiaridad de este ligamen radica en que la obligación subsidiaria no podrá vincularse, en principio, a otra relación jurídica distinta de la que debe garantizar.

Contraria al espíritu de esta obligación es la estipulación de una nueva, cuya responsabilidad recaiga nuevamente en el deudor ya obligado, puesto que la garantía no puede concretarse en una obligación cuya responsabilidad incida en la esfera patrimonial del sujeto interviniente en la obligación principal. Se justifica esta negativa porque la incidencia de la responsabilidad en la esfera patrimonial del obligado subsidiario constituye un elemento esencial de la garantía.

La simple transmisión de un riesgo no es objeto de garantía propiamente dicha por cuanto no sólo se transfiere aquel sino también las repercusiones económicas implícitas en el cumplimiento de la obligación, cuyos efectos repercutirán en un ámbito patrimonial diverso, motivado porque la finalidad de la transferencia es conservar la integridad de la esfera patrimonial propia.

Todas estas incidencias conducen a la conclusión de que la obligación personal de garantía es un medio para poner a disposición del acreedor el patrimonio de un sujeto diverso del deudor principal. La actuación del tercero se puede reconducir a una posición garante porque coadyuva a la realización del interés del acreedor a la prestación, asumiendo la obligación de otro, con una forma de actuación característica, que facilita al garante no entrar en la relación originaria permitiendo de esta forma, que esta obligación no resulte subjetivamente modificada (15).

- 1) Cfra. Giorgio Bo, Nuovo Digesto Italiano. Voz garantía, p. 192; Michele Fragali, Enciclopedia del Derecho. Voz garantía, p. 446.
- 2) Allara, "La prestación en lugar de cumplimiento". Palermo, 1927, n. 128 y ss. y n. 135.
- 3) Fragali, op.cit., p. 448.
- 4) Messineo, "Manuale di diritto civile e commerciale", t. III. Milán, 1959, p. 60.
- 5) Ravazzoni, "La fideiussione". Milán, 1957, p. 133 y ss., siendo fiel reflejo de la opinión unánime de la doctrina.
- 6) Betti, "Teoria generale delle obbligazioni", T. I. Milán, 1953, nº 41, 129 y 162.
- 7) Fragali, Enciclopedia del Derecho, op.cit., p. 447.
- 8) Fragali, ult. op.cit., p. 448. Díez Picazo, Luis, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", T.I. 2ª reimp. Madrid, 1979, p. 572.
- 9) Amorós Guardiola, Manuel, "La garantía patrimonial y sus formas". Rev. Gral. de Legis. y Juris., mayo 1972, p. 1.
- 10) Hernández Gil, Antonio, "Derecho de obligaciones". Madrid, 1960, 2ª ed., pp. 23 y ss. y 84 y ss.
ROCA SASTRE, R.Ma, "Estudios de Derecho Privado", T.I., Madrid, 1948.
- 11) En dicho sentido La Rica afirma que al lado de la responsabilidad universal existe otra responsabilidad patrimonial menos amplia pero más concreta, a la que califica de patrimonial en sentido estricto. Cfra. "La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de la hipoteca". Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, publicada en los Anales de dicha Academia.

- 12) Vide. Montel, voz Garanzia (Diritti reali) en N.D.I. p. 742.
Rotondi, S., "Garanzia", en Scialoja, Dizionario del Diritto Privato, pt. 1, p. 236.
Gorla, "Le garanzie reali dell'obbligazione", Milán, 1935.
ROCA SASTRE, R. Ma., "Derecho Hipotecario", T. IV, Barcelona, 1948, pp. 15 y ss.
- 13) Bonelli, Gustavo, "Sulla natura dell'avallo, e sugli obblighi del possessore per conservare l'azione verso l'avallante". Riv. Dir. Comm., 1911, t. II, p. 116.
- 14) Sobre los conceptos de deuda y responsabilidad vide Antonio Hernández Gil, "Derecho de obligaciones", 2ª reimp. Madrid, 1960, pp. 77 a 88; Díez-Picazo, "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". T. I., 2ª reimp., Madrid, 1979, pp. 368 a 377; José Beltrán de Heredia, "El cumplimiento de las obligaciones". Madrid, 1956, pp. 31-35.
- 15) Para un extenso estudio sobre las garantías, vide Fragali, op.cit., pp. 446 a 466.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LAS GARANTIAS PERSONALES

1. ANTECEDENTES REMOTOS DE LA FIANZA.
2. ORIGEN DE LAS GARANTÍAS.
3. FORMAS PRIMITIVAS.
4. LA SPONSIO.
5. LA FIDEPROMISSIO.
6. LA FIDEJUSSIO.
 - 6.1. CARACTERÍSTICAS DE LA FIANZA.
 - 6.2. RESPONSABILIDADES DEL GARANTE.
 - 6.3. EXTENSIÓN DE LAS EXCEPCIONES DEL DEUDOR AL GARANTE.
 - 6.4. RELACIONES ENTRE DEUDOR-GARANTE.
 - 6.4.1. FORMA.
7. MODALIDADES JURÍDICAS QUE PUEDEN EXTINGUIR LA OBLIGACIÓN.
 - 7.1. PÉRDIDA FORTUITA DEL OBJETO DE LA OBLIGACIÓN.
 - 7.2. LITIS CONTESTATIO.
 - 7.3. NOVACIÓN.
 - 7.4. CONFUSIÓN.
 - 7.5. COMPENSACIÓN.
8. EXCEPCIONES QUE PUEDEN PONER EL DEUDOR PRINCIPAL Y EL GARANTE.

9. ACCIONES DE LAS QUE DISPONÍAN LOS GARANTES.
10. BENEFICIO DE CESIÓN DE ACCIONES.
 - 10.1. CESIÓN DE LAS ACCIONES DEL GARANTE CONTRA EL DEUDOR.
 - 10.2. CESIÓN DE LAS ACCIONES DEL GARANTE CONTRA EL RESTO DE COGARANTES.
11. RELACIÓN DEL BENEFICIUM CEDENDARUM CON EL BENEFICIUM DIVISIONIS.
12. PLURALIDAD DE FIADORES.
 - 12.1. RELACIONES EXISTENTES CON EL ACREEDOR.
 - 12.2. RELACIONES DE LOS COGARANTES ENTRE SÍ.
 - 12.3. EFECTOS.
13. REGRESO DEL GARANTE.
14. ACTIO MANDATI CONTRARIA.
15. CONDICIONES PARA EL CONOCIMIENTO Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REGRESO.
16. EXTINCIÓN DEL AFIANZAMIENTO.
17. INSTITUCIONES AFINES.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS GARANTÍAS PERSONALES.

1. Antecedentes remotos de la fianza.

Referirse a la noción de garantía en el Derecho Romano no presupone entenderla según el concepto técnico-jurídico que de la misma se tiene en la actualidad.

En las fuentes romanas no se encuentra una elaboración dogmática del concepto, ni tampoco de su estructura y función (1).

Las discusiones contemporáneas sobre el concepto de garantía resultaban ajenas -al menos en la época clásica- a la Jurisprudencia romana, que asumió la función de construir los principios más adecuados a la vida jurídica, según las necesidades del momento (2).

Como señala Biondi (3) los tratados y monografías de Derecho Romano otorgan la calificación de garantía a las más variadas instituciones, siempre que aseguren el cumplimiento de una obligación contraída por otro.

La definición y conceptualización de la misma quedó, pues, al arbitrio de los juristas, que elaboraron un sistema cuya idea común incidió en la constitución de un medio cuya finalidad fuera asegurar al acreedor el cumplimiento de la obligación (4).

Originariamente se prefirió entre las dos formas de garantía: La personal y la real, la primera, puesto que a diferenti

cia de esta última, presentaba la ventaja de respaldar con todo el patrimonio garante la obligación del acreedor; por contra de lo que sucedía con la aceptación de una garantía real, cuya aquiescencia implicaba la afección de uno o varios bienes previamente determinados con carácter exclusivo al patrimonio del acreedor.

Esta tendencia -recogida en la doctrina actual- supuso entender la garantía como refuerzo a la posición del acreedor, respaldando el crédito primitivo mediante la adición de un nuevo patrimonio, intentando de esta manera aminorar el riesgo de insolvencia del deudor obligado (5).

El concepto de garantía se fue elaborando conjuntamente al de débito y responsabilidad.

En las instituciones más primitivas de garantía se observaron remedios jurídicos que presuponen la asunción de responsabilidad en el cumplimiento de una obligación ajena, pero con la peculiaridad de que dichas instituciones, no se veían salvaguardadas con los correspondientes medios coercitivos para reclamar su exigibilidad.

La elaboración del concepto de *obligatio* que camina paralelamente al desarrollo de la distinción y posterior unificación entre *Schuld* y *Haftung*, permitió destacar que la garantía no constituía una obligación porque carecía de un *oportere* jurídicamente exigible. Esta imperfección induce a la conclusión de que no existe obligación del garante sino que únicamente está investido de responsabilidad, siendo efectiva si el deudor incumple su deber de prestación (6).

Semejantes inconvenientes también se vieron reproducidos

en el ámbito del Derecho Público. Sin embargo, y característico de ambos panoramas jurídicos, es la idea de que el nacimiento de la *obligatio* perfila la garantía como un negocio o elemento jurídico de carácter accesorio de la obligación principal, puesto que para que tenga eficacia requiere el incumplimiento previo de la obligación principal (7).

La garantía también obtendrá distinta calificación según los medios o formalidades de que se valga para ejecutar la obligación de un tercero o la satisfacción de un derecho; según los medios coactivos con los que el ordenamiento provea la protección del derecho del acreedor podía distinguirse un extenso panorama, que abarcaba desde las garantías genéricas o primarias, a aquellas que procuraron una mayor seguridad mediante la aplicación de unos remedios concretos que constituían garantías específicas.

Estos medios eran normalmente de carácter coactivo puesto que conllevaban la ejecución de los bienes afectos del patrimonio del obligado. Una sanción sobre la que recaía una condena de carácter pecuniario a fin de resarcir el daño (8).

También en toda época, la garantía cumplió una función económico-social contribuyendo a poner de relieve las consecuencias de su asunción, dependiente la mayoría de las veces de la autonomía de la voluntad de las partes.

La función social de las mismas justifica el cambio de predilección de las garantías de marcado carácter personalista, que las circunstancias históricas y consecuentemente sociales contribuyeron a su desprestigio paulatino, por las

de carácter real, en la que los acreedores encontraron el mejor modo de proteger sus derechos. Las razones de este cambio progresivo se irán viendo a lo largo de esta exposición; no obstante, adelantando las argumentaciones que posteriormente expondremos, se destaca que uno de los motivos que más contribuyó a esta evolución fue la pérdida de aquellos valores, que precisamente contribuyeron a su nacimiento.

Análoga evolución presentó la génesis de la *obligatio* entre los antiguos derechos germanos. Contrariamente al Derecho Romano, la doctrina germánica puso especial interés en distinguir los conceptos de deuda y responsabilidad, presentándola como una característica de la relación obligatoria, en la que aparecieron individualizados los dos elementos fundamentales que constituían el deber de cumplir la prestación debida de la responsabilidad y garantía que vinculaba una persona a una cosa.

La semejanza llega hasta el extremo de encontrar instituciones que cumplían la misma finalidad y de similar estructura. Así la *wadiatio longobarda*, que requería de formas negociales solemnes, cumplía la misma función que la *stipulatio* (9) figura que posteriormente estudiaremos.

2. ORIGEN DE LAS GARANTÍAS.

Como ya se ha dicho en páginas anteriores, aunque no faltaron autores que presentaron las garantías de la obligación como una categoría general con idéntica finalidad todas ellas, en Derecho Romano se ha constatado que los juristas clásicos compaginaban la existencia y el empleo

simultáneo de varias instituciones, constituyéndose la mayoría por el libre arbitrio de las partes, aunque también en casos limitados se permitía su constitución por imperativo legal.

Nos encontramos pues, con que desde la época más primitiva del Derecho Romano coexisten diversos términos (19): *Cavere* se utiliza en el sentido de prometer (11) o proporcionar, aunque el término en sí mismo no implica compromiso de garantía.

Indistintamente también se hablaba de *cautio cum satisfactione* o *idonea*. Solamente en la época moderna, *cautio* se empezó a denominar caución o fianza (12).

Tampoco *satisdatio* fue un término antiguo. El sustantivo por sí mismo no se vincula a ninguna figura jurídica. Servía únicamente para destacar que la garantía se constituía interviniendo varias personas (13).

A los términos *fideiussio* y *pignus* tampoco se les puede atribuir el carácter de primitivos. Similar cuestión plantea la *intercessio* cuyo origen se vincula al senado-consulto Veleyano del año 46 d.C., ya que se refiere tanto a las *fideiussiones* como a las *mutui dationes* (14).

Por último, destacar que la referencia al término *praestere* se hace sin distinguir entre obligación principal y de garantía, lo que indujo a pensar que la responsabilidad constituía un elemento genérico en todas las obligaciones (15).



3. FORMAS PRIMITIVAS.

Anteriormente a la *sponsio*, que es la garantía personal de las obligaciones más antigua de la época clásica, se encuentran otras figuras que evolucionaron hasta convertirse en las tres formas de mayor relevancia en el Derecho Romano: La *sponsio*; la *fidepromissio* y la *fideiussio*.

Estas figuras primitivas fueron el *praedes*; el *vades* y el *vindex*.

La doctrina no ha llegado a establecer un criterio suficientemente exacto sobre el orden temporal de estas instituciones, debido a que su estudio se fue desarrollando paralelamente al de la *obligatio* y a las controversias sobre la prioridad del delito o del contrato.

Se puede afirmar que aparecieron en una época muy temprana, porque al igual que sucede en la actualidad, el acreedor, en la mayoría de ocasiones, no tenía confianza en la solvencia real de su deudor; de ahí deviene la necesidad de buscar muchas veces un tercero a fin de que actúe como garante frente al acreedor del comprometido.

3.1. El *praes*.

En el periodo clásico coexisten dos formas de garantía que desaparecen posteriormente en la época de la República. Son el *praes* y el *vas*.

Aunque se tienen pocas noticias de ellas, se cree que una de las funciones comunes a ambas fue garantizar la comparecencia del demandado en los procesos civiles o del acu-

sado en los criminales.

Son figuras que cumplen, por tanto, una función específica, no pudiendo en ocasiones sustraerlas del ámbito propio al que quedaban circunscritas en el proceso, principalmente la segunda, puesto que la función del *praes* no se limita al proceso (16).

Estas dos instituciones se aplicaban cuando una de las partes que estipulaba el contrato era el Estado. Constituía práctica común, que todo contrato en el que interviniese el Estado exigiera a los ciudadanos contrayentes de la *obligatio* que garantizasen la misma.

Su utilización dependía de los contratistas de obras públicas y de la exigencia de su constitución impuesta por algunos Magistrados en determinados Municipios para la prosecución de algún proceso en que un particular se veía inmerso.

Posteriormente estas dos garantías van delimitando su ámbito de aplicación. De este modo, las acciones que el Estado exige a los ciudadanos que contratan o se comprometen con este se denominan *praedes*, cumpliendo la finalidad de garantizar la ejecución de sus compromisos.

Se cree que la constitución del *praes* suponía que únicamente podían quedar obligadas las personas intervinientes en la obligación, puesto que el negocio era de pura garantía, hasta tal extremo, que no se permitía al deudor quedar obligado si no se constituía *praes* de sí mismo (17).

El Pretor también podía exigir otros tipos de fianza, que en sentido genérico se podrían calificar de cauciones, cuya

finalidad era garantizar ciertas obligaciones impuestas a los litigantes. Así nació la obligación de restituir la cosa y los frutos en la *reivindicatio* (*praedes litis et vindiciarum*) compareciendo ante la Justicia (18).

Al igual que el *nexum* confería un derecho sobre la persona que los configuraba más deudores correales que fiadores de la deuda (19) y sus bienes, liberando al deudor anterior. El derecho sobre la primera se suprimió en una época temprana, pero a título subsidiario se pudo seguir exigiendo la afección de determinados bienes para garantizar el crédito (20). La asunción de este comportamiento garante originó la creación de la *praediorum subsignatio*.

La *praedes datio* subsistió en la época clásica, aplicándose incluso a los créditos que provenían de los Municipios formados por ciudadanos romanos (21).

En la República sigue utilizándose sin atribuirle un carácter exclusivamente procesal, a diferencia del *vades*. Sin embargo, en la época de mayor auge destaca por su carácter procesal, especialmente respecto a la *legis actio sacramento*, *praedes sacramenti*, y con un carácter más restringido a las acciones *in rem* de los *praedes litis et vindiciarum* (22).

En la época de las *legis actiones* se observa una bipolaridad en la forma de manifestación del instituto.

Las *praedes litum* y la *vindicium*, aplicables a las relaciones entre particulares (23) pretenden justificar la existencia de una obligación distinta del débito; mientras que a las *res publica* se aplica el *praedes sacramenti*.

Una vez iniciado el proceso en el que el Pretor atribuía la posesión temporal del objeto controvertido a la parte que detentaba la posesión, no se le obligaba a que restituyera la cosa en caso de pérdida, correspondiendo contrariamente al *praedes* la obligación de indemnización, viendo los estudiosos de la materia en este supuesto una manifestación de responsabilidad sin débito.

Como manifiesta De Martino (24), aún a pesar de la doctrina partidaria de distinguir en la obligación dos elementos: deuda y responsabilidad, esta dualidad se desconocía en Roma, no siendo obstáculo para que en los orígenes más arcaicos se conocieran supuestos de responsabilidad desligados del débito.

Esta situación se superó al sustituir la función de las *praedes* por una *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* que recaía directamente en la parte deudora.

Indicios fundados inducen a pensar que en siglo I a.C. también se aplicaba a las relaciones particulares y fuera del proceso (25). Un único caso puede citarse, confirmado por el epistolario de Cicerón (26) en el que L. Tullio aparece obligado como *praes* de Flaminio Flamma en su relación con L. Munazio Planco (27).

Esta figura comienza a quedar postergada en la época del Principado. De su vigencia se conoce que su duración fue mayor que la del *vades*.

El comienzo del Imperio marca el momento en que el *praes* comienza a ser reemplazado por un fiador, pasando a constituir con el tiempo una práctica habitual.

En la etapa Justiniana la *praedis datio* no se utilizaba quedando reducida a un compromiso muy restringido en la etapa ulterior consistente en garantizar exclusivamente las relaciones obligatorias en el ámbito privado de los ciudadanos (28).

La fórmula que se utilizaba era la de *praes/es?*, *praes sum*. Por otra parte, su estructura formal excluía que el *praes* asumiese la garantía del acto realizado por un tercero y confirmó la opinión dominante de que el *praes* respondía de la falta de realización del acto con su persona, erigiéndose en el único responsable (29); hasta tal extremo que el deudor no podía obligarse si no se constituía *praes* de sí mismo a fin de sujetarse al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de que se produjera un proceso preventivo de confirmación y de ejecución propio de la *praeditura* (30).

Desapareció sin dejar vestigios del instituto, de forma tal que, en opinión de prestigiosos juristas, si se encontrara en algún texto clásico de Derecho Romano, se debería a una interpolación de los compiladores que sustituyeron la palabra *praes* por la de *fidejussor* (31).

3.2. El vades.

Del *vades* se tienen menos noticias que del *praes*. Se piensa que es la forma más antigua de aplicación única al proceso para garantizar la presencia del demandado o del acusado en los procesos civil o penal respectivamente.

En sus orígenes los obligados garantes eran verdaderos

rehenes en manos del actor; posteriormente se obligaban a prestar una cantidad pecuniaria si el demandado no comparecía.

Esta institución supone, al igual que sucedía con el estudio del *praes*, abrir el interrogante acerca de si el *vades* implica responsabilidad sin duda. La cuestión planteada a la luz del estudio de esta figura queda sin respuesta, pues no puede precisarse si el *vades* era el único deudor o si subsistía simultáneamente con el deudor principal (32).

El demandado, parte en el litigio, no tiene obligación de comparecer en el proceso si lo hace el *vades* (33); aunque las fuentes son inciertas sobre la posición del *vades*.

El único indicio que se encuentra en las fuentes para el proceso privado es el que procede de la estructura de la *cautio vadimonium sisti* de la época clásica en el proceso formulario, que tenía, bien fuera por la promesa del deudor principal o por la de los *sponsores*, la estructura de una *stipulatio poenae* (34), reforzada eventualmente por la *satisfactio* del demandado (35) y que en el proceso civil de las *legis actiones* la prestación de los *vades*, como el *vadimonium* en el proceso formulario, servía para evitar la *in ius vocatio* o para garantizar la comparecencia del demandado en caso de aplazamiento del proceso *in iure* (36) que posteriormente quedó fijada en una *poena* para casos de incomparecencia (37). En derecho más reciente adoptó la forma de estipulación aunque anteriormente había revestido otras formas desaparecidas con la promulgación de la Ley Aebutia (38).

Hubo un texto de singular importancia (39) que demostró la existencia de una antigua praxis contractual por la

que el vendedor debía constituirse en *vades* para garantizar el negocio que se estipulaba.

La función que correspondía a este *vades* no era la correlativa a la función de un *vadimonium* real, compuesto por la dación de un cosa ya fuera porque se hubiera gravado excesivamente al vendedor, ya fuera porque aquella dación debería haber tenido idéntica forma que la empleada en la *mancipatio*. De haber optado por la respuesta positiva se habría llegado de un *mancipium* a otro.

Excluido el *vadimonium* real, hay que rechazar que se tratara de una figura que constituyera rehenes, pensando que estos *vades* cometían análoga función a la procesal, en la que el *mancipio accipiens* se obligaba a renunciar a la *satisdatio secundum mancipium* a causa de la imposibilidad del vendedor de llevar algún *sponsor*. En este caso, el comprador se conformaba con que se le presentara u ofreciera un *vas* obligado solamente a presentar al vendedor en el juicio, si llegara a entablarse un proceso de evicción.

Este *vas* quedaba liberado cuando la obligación hubiera sido cumplida o cuando el vendedor encontrara un *sponsor* que se obligara en solitario al cumplimiento de la prestación, pero pese a estas matizaciones esta figura queda encuadrada en la categoría común de los *vades* que acabamos de analizar.

Como ya se ha puesto de relieve, la extensión originaria de la vadiatura es controvertida, tanto en los autores que ven en ella el origen mismo de la obligación contractual (40), hasta los que sostienen que los *vades* fueron únicamente garantes procesales (41). A favor de estos últimos

abogan las fuentes históricas que dan fe del régimen procesal de la vadiatura (42).

3.3. El nexum.

Queda finalmente en el ámbito del Derecho privado la figura del *nexum* (43), que unánimemente ha venido considerándose la garantía más enérgica de las existentes.

Consistía en un método drástico para inducir a la persona que asumía el compromiso, que bien podía ser el *nexum* u otra personal, a que cumpliera la obligación, puesto que únicamente si esta se efectuaba, se podía lograr la liberación del fiador (44). Sus efectos tenían repercusión entre las partes sin necesidad de proceso, actuando mediante la *nexi liberatio*.

Como ha quedado dicho en páginas anteriores, el Derecho Romano, aún en la época clásica, no conoce, no sólo la idea unitaria de garantía sino tampoco la figura genérica de la *obligatio* (45). Existían obligaciones singulares o típicas que se adaptaban a supuestos de hecho específicos.

La noción de *nexum* no puede configurarse como una faceta de la obligación de la figura que garantizaba, que queda perfilada vinculando un *oportere* garantizado mediante la *manus iniectio*.

A pesar de la oscuridad que rodea la estructura de esta institución, se puede afirmar, que comporta la sujeción inmediata de una persona a fin de que garantice el cumplimiento de una obligación.

El *nexum* presupone un sometimiento actual, mientras que la *obligatio occasione*, según circunstancias, una sujeción eventual producida como consecuencia del incumplimiento.

Operando sobre la primitiva idea de la responsabilidad personal, el *nexum* determina la *nexi liberatio*, mientras que en la *obligatio* el incumplimiento presupone ejecución sobre la persona.

No puede extraerse vinculación alguna entre *nexum* y *obligatio*, máxime cuando mientras la primera muere sin dejar vestigios, la *obligatio* sustituye la función que cumplía aquel prescindiendo de la dureza de la antedicha institución.

Sin abordar otras instituciones que en algún momento suscitaron la polémica de su constituían fuentes primitivas de la *obligatio* como el *mutuo* (46), se considera con carácter general que la *sponsio* fue un contrato típico reconocido al igual que otros por el *ius civile* (47).

En Derecho privado la fianza se aplicó originariamente a los compromisos verbales, realizándose la estipulación de las maneras que a continuación se detallarán.

4. LA SPONSIO.

La forma más antigua es la *sponsio* (48) hecha con el deudor, en la cual, en lugar de prometer una cantidad determinada de dinero, el fiador promete el *idem* (49).

Originariamente la garantía personal tiene en el Derecho Romano mayor importancia que la garantía pignoratícia. Las

simples promisiones no son los más frecuentes, sino al contrario, las relaciones que se aseguraban mediante fianza (*cautiones*) (50).

La estructura de la sociedad romana que distinguía entre protectores (*patroni* en sentido amplio) y protegidos (*clientes*) favorecía este tipo de intercesión de personas solventes a favor de los deudores, de suerte que la verdadera dependencia que crean las obligaciones patrimoniales, no son tanto del deudor respecto de su acreedor, cuanto de aquel respecto a su fiador.

La acumulación de fianzas fue tan frecuente que incluso llegaron a plantearse casos en los que los fiadores se encontraban en situaciones desairadas (51).

La época republicano-clásica conoce tres formas de afianzamiento que comenzaron reforzándose mediante la *verborum obligatio* (52).

La *sponsio*, que es la garantía más antigua (53), se aplicó a los ciudadanos romanos yuxtaponiéndose la responsabilidad del deudor accesorio a la del principal (54).

Su carácter era el de un contrato típico reconocido por el *ius civile* (55); sin embargo, su estructura y alcance se acomodan mejor a las funciones que ordinariamente se atribuyen a las garantías que a los propios contratos típicos (56).

La *sponsio* originariamente era un acuerdo de voluntades sobre un negocio jurídico concreto, resultante de la oferta y de la correspondiente aceptación (57).

Los requisitos indefectibles de la institución se basaban en los principios de oralidad y en el formalismo sacramental (58) que conllevaba el propio verbo *spondere* (59).

Tenía la configuración de *conceptio verborum*, que implicaba una íntima concatenación entre interrogación y respuesta, que era el determinante de un acto del que derivaba una *obligatio*.

El esquema de su formalismo se encuentra en la Ley de los Comicios (60). Se formula una interrogación: *Velitis iubeatis quirites, vos quirites rogo?*, a la que proseguía la respuesta: *Uti rogas*.

Prometía el *sponsor* una prestación idéntica o una parte de la obligación al reo u obligado principal.

Para Biondi (61) la importancia de la *sponsio* fue de tal envergadura que junto con el desarrollo de la *stipulatio* configuraron el concepto de *obligatio*, al igual que se entiende en la actualidad.

La finalidad de dicha institución era, en principio, satisfacer cualquier exigencia resultante de una relación jurídica; no importaba si el alcance de las mismas contenían carácter patrimonial; su importancia radicaba en que la vinculación del *sponsor* sólo podía efectuarse si las relaciones quedaban ligadas en el ámbito de la esfera personal.

Es importante destacar que la *sponsio* precisaba para constituirse adaptarse a los criterios de oralidad, mientras que la *obligatio* se basaba en el consentimiento de las partes; criterio opuesto al que seguía el Derecho Romano que prescindiendo del consentimiento se fundamentaba en los *ver*

ba (62), si bien dicho término podría también entenderse comprensivo de cualquier manifestación de voluntad.

Como se ha señalado, el deudor accesorio yuxtaponía su responsabilidad a la del principal. Sin embargo, la *sponsio*, por necesidades prácticas, perdió dos de sus características fundamentales.

Su ámbito de aplicación se amplía de los ciudadanos romanos a los peregrinos mediante la aparición de una institución nueva, fruto de la evolución de la primera. Esta figura de reciente nacimiento se concreta en la llamada *fidepromissio*, destacándose en ella el carácter similar a la *sponsio*. Por otra parte, la continuación de la institución de la que tratamos, mediante un formalismo radical, se va aminorando, de tal forma, que sin perder su carácter de promesa o juramento religioso, queda reducida a la interposición de la *interrogatio* precisando una respuesta ritual. De esta manera la *sponsio* quedaba formulada en los siguientes términos: *Idem spondesne? Spondeo, idem fidepromittishe? fidepromitto* (63). El nuevo deudor promete la misma promesa, lo que implica que la identidad no incide en el objeto de la obligación (*idem debetur*) sino en la forma promisoria. Conclusión de la que D'Ors deduce que no hay novación puesto que en tal supuesto se requeriría igualdad de objeto e identidad de contenido.

La fórmula expresada (64) pone de manifiesto la conservación de algunos elementos dignos de destacar:

En primer lugar, si bien su ámbito de aplicación se extendió a los ciudadanos no romanos también, la fórmula ritual de la *sponsio* sigue celebrándose en latín.

Por otra parte, cabe destacar que el carácter religioso que impregna a la *sponsio* fue extensible a todas las instituciones de Derecho Romano clásico.

Nos hallamos ante un acto evidentemente personal que se perfecciona con la expresión del verbo *spondere*. El carácter formalista del acto llega a tal extremo que la pronunciación de cualquier otra palabra distinta de la referida convierte el acto en nulo; tal vez por ello, la utilización de la *sponsio* se aplicaba únicamente a los *cives*, puesto que era coherente con la institución misma pensar que ciudadanos, habitantes fuera de la urbe romana, no pudieran comprometerse mediante fórmulas religiosas si profesaban otra religión (65). Este punto abre fisuras en la doctrina. Mientras hay autores que afirman con carácter general que probablemente estos contratos no pudieran servir para afianzar más que deudas nacidas *verbis*, llegando incluso al planteamiento de si sólo sería permisible asumir la obligación al mismo tiempo que la obligación principal (66), otros autores discrepan, influenciados por los textos de Gayo (67), que partían de que la estructura de los actos realizados por quienes debían someterse al *ius gentium* tenían que realizar actos diversos a la *sponsio*. Aparece así la *stipulatio* que presenta la misma estructura que la *sponsio* pactada siempre mediante una *obligatio verbis*, pero sin contener el verbo *spondere*. Por otra parte, la fórmula con el verbo *spondere* tampoco podía utilizarse en lengua distinta, contrariamente a lo que sucedía con la *fideiussio* (68).

Todos estos criterios vienen a confirmar que el empleo del verbo *spondere* se atribuía con un criterio muy restringido, únicamente permitido a los ciudadanos romanos (69).

Fue precisamente los caracteres personalista y sacramenta

tal del vínculo, los que justificaron la intransmisibilidad pasiva a los herederos del *sponsor*, manteniendo este criterio con carácter constante hasta Gayo (70).

5. LA FIDEPROMISSIO.

La *sponsio* y la *fidepromissio* son dos formas distintas de fianza que reciben el nombre genérico de *adpromissio*; es decir, de un deudor que se adjunta al principal, para garantizar el cumplimiento de la obligación de aquel (71).

Ambas constituyen un mismo cuerpo con características similares, que paulatinamente fueron evolucionando, junto con la introducción posterior de la *fidejussio*, conforme a la promulgación de cinco importantes Leyes: La Publilia; la Appuleia; la Furia; la Cicereia y la Cornelia.

La extraordinaria importancia de cada una de estas Leyes caracterizadas por las innovaciones que introdujeron, condujo a unas modificaciones sustanciales, ayudando en la configuración de las tres figuras de nuestro estudio. Sin embargo, no toda la actividad legislativa quedó culminada en estas Leyes; la proliferación de las mismas continuó durante la época del Imperio con el Senadoconsulto Veleiano y la Epístola de Adriano, acabando con la promulgación de la No 99 de Justiniano (72).

Se ha llegado a tener conocimiento de estas Leyes gracias a las Instituciones de Gayo, desapareciendo definitivamente en la etapa Justiniana.

Por la analogía de las dos primeras figuras en sus ca-

racterísticas: La *sponsio* y la *fidepromissio*, la doctrina sistemáticamente ha realizado el estudio de esta última con referencia a la figura que posteriormente apareció: la *fidepromissio*.

Siguiendo pues, el criterio doctrinal pasamos al estudio de la *fidepromissio* estableciendo respecto a la *fidejussio* las diferencias que a continuación se detallan.

Características comunes a la *sponsio* y la *fidepromissio* que las diferencia de la *fidejussio* (73):

1. Sólo garantizan deudas nacidas de una promesa estipulatoria, ya que el fiador promete lo mismo que prometió el deudor principal, requiriendo que la promesa sea válida (74).

2. La deuda del fiador es cierta o incierta según lo sea la del deudor principal (75).

3. La obligación asumida por el fiador, no se transmite a sus herederos. Además, para los afianzamientos realizados en Italia, la Ley Furia, por motivos políticos les concedió dos privilegios para aminorar este régimen; sin embargo, como contrapartida, se disminuía la garantía de los acreedores.

A partir de la promulgación de esta Ley, *sponsors* y *fidepromissores* quedan liberados al expirar el plazo de dos años desde el vencimiento de la deuda, y además si hubiese varios, al acreedor en lugar de pedir o reclamar la totalidad a uno de ellos, se le facultaba a dirigirse indi

vidualmente por la parte que cada uno de los obligados asumió responder; normalmente con carácter proporcional se reclamaba la deuda, si hubiese fallecido alguno de los comprometidos, entre los supervivientes, una vez vencida la obligación, sin tener en cuenta la solvencia de los mismos (76).

En ambas instituciones el *adpromissor* promete la misma cosa que el deudor pero al acreedor no se le puede pagar dos veces. Además, la obligación del fiador no está sometida a la del deudor, puesto que no tiene carácter accesorio (77); su obligación sobrepasa en ocasiones la responsabilidad del deudor principal, quedando sujeto a pagar el débito contraído incluso si la obligación principal es nula (78).

Consecuencia de lo dicho es que el acreedor tiene facultad para dirigirse directamente contra el fiador, aunque contando con el rechazo de la opinión pública (79).

Otra característica que interesa destacar en nuestro estudio es la que el fiador, una vez haya satisfecha la deuda, dispondrá de una *actio depensi* para ejercitar contra el deudor, si este no le reembolsa la cantidad satisfecha en el plazo máximo de seis meses. Esta acción tiene importancia mencionarla porque su función es semejante a la que actualmente desempeña la acción de regreso (80).

El reconocimiento de la divisibilidad de la obligación parte de la *Lex Appuleia*, aproximadamente a mitad del siglo III a.C. (81), concediendo al garante, que pagó la totalidad, una acción de regreso (82).

La relevancia que esta Ley atribuyó a la divisibilidad

interna de la garantía entre varios obligados, aflora con la Ley Furia de *sponsu*, de fecha imprecisa aunque sin duda más reciente que la Ley Appuleia, en su relación con el acreedor que exige más de la *portio virilis* que corresponde a cada cogarante (83).

El problema, como señala Talamanca (84) es el de la efectividad de la división *ipso iure* entre los cogarantes de la obligación propendiendo a que la *manus iniectio* fuera el único medio de defensa del garante.

Con la Ley Furia se introduce una innovación consistente, en que caso de existir pluralidad de fiadores en una misma deuda, estos quedan facultados para reclamar del acreedor lo que este les hubiese exigido de más que no les correspondiese pagar (85).

Antes de pasar al estudio de la *fidejussio* queda por destacar una última diferencia. En opinión de Talamanca (86) tanto la *sponsio* como la *fidepromissio* son obligaciones solidarias (87) e incluso también la *fidejussio* hasta la introducción con Justiniano del *beneficium excussionis*. Sobre esta base se diferencian de la *fidejussio* en la tendencia a la independencia de ambas instituciones, en la validez y eficacia de la *stipulatio* principal y además, que sólo pueden estipularse en *obligationes verbis contractae* que originariamente requerían que se celebrasen en el mismo acto; es decir, hay que respetar el principio de la unidad formal del acto (88).

Estas argumentaciones son las que permiten llegar a la hipótesis de que el origen de la *sponsio* de garantía, como se configuraba en la época clásica, deba encuadrarse en las

obligaciones pasivamente solidarias, de la que la Jurisprudencia más antigua y la normativa positiva crearon la fuente de mayor importancia en el ámbito de la solidaridad contractual de toda la experiencia jurídica romana (89), atribuyéndole el carácter de obligación solidaria en varios aspectos, y en otros apartada de la regulación general de la solidaridad dada la función de garantía que cumplían (90).

En vista de lo expuesto pensamos que es factible la hipótesis de que el *sponsor*, al igual que el *praes* o el *vas* fuese originariamente un garante que respondiese de un hecho objetivo o del realizado por un tercero y que la *sponsio* se convirtiera en la más generalizada *verborum obligatio* clásica, promesa del hecho propio a través de la asunción de una garantía por un tercero, aún cuando esta no fuese como la primitiva obligación romana en su estructura (91).

6. LA FIDEJUSSIO.

Debido a que el afianzamiento era un servicio llamado "de amigos" que generalmente se solicitaba de personajes importantes o a patronos para beneficiar su clientela; a candidatos a la Magistratura para sus amigos políticos... La facilidad y frecuencia con que se utilizó conllevó numerosos inconvenientes, especialmente para el fiador cuya solvencia económica, en algunas ocasiones, podía encontrarse en una situación endeble. Motivo de ello fue que se limitara la duración de la obligación al periodo máximo de dos años (92).

Esta medida que satisfacía y beneficiaba a los garantes

de un lado, resultaba perjudicial para los acreedores que veían peligrar la satisfacción y garantía de su crédito.

Estas razones fueron, las que haciéndose eco de las exigencias del tráfico jurídico, crearon la garantía que colmara las necesidades y exigencias de los acreedores. La figura que nació, existió a mediados del siglo VII, en tiempos de Mucius Scaevola, recibiendo el nombre de *fidejussio* (93).

Esta figura es una forma de fianza también verbal, en la que el fiador asume mediante un *jussum* las consecuencias del acto, probablemente respondiendo a la interrogación: *Fide ne tua is esse jubes?* (94). Si en la fórmula de promesa se encontrara en lugar de "id" la palabra "idem"; en la estipulación no existiría una *fidejussio*.

En lo que se refiere al objeto, la totalidad de la doctrina piensa que es el mismo que el del deudor principal.

La *fidejussio* aparece en una época en que las dos instituciones garantes que la precedieron iban progresivamente cambiando, en aras de la idea asumida por las propias instituciones de sus garantes; es por esta razón por la que justifica Talamanca su surgimiento como estipulación pasivamente accesoria, que confirma un retorno histórico a la regulación primitiva de las dos formas originarias de garantías personales (95). Sin embargo, aún contando con dicha afirmación, hay diferencias sustanciales entre las dos primeras instituciones y la que estudiamos, que conviene reseñar.

En primer lugar, señalar que el régimen de la *fidejussio*

es distinto al de la *adpromissio*.

La referencia que el *fidejussor* hace a la deuda y no a la promesa justifica precisamente que el fiador se pueda comprometer en todo tipo de obligaciones.

Al igual que sucedía con el *fidepromissor*, gracias a la referencia a la *fides*, es una figura en la que se permite que sea un extranjero el que estipule la garantía.

Similarmente, al contrario de la obligación del *sponsor* o del *fidepromissor*, la realizada mediante *fidejussio* podía transmitirse a los herederos, no teniendo plazo alguno de caducidad (96). A esta última característica, añade De Martino (97) que tiene de común con la *fidepromissio*, además de la forma verbal, su acceso a una obligación principal ya constituida.

Y por último, destacar que, a pesar de la existencia de cofiadores, se podría proceder contra él por la totalidad de la deuda (98).

La delimitación de estas tres figuras jurídicas, no agota todas las garantías personales de naturaleza accesoria pasiva. Así lo expresaba Gayo (99) y además, a mayor abundamiento, es cierto que aún después de haber configurado la *fidejussio*, estas tres garantías verbales no llegaron a contentar a los acreedores, puesto que las formas inherentes a las mismas llevaban implícita una limitación en su forma, que por ejemplo, era inaplicable a la celebración de contratos con ciertas personas, como era el caso de sordos o mudos o entre ausentes. Para subsanar estos impedimentos se introdujeron dos modos de afianzamiento consensual de posible realización entre ausentes. Uno de ellos fue antes de

constituirse la obligación principal, el *mandatum pecuniae credendae*, mediante el cual el fiador mandaba al acreedor que hiciera un préstamo al deudor. Este supuesto era una aplicación irregular de las reglas del mandato, pero de evidentes efectos prácticos. Se fundamentaba, consecuentemente a lo dicho, en que todo mandante quedaba siempre obligado con respecto al mandatario, por mediación de la *actio mandati* contraria, a indemnizar el daño causado que en este caso es un préstamo surgido de la ejecución del mandato.

La otra clase de afianzamiento consensual se realiza después de la estipulación de la obligación principal, por el pacto de *receptum* en base al cual, el fiador se constituye, *jure praetorio*, deudor respecto del acreedor, de la cantidad adeudada por el responsable principal (100).

6.1. Características de la fianza.

1. La finalidad de la fianza no se ciñe exclusivamente a procurar un crédito al deudor puesto que el tercero puede intervenir, o bien antes de la estipulación de la obligación principal o incluso con posterioridad a la existencia de dicha obligación. La fianza cumple su fin respaldando mediante la *fides* del que se compromete la obligación contraída por otra persona distinta de aquel en términos generales.

2. También se permite establecerla con carácter condicional, o que nazca con independencia de una obligación civil o natural, puesto que se le permite que nazca derivada de una obligación de carácter accesorio (101).

3. El único obstáculo que se opone a aquel que quiera detentar la posición de fiador es el concerniente a la capacidad. En efecto, la fianza no puede ser aceptada más que por persona capaz de obligarse por otro.

4. Respecto del objeto es el mismo que el del deudor principal.

Destaca Girard, con razón, que las alegaciones que hicieron los jurisconsultos, apoyándose en los textos de *Javā lenus* (102) no justificaron más que un juego de palabras. Según el autor citado, el motivo real radica en que la *spon* sio y la *fidepromissio* tienen un origen formalista, donde la palabra "idem" empleada por las partes distinguía la *es* tipulación accesoria de una nueva estipulación principal, independiente de una mera forma novatoria.

Sobre estas bases la doctrina extrajo las normas de la *fidejussio*, que no fue óbice para que naciera facultada de acciones especiales que salvaguardaran su ejercicio (103).

Contrariamente a lo que ocurría en la *adpromissio*, que ya se ha destacado que la obligación del deudor accesorio tiene necesariamente el mismo objeto que el deudor principal, el *mandatum pecuniae credendae*, donde el mandante contrata la obligación de indemnizar el perjuicio causado por el mandante, la obligación es siempre diferente. En to do caso, es importante destacar, que cualquiera que fuese el procedimiento escogido para afianzar el débito del fiador no puede superar la deuda de la obligación principal, pudiendo ser inferior en cuanto a esta (104). Caso de que se comprometiera a más, su obligación podría llegar a ser nula en caso de *adpromissio* (105); pero no en los

supuestos de *constitutum* y de *mandatum pecuniae credendae*, según se desprende de los principios mismos del mandato para el *pecuniae credendae*.

Uno de los problemas más importantes pudiera decirse que es el referente a la relación que nace entre la obligación principal y la de garantía.

Hay que pensar que la accesoriedad formal, expresada con el *idem* en la estipulación del contrato, significaba accesoriedad también sustancial; esto es, dependencia de la garantía de la obligación principal. Obviamente, esta afirmación tiene su importancia, si se piensa en las consecuencias que implica la dependencia de una obligación a otra ¿qué sucederá si la primera es nula? ¿hasta qué punto queda vinculada una obligación respecto a otra?

Diversamente de la *sponsio* y de la *fidepromissio*, que como estipulaciones de garantías sólo podían contraerse para una *obligatio verbis contracta*, la *fidejussio* puede estipularse en cualquier tipo de obligación, incluso la derivada de un delito.

Lo mismo sucede con el sujeto de las obligaciones asumidas. Mientras la *fidejussio* se podía referir a cualquier tipo de obligación, *in faciendo*, las dos primitivas instituciones sólo podían contraerse en obligaciones *in faciendo* siempre que la obligación se refiriera a cosas fungibles (106).

El carácter accesorio fue atribuido con un criterio bastante unitario a la *fidejussio* por parte de los juristas romanos. El propio Gayo (107) demuestra que, para que fuera eficaz, era requisito indispensable la existencia previa

de una obligación civil o natural (108).

La doctrina romanística sobre este aspecto sostuvo largo tiempo, que la importancia de la obligación principal era tal que había que entender que dependencia significaba sujeción a la obligación principal (109).

Con estos antecedentes la doctrina pasó posteriormente a tratar la solidaridad accesoria en antítesis a la correalidad o solidaridad pura y simple (110). No obstante, esta afirmación hay que ponerla en entredicho. Estudiosos de la materia han destacado que sería bastante probable que dicha dependencia fuera únicamente exigible para la *fidejussio*, cuya validez ya ha quedado establecido que dependía de una obligación principal válida, diversamente de lo que ocurría con la *sponsio* a la que se le atribuía una amplia independencia con respecto a aquella (111).

Ambas instituciones coinciden (112) en que la obligación de garantía debía ser "in eandem" o "in levio^rem causam" pero nunca "in aliam" o "in durio^rem causam" (113). Esta matización tiene su importancia porque las fuentes establecían una limitación a la admisibilidad de las estipulaciones pasivamente accesorias en base a los criterios de la "duric causa" y al de la "alia causa", términos que evidentemente no son coincidentes.

6.2. Responsabilidades del garante.

Tratar de la responsabilidad del garante presupone hablar de dos temas vinculados entre sí, relacionados con la *perpetuatio obligationis*.

Ambos aspectos confluyen en el problema que plantea la *mora* o *factum debitoris* en la confrontación o relación con el fiador y el *factum sponsoris vel fideiussoris* en la relación preestablecida entre el garante y el deudor principal.

El planteamiento inicial se resolvió acogiéndose a criterios de pura lógica jurídica: El garante pagaba la deuda hasta donde previamente se hubiera comprometido. El único conflicto que podría presentarse era si el fiador adelantara el pago al vencimiento de la obligación, puesto que el criterio cuantificador no se podría tomar en consideración hasta que el deudor hubiera agotado todos sus recursos jurídicos para oponerse al pago, entre los que se encuentran las acciones y excepciones que pudiera tener el deudor.

También el pago anticipado dejaba sin resolver el problema de los intereses moratorios que sólo repercutían en el fiador cuando originariamente contuviesen la promesa *in quantum illum condemnarit oportebit*, equiparándola más tarde a las formas que podrían integrarse como *fideiussio in omnem causam* o *in omnem obligationem* (114).

Si bien la situación del fiador es en primer lugar subsidiaria, la situación jurídica del obligado varía desde el momento en que el obligado principal incumple su obligación.

La cuestión que podría no haber suscitado problemas, devino polémica a partir de la lectura de algunos textos que se referían a la *actio ex stipulatu*, equivalente a presuponer que el fiador quedaba obligado *iure civili*, mientras otros textos aludían a la *actio utilis*, a la *actio de dolo malo* o la *restitutio in integrum*, que a su vez hacían presuponer que el garante se liberaba *iure civili*, sometiéndose exclusivamente

a la jurisdicción del Pretor.

La polémica se suscitó desde un principio por la afirmación de los autores clásicos, rebatida posteriormente, de que en derecho clásico el garante quedaba liberado y que por tanto, los textos en que aparecía la mención a la *actio ex stipulatu* habían sido compilados y glosados posteriormente. Otros autores mantuvieron, mientras tanto que la *actio ex stipulatio* se refería a la *sponsio* y las restantes acciones a la *fideiussio*.

La segunda hipótesis parece la más verosímil; fundamentalmente porque no hubiera resultado lógico que los compiladores sustituyeran la clásica *actio utilis ex stipulatu*, cuando estos tendían en general a ampliar la categoría de las *actio utilis* y además, porque resultaría poco comprensible que queriendo suprimir la *actio ex stipulatu* le hubieran dado una nueva consideración en los textos relativos a dicha materia.

De la interpretación de los textos se deduce que el fiador se liberaba mediante la apelación al *ius civile*, mientras que la Jurisprudencia clásica aconsejaba al Pretor que le concediera la *actio de dolo malo*. No se mencionan, ni la *actio utilis*, ni la *in integrum restitutio*, puesto que estas acciones no parecen innovaciones de los juristas clásicos y porque también es posible que pertenecieran a la etapa prejustiniana (115).

En la compilación Justiniana, textos que parten de la liberación del "reus" niegan la conveniencia del garante en base a la estipulación de garantía, remediándolo con la atribución de una *actio de dolo*, seguramente de origen clásico o con una *in integrum restitutio* de difícil alcance para

establecer *a priori*, que seguramente su origen no se encuentra en la época clásica o ni siquiera en la concesión de una *actio utilis ex stipulatu* (116).

Hay autores que se valen de esta interpretación (117) para entender que esta contradicción no significa más que en los textos Justinianos se alcanza la unificación formal de las instituciones ya existentes: *sponsio* y *fidepromissio*, en la figura de la *fidejussio*.

Esta institución mantiene de las primeras el carácter solidario entre el deudor principal y el garante; en la *fidejussio* se destaca además, el carácter de garantía personal que asume la responsabilidad patrimonial de la deuda de un tercero, donde el fiador no puede considerarse sujeto de un deber de prestación (118).

Otra cuestión que suscita numerosos problemas es la referente a:

6.3. Extensión de las excepciones del deudor al garante.

La doctrina romanística quiso explicar este punto utilizando varios recursos: Uno de ellos es el de basarse en la accesoriidad de la garantía; otro, admitir una formación histórica del principio por obra de la Jurisprudencia, que se apoyó fundamentalmente en el regreso (119), o por último, sostener que el Pretor no había podido ignorar la diferencia entre *sponsio*, *fidepromissio* o *fidejussio*; para concluir atribuyendo el derecho post-clásico la formulación de que las excepciones debían beneficiar al garante en cuanto que este podría ejercitarlas al dirigirse en vía de regreso.

De Martino (120) mantiene que la Jurisprudencia clásica distinguía únicamente entre acciones personales y excepciones *ex re*. Los juristas se basan principalmente en la naturaleza solidaria de la *adpromissio* y en su función de garantía, que es reforzar el derecho de crédito. Por eso, independientemente de la existencia de la acción de regreso, en el cuadro de tales principios, negaban la extensión de la *exceptio pacti*, dado su carácter rigurosamente personal, mientras que admitían la *exceptio doli*; la *exceptio quod metus*; la *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* y las que se derivaban de una prohibición legal como la *exceptio legis Cinciae* y *legis Plaetoriae*.

La finalidad era tender a una sistematización unitaria de las garantías, dando prevalencia a los caracteres comunes, y consecuentemente a la solidaridad sobre las excepciones.

En el Derecho Justiniano falta una orientación segura. En declaraciones generales se afirma que las excepciones se extienden al fiador; así en D. 44, 1, 10; 44, 5, 1, 8 y C. 8, 35, 11, mientras explícitamente quedó dicho en I, 4, 14 y en la 1, 7; D. 44, 1 que algunas excepciones no se extienden al garante.

Como pone de relieve De Martino, al que seguimos en nuestra exposición (121), es importante destacar que los compiladores, en los textos que contenían declaraciones de principio, no fundamentaron la extensión de las excepciones al garante sobre el derecho al regreso; si bien sirven especialmente en casos particulares, particularmente para los *pacta* como se menciona en I, 5, 14, 4.

Como se expuso en páginas anteriores, la *Lex Cornelia* también se aplicó a la *fidejussio* en cuanto limitación de las obligaciones del garante. Se establecía que nadie pudiera obligarse en un año por mayor valor de 20.000 sextercios. En los restantes aspectos, valían las normas de la solidaridad, por lo que el acreedor estaba facultado para dirigirse indistintamente contra el deudor o contra el fiador; si existiesen varios garantes quedaba legitimado para actuar contra uno solo por la totalidad de la deuda. En contraposición, el fiador que hubiese pagado se veía desprovisto de la acción de regreso contra el deudor, o en el caso de pluralidad de garantes contra el resto que no hubiese pagado.

La Jurisprudencia comenzó admitiendo que el fiador pudiera defenderse mediante una *actio mandati* o una *actio negotiorum gestorum*, pero no fueron aceptadas con éxito, por ser fórmulas poco satisfactorias en la práctica; por ello se introduce un rescripto del Emperador Adriano: El *beneficium divisionis* (122) para el supuesto de pluralidad de garantes.

6.4. Relaciones entre deudor-garante.

En esta relación jugaba un papel importante el regreso dado que se entendía que la acción se consumaba mediante la *litis contestatio*; así pues, se le da facultad al acreedor para que ceda al garante que hubiera pagado sus acciones contra el deudor, las llamadas *beneficium cedendarum actionum*, que posteriormente son la génesis de la subrogación.

Las consecuencias de la Constitución Adrianea, aplicadas desde sus inicios con un criterio amplio, se recogieron en el derecho Justiniano, el cual introduce el *beneficium excussionis rem ordinis*, que es el equivalente al derecho que tiene el fiador de exigir que el acreedor se dirija en primer lugar contra el obligado principal, salvo que aquel fuera insolvente o ausente.

Con esta sistemática se superaba la antigua naturaleza solidaria de la *fidejussio*.

Al fiador sólo se le podía reclamar la obligación contraída en caso de insolvencia total o parcial del deudor.

6.4.1. Respecto a la forma, su naturaleza verbal decae en la época postclásica, inmediatamente después del decaimiento de la *stipulatio*.

No se tiene certeza de que la forma escrita tuviera un valor *ad substantiam* o *ad probationem*. De una parte, porque sólo la fianza producía efectos sin límite de tiempo, ayudando a que la forma pareciera un elemento sustancial; de otro lado, porque se admiten subrogados en la forma, por ejemplo, en la *confessio litteris* o en la *fidejussio ad tempus certum* o en la *attestatio*; lo que induce a pensar que la forma escrita se pidiera única y exclusivamente con la finalidad de acreditar que existía un medio documental (123).

7. MODALIDADES JURÍDICAS QUE PUEDEN EXTINGUIR LA OBLIGACIÓN.

7.1. Al tratar este punto, evidentemente no nos referimos a los modos determinados por la Ley de extinción de las obligaciones. Nos detenemos obviamente, en la extinción de aquellas por el pago de la deuda contraída o por la pérdida fortuita del objeto de la obligación.

Así pues, puede suceder que exista un hecho que en sí mismo extinga la relación que vincula a uno de los obligados, bien a título principal o accesorio, de los cuales se deba analizar el alcance subjetivo de dicho hecho, siendo de importancia relevante compararlo con el régimen de las obligaciones solidarias no accesorias (124).

7.2. Con relación a la *litis contestatio* la respuesta es clara: Porque ha quedado establecido que para todas las formas de garantía prevalece, hasta Justiniano, el principio de concurso de acciones, con la consecuencia del efecto preclusivo respecto a las acciones de la *litis contestatio*, perfeccionada en alguna de las acciones contra las distintas personas obligadas a la misma prestación.

7.3. Para la novación solamente se verifica la extinción de la obligación en el caso de novación de la obligación principal, pero no en casos distintos (125).

Indicar cabe también, que el mismo régimen se debe aplicar a la *acceptilatio* clásica que a la *litis contestatio* (126).

7.4. La extinción por confusión de la obligación puede tener diversos perfiles respecto a una obligación garantizada mediante una estipulación pasivamente accesoria: La confusión entre obligado principal y garante conlleva la extinción de la garantía (127), que podrá ser total o parcial, según el modo en que se realice.

La justificación de esta extinción se encuentra precisamente en el carácter accesorio de la obligación, que no puede perdurar si no existe la principal; es el caso de confusión entre acreedor y garante.

En el supuesto de confusión entre obligado principal y fiador, a diferencia de lo que sucede en las obligaciones pasivamente solidarias, en principio, la obligación de garantía se extingue, a menos que exista un interés del acreedor en la supervivencia de la obligación de garantía (128).

7.5. Sobre la compensación cabe apuntar a grandes rasgos las siguientes peculiaridades. En el periodo clásico no tuvo un alcance general.

Los dos únicos pasajes en los que los relaciona son los de Gayo y Paulo (129).

8. EXCEPCIONES QUE PUEDEN Oponer EL DEUDOR PRINCIPAL Y EL GARANTE.

Es una materia muy discutida en la que los juristas clásicos se dividieron. Relevante papel jugó la Jurisprudencia en relación con las excepciones y en la pluralidad

de criterios en orden a la extensión, negando cualquier diferencia de régimen entre la *sponsio* y la *fidepromissio* y la *fideiussio* de otra; con lo que se subraya la importancia de las garantías personales y también de la estructura de la obligación solidaria en relación con la principal, restando importancia a la consideración del regreso (130).

Los autores se dividieron a la hora de entender que estas tres instituciones se regían por el mismo sistema. Así pues, desde formulaciones distintas llegan a la conclusión de que la *fideiussio* se aparta de la *sponsio* y de la *fidepromissio*. Esta conclusión, como ya adelantamos en páginas anteriores, es común a todos los autores, que con carácter genérico se basan en la accesoriedad de la obligación de garantía, mientras que para la *sponsio* y *fidepromissio* las excepciones del deudor son marginales y con un fundamento distinto, que se cifra en el regreso del *sponsor* o del *fidepromissor* (131).

Lo expuesto cuenta con una serie de excepciones que tienen relación con el aspecto objetivo del negocio obligatorio y, consiguientemente, se podrían proponer en las obligaciones solidarias pasivas por cualquier deudor.

Lo esgrimido hasta el momento constata el hecho que aparece en todos los supuestos fácticos: La motivación que coordina la aplicación de las excepciones para tutelar al deudor principal, el cual, si no existiesen éstas, quedaría expuesto a la acción de regreso, con la consecuencia de perder la protección que le concedían las excepciones y también quedó constatado, que aunque no siempre destaque hasta qué extremo funda y condiciona la extensión, no se logra encon-

trar en las fuentes un motivo distinto del que se apoya en la accesoriedad de la *fideiussio*.

Un análisis más detallado de las fuentes que desbordaría el presente trabajo, daría sin duda, una visión más acertada de las distintas posturas adoptadas por los Jurisconsultos de aquella época. La conclusión a que conducen las argumentaciones hechas se basan en la acción de regreso, sin posibilidad de distinguir entre las distintas formas de estipulación pasivamente accesorias, condicionadas normalmente a la existencia del regreso (132).

Lo que hizo que hasta el momento se distinguieran dos posturas: La de aquellos autores que veían una unificación entre las tres formas de *adpromissio*, *fidepromissio* y *fidejussio*, aplicándoles a las tres el régimen de obligaciones solidarias pasivas, sujetas, consiguientemente, al régimen de la solidaridad, que implicaba contar con la acción de regreso, y por otra parte, la de aquellos autores que pensaban entre las dos primitivas garantías y la *fidejussio* había notables diferencias, prefiriendo por ello, principalmente, atribuirle un carácter accesorio.

Consecuencia de lo dicho es la divergencia de acciones. Si únicamente hay solidaridad existirá la acción de regreso resultante de la existencia de varios garantes; pero si la *fidejussio* es distinta, distinguiéndose por el carácter accesorio, el régimen jurídico será diferente puesto que la relación que se deriva no es la misma y en consecuencia generará acciones diferentes.

Delimitado queda el problema de la naturaleza solidaria o accesorio de la fianza sin una respuesta convincente. Disparidad que se arrastra hasta la actualidad, como se irá po-

niendo de relieve en la lectura del presente trabajo.

Lo manifestado anteriormente liga también con el compromiso que asumía el *sponsor* o *fidepromissor*, que en ningún caso podía ser de carácter condicional por lo que siempre quedaba obligado al pago de la deuda por la que se comprometió (*idem*), y no de manera condicional, si no paga el deudor.

Tiene su importancia, sobre todo a raíz de que quedan sometidos a la regla de procedimiento según la cual no se puede actuar en dos procesos ostentando un único derecho.

Es significativo que al igual que sucede cuando los principios de Derecho son excesivamente rigurosos, los Jurisconsultos intentarían remediar esta situación mediante expedientes para evitar que el acreedor sufriera los efectos de la *litis contestatio*.

El primer recurso que utilizaron fue redactar el contrato de forma que el procedimiento contra una de las partes no extinguiera la obligación y que no se pudiera actuar contra el fiador más que después de haber sido infructuosas las actuaciones contra el deudor principal.

Otro procedimiento era el de evitar que se procediera en primer lugar contra el fiador, si, sabiendo que el deudor era solvente, el acreedor consentía en proceder contra el deudor principal. Al perseguir a éste en virtud de dicho mandato, el acreedor exigiría la acción nacida de la *fidejussio*, pero si el deudor no le pagó, tenía contra el fiador una acción derivada del mandato (133).

Un último procedimiento más directo es una convención entre el acreedor y el deudor por el que el fiador renuncia

al efecto extintivo de la *litis contestatio*; consentimiento que incluye acceder a proceder contra el fiador si el deudor principal no paga (134).

Con Justiniano se admiten únicamente los casos en que la *litis contestatio* operaba *exceptionis ope*. Partiendo de esta cláusula del año 531, implantó con carácter definitivo la abolición del efecto liberatorio producido por la *litis contestatio* en caso de pluralidad de deudores.

A partir de dicha constitución, la *litis contestatio* realizada con el deudor principal dejó subsistir el crédito contra el fiador, al igual que había ocurrido con el *mandator pecuniae credendae*.

Es importante destacar que a partir de este momento no se encuentra justificación a que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor principal o subsidiario, a no ser que se motive por el carácter de la *adpromissio* (135)

Con esta afirmación varía la orientación dada a la *fidejussio*. Siguiendo el razonamiento expuesto, no hay inconveniente en imponerle al acreedor un orden para hacer frente a su cobro. Si el deudor es solvente es justo proteger al fiador para que no se proceda contra sus bienes sin causa suficiente, puesto que la función del fiador es respaldar el patrimonio del obligado principal, no respondiendo por él en todo caso, sino exclusivamente en caso de insolvencia, en su doble aspecto de total o parcial. Por ello Justiniano, en prevención de posibles perjuicios al fiador introdujo en el año 535 en beneficio del fiador, el beneficio de orden o de excusión. Mediante dicha facultad, el acreedor tendrá que proceder directamente contra el obligado principal, y si no lo hiciera así, el deudor se encontrará facultado

para rechazar la pretensión del acreedor, caso de no tener constancia de que se haya procedido en primer lugar contra él (136).

9. ACCIONES DE LAS QUE DISPONÍAN LOS GARANTES.

Originariamente el garante (137) no tenía ningún recurso legal contra el deudor al que había satisfecho su deuda, por lo que el garante que veía comprometido su patrimonio corría incluso el riesgo de verse perjudicado por la mala fe del obligado principal. Siendo conscientes de ello, los Jurisconsultos promulgaron la *Lex Publilia* que permitía como primera medida protectora a los garantes, ofrecer la *manus iniectio* contra el deudor si no reembolsó la cantidad satisfecha en el plazo de seis meses; *manus injectio* de carácter pro judicato que tuvo tal relevancia que se mantuvo incluso después de la Ley Vallia (138).

La *Lex Appuleia* mejoró aún más la situación de los garantes. Esta Ley contempla el supuesto de que haya varios co-garantes para garantizar una deuda.

Originariamente si un garante pagaba la deuda no tenía ninguna acción para proceder contra los demás. Por dicha razón, la Ley introdujo un medio de protección para el tercero pagador. Estableció la ficción de que entre los garantes existía una especie de sociedad en la que cada uno debía soportar el peso de una parte de la deuda.

Si se diera el caso de que uno de ellos pagase la totalidad, la Ley le proveyó de una acción contra los restantes responsables de la obligación para que les pudiese exigir el excedente.

Esta Ley se aplicó tanto al *sponsor* como al *fidepromissor*, mientras que la Ley Publilia únicamente fue aplicada a la *sponsio*.

Su ámbito de aplicación no quedó restringido, como sucedía en la Ley Publilia a Italia, sino a todas las provincias del Imperio (139).

Con la existencia de estas dos Leyes no quedaron solventados todos los problemas para el garante, que en ocasiones se veía con serias dificultades para proceder contra los restantes obligados. A fin de paliar dichos inconvenientes se promulga la Ley Furia que obliga al acreedor a proceder separadamente contra cada uno de los garantes supervivientes en el momento del vencimiento de la obligación.

Esta Ley quiso tener un carácter tan favorable para los fiadores que en ocasiones llegaba a perjudicar al acreedor. De esta manera, el cobro total del crédito podía peligrar puesto que si uno de los garantes había fallecido la porción correspondiente quedaría sin cobrarla; supuesto igualmente aplicable a la situación en que alguno de ellos resultara insolvente en el momento del vencimiento de la obligación.

La exigencia del acreedor de que se constituyera una garantía personal tenía una contrapartida. Si se excedía pidiendo a los cogarantes una cantidad superior a la parte que a cada cual le correspondía, se entendía que su comportamiento era delictivo, quedando a continuación expuesto a la *manus iniectio pro iudicato* (140).

Mientras que la Ley Appuleia continúa aplicándose en todas las Provincias, la Ley Furia establece una concesión

para los afianzamientos celebrados en Italia, ya que limita el tiempo de su duración, no pudiendo estos exceder de dos años (141).

La Ley Furia, aunque originariamente parece poco probable, como su propio nombre indica: *Lex Furia sponsu* que se promulgara para beneficiar a los *sponsores*, posteriormente, por influencia de la Jurisprudencia fue extendiendo su ámbito de aplicación abarcando también el ámbito de los *fidepromissores*.

Cierto es que la *Lex Furia* estaba en vigor, lo que implicaba consiguientemente que el acreedor sometiera su conducta a ella. Sin embargo, al acreedor no se le exigía dar conocimiento a los restantes garantes de la identidad de los otros, por lo que, en numerosas ocasiones, el acreedor procedía contra algún garante, si no por la totalidad de la deuda, sí por el exceso de lo que le correspondiese pagar.

Ese posible fraude a la Ley, es lo que vino a subsanar la Ley Cicereia. Esta prohibió lo que hasta aquel momento era de uso frecuente: que los garantes se comprometieran sucesivamente sin previo conocimiento de los anteriores afianzamientos.

La Ley Cicereia obliga al acreedor a declarar y publicar en heraldos (*praedicere palam*) el objeto de la deuda y el número de garantes que le respaldaban. De esta manera, los fiadores que se comprometían en una etapa posterior al de la inicial relación de fianza sabían con exactitud la cuantía exacta por la que respondían. Los obligados, si así lo deseaban, podían ejercitar en el plazo de treinta días desde la asunción de su compromiso, una acción prejudicial con el propósito de ganar el pleito y quedar liberados.

Esta Ley no menciona los *fidejussores* porque su fecha ronda mediados del siglo VI, siendo posterior a la Ley Furia y anterior a la Ley Cornelia.

Más tarde, la *manus iniectio* concedida al *sponsor* se sustituyó por la *actio depensi*, no pudiendo invocarse esta acción por los restantes *adpromissores*, aunque esta Ley siguió conservando algunos privilegios (142).

En las relaciones obligatorias ya se aplica la *fidejussio* pero sigue sin existir una reglamentación específica. Al efecto de cubrir esta laguna, la Jurisprudencia definió la relación existente entre el deudor y el fiador, entendiendo, que aquel de estos últimos que interviniera en la relación establecida entre acreedor-deudor con la finalidad de prestar un servicio al deudor se comprendía a todos los efectos que era un mandatario.

Esta solución resultaba tan favorable al fiador que Marcelo y Ulpiano (143) le conceden la *actio utilis* del mandante cuando éste hubiera pedido una remuneración pecuniaria. Incluso otros autores llegan a proveerle de una acción aún habiendo intervenido en el cumplimiento de la relación obligatoria principal, a pesar de la prohibición del deudor. Es importante destacar que todos los autores concurren en atribuirle la *actio mandati* contraria para que pueda reembolsarse por lo que pagó.

Si intervino espontáneamente era imprescindible averiguar el ánimo de liberalidad con que intervino. Si este se produjo el fiador carece de acción alguna para ejercitar, pues se presupone que había obrado *animus donandi*.

Si el fiador no ha obrado con ánimo de realizar una libe-

ralidad, se le equipara a un gestor de negocios ajenos y se le da la *actio negotiorum gestorum*.

Tres situaciones son, pues, las que contempla el Derecho Romano en la forma de actuación del fiador: La existencia o no de interés (servicio) en la satisfacción de la obligación principal que dará lugar, según haya ánimo de lucro e interés en el cumplimiento de la obligación o la consideración de su actuación como una gestión de negocios ajenos o un mandato.

Las acciones de que dispone el fiador, deben cumplir inexorablemente los requisitos siguientes, al igual que sucede en la actualidad.

1. Que hubiera pagado la deuda que previamente había asumido.
2. Que el deudor hubiera quedado liberado por el pago del tercero.
3. Que el pago se hubiera efectuado después del vencimiento de la obligación.
4. Que previamente el deudor hubiera tenido conocimiento del pago del fiador para poder oponer, de estimarlo conveniente, las acciones y excepciones que obraran en su poder para negarse al pago.

10. BENEFICIO DE CESIÓN DE ACCIONES.

En Derecho Romano al *adpromissor* que paga la deuda los Jurisconsultos le reconocían la facultad de solicitar del acreedor que le cediera las acciones que ostentaba frente al deudor principal. Esta facultad se denominó *beneficium cedendarum actionum*.

Esta cesión de acciones presentaba una ventaja porque constituía, en opinión de algunos autores, un reforzamiento a la autónoma acción de regreso; diferenciándose en que la nueva acción permitía rodearla de especiales garantías (144).

Se distinguía de la *actio mandati* en que se concedía en base a una relación entre garante y acreedor, al contrario que la *actio mandati* que deriva del vínculo garante-deudor.

En cuanto a la forma, la cesión de acciones se produce por medio de la constitución del cesionario como representante procesal (*cognitor* o *procurator*) del cedente, con la particularidad de que en la fórmula prestada por el cesionario, recaía en la *intentio* el nombre del cedente y en la *condemnatio* el del cesionario.

El contenido del beneficio se centraba en asegurar al garante la misma posición procesal en que se encontrara el acreedor contra el deudor.

La cesión de las acciones se puede efectuar voluntaria o coactivamente. Las que interesan a nuestro estudio se encuentran entre las últimas; es decir, las que establecidas con el nacimiento mismo de la relación obligatoria, su utilización es preciso ejercitarla mediante un mecanismo procesal, que se estudiará a continuación, destinada al mismo fin que la acción de regreso.

Con este propósito es conveniente distinguir dos supuestos: La cesión de las acciones del garante contra el deudor y la cesión de estas mismas al garante contra el resto de los co-garantes.

10.1. En relación con el primer supuesto cabe citar dos textos en los que se prescribía la obligación del acreedor de ceder sus acciones al garante, aunque este siga manteniendo su derecho de regreso con respecto al deudor principal y recibiendo a su vez del acreedor las garantías reales que este poseía (145).

En la relación de los textos se observa cómo el segundo de los mismos: D. XVII, 1, 45, 5, no se contempla la hipótesis de la fianza sino la del mandato de crédito. Sin embargo, en el derecho Justiniano no se puede mantener, a pesar de los textos expuestos, que se siga la misma regulación del *beneficium cedendarum actionum* para ambas figuras jurídicas, y menos aún se puede deducir (146) que después de la introducción del *beneficium excussionis* se extienda al fiador el *beneficium cedendarum* que correspondería al *mandator pecuniae credendae* (147).

El único texto en que se habla de cesión de acciones del acreedor al *fidejussor* es el de Paulus (148) D. XLVI, 1, 36. Del texto citado se desprende la dificultad y se observa cómo todo acreedor, que ceda sus acciones después de haber recibido un crédito de uno de los fiadores, transmite acciones inexistentes porque el pago al acreedor extingue la obligación y consiguientemente la deuda.

Por lo que observa el Jurisconsulto, el pago no extingue la obligación porque simultáneamente dicho pago supone también una venta de la titularidad del deudor *nomen debitoris* (149).

Se trata de una cesión voluntaria, por tanto, no coactiva, lo que demuestra que la cesión se realiza mediante un proceso

contra el fiador, en que se produce un pago voluntario seguido de la cesión de acciones del *accipiens* (150).

Así como la función de la *actio mandati contraria* servía de instrumento para resarcir al garante que había pagado, la cesión de acciones desempeñó la función de subrogar al garante que había satisfecho el crédito en las garantías reales que reforzaban la relación crediticia.

10.2. El segundo caso más amplio entre las hipótesis de regreso es el de la cesión de acciones del acreedor al garante contra los cogarantes.

Se trata de un supuesto en el que existen varios obligados solidariamente. Uno de ellos paga y debe repercutir el exceso de la cantidad, que había respaldado, accionando contra el resto de obligados.

Ya quedó expuesto que la Ley Appuleia había concedido beneficios para el coobligado que pagaba por varios *sponsores* o *fidepromissores* más de la porción que le correspondiera a fin de que pudiera obtener el reembolso de los otros coobligados.

Entre los cofiadores no existía, como también se destacó en páginas anteriores, en tiempos de Gayo, otra posibilidad que la ofrecida en la *Epistula divi Hadriani*, de dividir el gravamen entre los cofiadores solventes en el momento en que el acreedor presentara la demanda.

Gayo no menciona otros recursos para regular estas relaciones. La imposibilidad de acceder al regreso se afirma como principio general en C. VIII, 40 (41), 11 (*Imp. Alexander A. Salustio, A.D. 229*) (151), por lo que parece lícito argu-

mentar *a contrario sensu* que no se dará en aquella relación en la que exista pluralidad de garantes pero no coobligados solidariamente (es el supuesto en que no puede aplicarse el beneficio de la división *ex epistula divi Hadriani*, donde hay pluralidad de obligados sin relación entre ellos) (152).

11. RELACIÓN DEL BENEFICIUM CEDENDARUM CON EL BENEFICIUM DIVISIONIS.

Entre ambas acciones tuvo que existir un conflicto de competencias en el ámbito de su aplicación.

Ayudando a resolver esta incógnita, Giuliano manifiesta, que al fiador, que renuncia al *beneficium divisionis*, se le protege con la cesión de acciones del acreedor; lo que puede entenderse como que el *beneficium cedendarum* es una alternativa por la que el fiador puede voluntariamente sustituir al *beneficium divisionis*. Entendemos que es importante acentuar que en dicho caso nos encontramos ante una cesión de carácter voluntario y no coactivo (153).

Nace el principio de una polémica que aún en nuestros días no ha quedado suficientemente esclarecida aunque el legislador optó por recoger ambas instituciones atribuyéndoles el carácter de acciones independientes y autónomas. Únicamente en las fuentes se conserva un único caso en el que el ordenamiento jurídico no concede al garante obligado solidariamente el *beneficium divisionis* sustituyéndolo coactivamente por el *cedendarum actionum*. Dicho texto de Papi-niano (154) seguido de una glosa, suspende el *beneficium dividionis* al cofiador de un tutor. Este párrafo al que se

hace referencia, se valora como una norma excepcional que deroga la regla general de máxima protección a los intereses del pupilo (155).

El derecho de regreso no se debe enclavar en el derecho Justiniano. Esta consecuencia se deduce de la confrontación, en opinión de Frezza (156), entre la responsabilidad del mandatario respecto al mandante y la del acreedor referente al *fideiussor*.

El mandatario (acreedor) que quiera dirigirse contra el mandante (garante) está obligado a cederle todas las acciones; si no se encontrara en situación de hacerlo no podrá proceder judicialmente (157). Justamente lo contrario afirma Scaevola de la relación entre acreedor-fiador (158).

Una última cuestión relacionando regreso y cesión de acciones es aquella en la que el garante, que actúa en regreso, no con acción propia sino con la cedida del acreedor, deberá probar el fundamento de su propio derecho de regreso como si se tratara de su propia acción contra el deudor.

El fiador tiene facultad para reclamar al acreedor al que ha pagado que le ceda sus acciones contra el deudor. Si la transferencia de acciones tiene lugar, el deudor se sitúa en la posición originaria del acreedor adquiriendo conjuntamente los derechos reales que poseía el acreedor como garantía del crédito (159). Esta figura que respondía a las necesidades de la práctica jurídica se le denominó posteriormente subrogación, siendo en opinión de Cuq "una de las más acertadas creaciones de la Jurisprudencia". No obstante, a pesar que dicho autor califica de "creación juris" dicha institución, parece, como así lo demuestra el propio autor,

que ya se utilizaba en Caldea en el siglo VI a.C. (160).

Desde que se comenzó a utilizar por la Jurisprudencia, suscitó graves reservas entre los autores clásicos, objeciones que se fueron planteando durante toda la Edad Media y que incluso hoy en día no han quedado resueltas de manera satisfactoria.

Desde un principio se opusieron una serie de obstáculos a la subrogación de difícil respuesta desde el punto de vista teórico.

Se le opuso, que es imposible que el fiador pueda forzar al acreedor a cederle sus acciones por varias razones. En primer lugar, porque el contrato que une fiador-acreedor es unilateral.

El fiador no puede obligar al acreedor porque no ostenta ningún derecho frente a él; además, para obtener la cesión de acciones, el fiador debe pagar al acreedor, sin olvidar el gran problema que presenta esta institución, que hasta el momento no ha encontrado una respuesta convincente: El pago de la deuda al acreedor extingue la obligación y con ella desaparecen todos los derechos inherentes a la misma; en consecuencia, el acreedor no puede ceder acciones que no existen (161). Con este propósito el fiador deja que se le demande para alegar, en el momento del juicio, que el acreedor ha incurrido en una situación dolosa si ha rechazado ceder las acciones que resultan inútiles para el acreedor. Si se demuestra que hubo dolo, el Pretor niega al acreedor cualquier pretensión contra el fiador. Si el planteamiento es dudoso, el acreedor correrá el riesgo de que el Pretor incluya en la fórmula la *exceptio doli*, con el consiguiente problema de que si se prueba que existió dolo se desesti-

me la demanda y pierda el acreedor su crédito.

Cuando el acreedor no pueda ceder sus acciones porque las hubiera perdido, el fiador no tiene facultad alguna para reclamárselas. El acreedor no prometió nada al fiador, lo único que se le puede exigir es que no cometa dolo. Es por ello, por lo que concluye Cuq (162) con la convicción de que el remedio creado por la Jurisprudencia no siempre resultaba eficaz puesto que procura al fiador una excepción, pero no le confiere un derecho sancionado por una acción.

La aplicación del beneficio de cesión de acciones supone que el pago hecho por el fiador no extingue las acciones del acreedor. La contradicción existente en teoría la resolvió la Jurisprudencia mediante una ficción: En lugar de considerar el pago y la cesión como dos actos distintos, estiman que componen dos elementos de un único y solo acto jurídico, como si de una venta se tratara. El pago supondría, en realidad, el precio de compra del crédito. Al fiador se le reputa haber comprado el débito por una cantidad igual a la debida. Esta idea supuso una invención para permitir atender a un resultado justo, que sirve exclusivamente para justificar dicho resultado.

El efecto de la cesión es permitir al fiador intentar, por los desembolsos realizados, obtener las acciones más ventajosas del acreedor en lugar de actuar con su acción personal que implicaría su concurrencia con los acreedores quirografarios. Es por tanto, una acción privilegiada que le permitirá colocarse en una situación anterior a los quirografarios e incluso delante de los acreedores hipotecarios de inferior rango (163).

Para poder disfrutar del beneficio dos condiciones son necesarias: que el fiador haya realizado la demanda en tiempo hábil y que se considere que la subrogación tiene siempre un origen convencional (164).

12. PLURALIDAD DE FIADORES.

Este apartado hay que estudiarlo desde un doble punto de vista:

12.1. Las relaciones existentes con el acreedor.

12.2. Las relaciones de los cogarantes ente sí.

12.1. El principio general es que los cofiadores se obliguen solidariamente, de forma que el acreedor pueda reclamar la deuda a uno cualquiera de ellos, puesto que tienen todos los derechos contra cada uno, como si se tratara de una caución única. Puede resarcirse hasta de la totalidad de la deuda procediendo sucesivamente contra todos los *mandatores pecuniae credendae*, porque la *litis contestatio* de uno no libera a los otros de su responsabilidad frente al deudor principal.

En el supuesto de haber estipulado una *adpromissio*, quedan liberados todos los deudores accesorios si se procede contra uno de ellos antes de la reforma justiniana. A partir de entonces no quedaron liberados. No obstante, en todas las épocas cualesquiera que fuera la forma de compromiso, el acreedor podía elegir obligado accesorio al que dirigirse, sin tener en principio obligación de dividir el *quantum* de la obligación.

Sobre este punto se operaron dos cambios sucesivos: Uno en tiempos de la República y otros en derecho clásico.

Como ya se ha expuesto, la primera reforma tuvo lugar con la *Lex Furia*, especialmente dirigida a los *sponsors* y *fidepromissores* italianos, disponiendo que la deuda se repartiera entre los fiadores que no hubieran fallecido en el momento de vencer la obligación (165); no obstante, esta Ley no suprimía el principio de solidaridad entre los cogarantes, ni presuponia que se dividiera la deuda como si de varios deudores mancomunados se tratara, puesto que dicha situación llevaba implícita que la división hubiera tenido lugar desde el principio. El reparto se realiza cuando vence la obligación, perjudicando los premorientes a los supervivientes, al igual que sucedía con la insolvencia de uno de ellos que repercutía en la porción de los solventes. Recordemos que con la *Lex Furia* se opera una transformación en sentido distinto; de tal manera que la insolvencia o fallecimiento de uno de los cogarantes perjudica al acreedor y no al resto de obligados y que si, además, el acreedor reclama más de la porción que corresponde a cada uno de ellos, comete una infracción que la Ley reprime mediante una acción especial (166).

La escasa aceptación que tuvo entre los acreedores fue el motivo por el que probablemente se redactara la Ley Ciceronia; Ley que con bastante probabilidad fue la que introdujo la *fidejussio* (167).

12.2. La segunda modificación que se introdujo fue también para beneficiar a los fiadores (168) mediante el rescripto de Adriano que concede a los fiadores solventes el beneficio de división.

Este beneficio sólo se concede a los cofiadores que han entablado una demanda (169). El cofiador que no procediere de este modo no podía dirigirse después contra el acreedor, puesto que carecerá de acción contra él.

El beneficio será aplicable a los fiadores presentes y solventes y por último, su ámbito de aplicación se extiende también a las provincias.

Con este rescripto se intenta proteger mejor a los acreedores, al mismo tiempo que los fiadores quedan dispensados de adelantar la porción correspondiente al resto de fiadores. Se busca, por tanto, conciliar el interés del acreedor y el de los fiadores dejándoles responsabilizados de su insolvencia recíproca, pero dispensándoles de pagar más de la parte que corresponde a cada uno cuando sean solventes.

12.3. Efectos.

Este beneficio que como tal es renunciabile se puede denegar al fiador considerado indigno porque haya negado la deuda o su compromiso al fiador de un tutor o de una mujer (170).

Los efectos varían según los casos: Si el acreedor reconoce la solvencia de los fiadores, el Pretor le entrega contra cada uno de ellos una acción comprensiva únicamente de su parte.

Si el fiador es solvente y se le demanda por la totalidad, el fiador no podrá pedir la división sin que el resto soporte a su cargo los riesgos y sin garantizar su fianza. Si el acreedor no aceptara esta proposición, el Pretor le concede una acción por el *quantum* total del débito, pero insertando

en la fórmula la excepción *si non et illi solvendo sint*, que entraña la absolución del demandado de verificarse lo esgrimido por este (171).

El fiador cuando paga por el deudor no está implícitamente donando al deudor el valor de lo pagado. Su fundamento radica en que ha satisfecho una deuda de un tercero con lo que paralelamente nace un derecho para hacerse reembolsar la cantidad expendida por el afianzado.

13. REGRESO DEL GARANTE.

Existe desde una época muy antigua, incluso se han encontrado vestigios de esta institución en otras civilizaciones, como ya destacamos.

Aparece en el Derecho Romano, en la época más arcaica (172) de las garantías personales con la *actio depensi* para beneficiar al *sponsor*.

Permanecerá durante el transcurso de las distintas épocas romanas como única acción de regreso, en opinión de Talamanca (173), aunque su ámbito de aplicación se limita a la *sponsio* con lo que, consiguientemente, se abría una interrogación en el ámbito de la *fidepromissio* y de la *fidejussio*.

La Jurisprudencia no reconoció un regreso al garante que cumplía la obligación del deudor principal pero reconduce el tema a los principios que regulan la gestión de negocios ajenos y del mandato (174). Si la garantía se asumió por encargo del deudor principal, el garante tendrá opción a ejercitar la *actio mandati contraria*; mientras que si no existió encargo ni hechos que excluyeran totalmente la posibilidad

del regreso, el garante podrá accionar mediante la *actio negotiorum gestorum contraria* (175).

No parece probable que se pueda contar en el derecho clásico con el *beneficium cedendarum actionum* (176) como un medio de defensa del garante, y lo mismo puede decirse respecto a los cofiadores. Ahondando en esta idea, Frezza ha destacado la inexistencia de textos relativos a dicho beneficio en materia de estipulaciones pasivamente accesorias (177).

El fundamento del derecho de regreso se encuentra en la relación interna que une al garante con el deudor principal (178). Antes de analizar las acciones derivadas del mandato veamos las condiciones en que aparece el contrato de mandato.

La relación existía como mera relación social, desprovista de calificación jurídica, con su base en la dependencia económico-social que existía entre garante y deudor principal, de la que nacen un conjunto de derechos y deberes, algunos de los cuales sin carácter jurídico.

Sobre las ideas apuntadas se han interpretado algunos testimonios literarios de Cicerón y posteriormente en las *declamationes* que se atribuyeron a Quintiliano en las que se pone de manifiesto la inconveniencia de cobrar una deuda a los *sponsors* en lugar de al obligado principal.

Testimonio de las reflexiones jurídicas del contenido social de la relación entre garante y deudor principal lo constituía entre otros: La *Tabula Heracleensis (Lex Julia Municipalis)*, que ordenaba a la Magistratura Municipal que el deudor que hubiera expuesto a sus garantes a pagar por él, no pudiera después ser amparado por ella.

En delito de injurias se considera que incurre el acreedor cuando el deudor principal debiendo pagar diligentemente a su acreedor les reclama el pago a los fiadores.

El texto al que alude Gayo es, en opinión de Frezza, referido a los *sponsors* primordialmente, aunque incluye a los *fidejussores* (179).

Según el autor citado (180), la peculiar vinculación económico-social de la relación entre deudor principal-garante se explica como el primer reconocimiento del derecho de regreso que se encuentra en el desarrollo histórico de las formas de garantías personales de la obligación en una ley, en la cual, el derecho de regreso se configuraba al margen de la existencia de una relación jurídica interna entre garante y obligado principal. Así pues, en esta configuración el derecho de regreso aparece como perteneciente a la misma estructura de la relación de la garantía personal de la obligación (181).

La última afirmación de Frezza es de valor inestimable puesto que sus palabras son indicativas de un criterio que hasta el momento no ha sido aludido pero que, a nuestro entender, constituye un medio delimitatorio del ámbito de aplicación y naturaleza del derecho de regreso.

Los criterios descriptivos utilizados han sido útiles para empezar a establecer un sistema que vislumbre las pautas que siguieron los jurisconsultos clásicos, que no van más allá del establecimiento de unas amplias relaciones de solidaridad entre todos los obligados.

Solidaridad a la que le dan el valor de solidaridad pasiva, puesto que les permite introducir matices de mayor a

menor importancia según los casos, pero que no vulnera ni trastoca las estructuras existentes hasta el momento, más bien obraron al revés apoyándose en ella.

La relevancia de su opinión, es que por vez primera, considera que el regreso es inherente a la relación misma de fianza; no interesa cómo se estipuló dicha relación, puesto que establecer una relación obligatoria de fianza implica aceptar el derecho de regreso.

Este derecho de regreso que prosigue al nacimiento de la relación obligatoria se va concretando a través de varias leyes y acciones. A modo de resumen aunque ya han sido expuestas, destacamos lo más significativo de cada una de ellas.

La primera Ley que establece una acción protectora del fiador es la Ley Publilia que concede al *sponsor* una *manus iniectio* si no se le hubiere reembolsado lo que satisfizo en el pago de seis meses.

La Ley Appuleia establece una especie de sociedad entre los *sponsors* o *fidepromissores* de un mismo débito. En concreto, concede al garante que ha pagado más de lo que le correspondía o la totalidad de una deuda o una acción para dirigirse por lo que debían haber pagado los demás contra aquellos.

Ambas leyes consideraban este derecho de regreso parte integrante de la estructura jurídica de la relación de garantía. El garante obtenía *ope legis* esta acción cuando se obligaba sin entrar en el modo de constitución de la relación obligatoria.

Estas dos formas que acabamos de citar se consideraban las más antiguas aplicables a la *sponsio* y *fidepromissio*. Posteriormente aparece otra tercera modalidad para beneficiar también al *fideiussior* que en la *actio mandati contraria*, acción propia de la compilación Justiniana; sin embargo, la aparición de esta última no es óbice para que puedan aplicarse las originarias (182).

Es necesario hacer hincapié en que lo expuesto hasta el momento supone la existencia *ope legis* desde el momento en que se pagó. De otro lado, paralelamente aparece el regreso ejercitable en una relación obligatoria entre garante y deudor cuando el primero de ellos intervenga; por tanto, lo que justifica este derecho es la intervención del fiador.

Planteada la diferencia entre ambos, es relevante señalar que el regreso negocial acabó por suplantarse al regreso *ope legis* por razones evidentemente de tipo práctico, pues una relación jurídica evaluable entre deudor principal y obligado debió existir siempre y por otra parte, el regreso negocial se adoptaba mejor para regular situaciones accesorias o marginales, que evidentemente requerían una forma negocial más elástica que la que resultaba de la legal.

Esta consideración del regreso convencional sirvió para encuadrar en él la relación de mandato entre deudor y fiador con la condición de que el primero no se opusiera a la intervención del fiador o no hubiera ignorado el pago del tercero (183).

Como el regreso se configura como una acción de regreso convencional, para su estudio es conveniente analizar los medios procesales mediante los cuales se ejercitó la vía del regreso.

La primera acción por orden cronológico es la *actio mandati contraria*.

14. ACTIO MANDATI CONTRARIA.

Desde el punto de vista de la estructura de la fórmula que era *in factum*, es de suponer que el hecho sobre el que se fundaba el regreso era que "*abest pecunia fideiussori*", cuando el fiador había pagado en lugar del obligado principal (184).

La idea de enriquecimiento injusto justifica el regreso. Idea que se desarrolla simultáneamente a la *condictio indebiti* que había servido de base al enriquecimiento injusto (185).

Esta acción se entiende partiendo del estudio de los textos clásicos.

Un primer supuesto para esclarecer la coexistencia del régimen legal y del negocial del regreso del *sponsor* es de Ulpiano (186) que completa el texto de Gayo III, 127 según el cual, el *sponsor* tiene a su disposición la *actio depensi* y la *actio mandati* para el ejercicio del regreso contra el deudor. Juliano y Ulpiano consideraron que la extinción *ope legis* de la responsabilidad del *sponsor* no comporta la consecuencia de la extinción de la relación de mandato y que, en consecuencia, en el caso de pago voluntario, el *sponsor* continúa estando legitimado con la *actio mandati* para el ejercicio del derecho de regreso. Merecen especial referencia el carácter incoercible que se le daba a la acción de mandato por parte del mandante a pesar de su lógico interés por la ejecución del mismo. En realidad, el trasfondo de dicha incoercibilidad estaba en que Juliano había efectua

do una construcción para conferir una fundamentación jurídica a las exigencias ético-sociales que se reclamaba de los *fides*, más que para explicar una norma coherente con la relación de mandato. Esta prueba de sensibilidad ética testifica la necesidad social que existía de atribuir un medio de garantía al fiador frente al desembolso realizado.

Existen textos que se han identificado dando valor a la *actio mandati* en cuanto acción concedida en concreto a la *sponsio*. Se encuentran también autores que entienden que, en ocasiones, no es aplicable esta acción porque la *fides* en la relación de mandato constituía un límite a la legitimación del *sponsor* para actuar en vía de regreso contra el deudor principal (187).

En los textos aludidos se llega a la conclusión común de que la única diferencia de régimen entre la *actio mandati* y la *dePensi* está en ser la segunda *in duplum* y en no poder proponerse antes de un semestre desde el día en que pagó el *sponsor*.

Si al *sponsor*, una vez hubiera pagado, no le convenía esperar el plazo de seis meses para cobrar, sólo contaba con el recurso de la *actio mandati* como medio de regreso; aunque probablemente en muchos casos el *sponsor* no debía tener interés en utilizarla porque únicamente contra un deudor que fuera insolvente podría el *sponsor* esperar pacientemente el plazo de seis meses fijado por la Ley Publilia y en el supuesto de que el deudor fuera solvente le conveniría ejercitar la acción de regreso en el plazo más breve.

Estas consideraciones explican porqué la *actio mandati contraria* se pudo introducir como acción común de regreso

para el *sponsor* y *fidepromissor*, así como para el fiador; únicamente la *actio depensi* limitaba la posibilidad al *sponsor* y *fidepromissor* en algunas hipótesis en que la *actio mandati* no era factible, consideradas estas hipótesis como excepciones.

El ejercicio de la acción de regreso mediante la *actio mandati contraria* respalda al *paterfamilias* si el fiador es persona *alieni iuris* y si la *fidejussio* se hizo *iussu patris*, o si el padre ignoraba o no quería que le pagara la deuda de su peculio (188).

Aunque este último párrafo del texto no se refiere a la fianza, los principios que regulan el derecho del regreso del padre son los mismos que para la fianza.

Para finalizar, resta el estudio de la *actio mandati*, diferenciándola de la *actio negotiorum gestorum*, pues aunque las dos acciones tiendan al mismo propósito, la primera produce consecuencias jurídicas mayores que la segunda.

Mientras que el fiador ejercitando la *actio mandati* puede obtener el reembolso de todos los gastos efectuados en ejecución del mandato, el fiador que se vale de la *actio negotiorum gestorum* sólo puede utilizar el regreso contra el deudor para reclamar los gastos realizados siempre que estos hayan sido los convenientes o al menos hayan resultado útiles al deudor principal.

La *actio mandati* surge cuando se estipuló la relación obligatoria de fianza por acuerdo entre deudor y fiador. Si el deudor expresamente prestó su consentimiento dicha acción tiene su causa en un mandato expreso.

Si el deudor tuvo conocimiento de la intención del fiador y calló, la *actio mandati* la fundamentará en un mandato tácito, pudiendo ser el mandato tanto tácito como expreso. Será del primer grupo el mandato resultante de hechos y circunstancias que no contengan una manifestación directa de la voluntad del mandante.

Si la fianza se prestó con el desconocimiento del deudor surge la *actio negotiorum gestorum*. Esta fue la sentencia de Paulo que posteriormente constituyó el criterio que siguió Justiniano (189).

El desacuerdo entre los jurisconsultos romanos radicaba en que algunos concedían por lo menos al fiador la *actio negotiorum gestorum*.

Cuiacio comentando la L. 53, D. mand. del libro 9 de las Quaest. Papin. escribía que el fiador tiene una *actio negotiorum gestorum* (190), razón por la que sobre todo a finales del siglo XIX, principios del XX pensaron algunos autores, que a falta de un texto específico, no podría nadie enriquecerse a costa de otro.

Otros reservaron el regreso para cuando alguno hubiere enriquecido al deudor, concediéndole una *actio 'in rem verso'* y por último, los restantes niegan al fiador toda posibilidad de que pueda ejercitar el derecho de regreso y le conceden exclusivamente la subrogación legal en los derechos del acreedor; opiniones y posturas que quedarán expuestas a lo largo de este estudio.

15. CONDICIONES PARA EL NACIMIENTO Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REGRESO.

Primer requisito es que el garante se obligara voluntariamente (191). Caso contrario, el garante obligado no tendrá derecho al ejercicio de la acción de regreso.

Segrè (192) mantiene que la ignorancia, ya sea de hecho o de derecho, no quita el vicio de la inexistencia del presupuesto para el ejercicio de la acción de regreso. En cambio, para Frezza (193) esta formulación es errónea puesto que la distinción entre *ignorantia iuris* e *ignorantia facti* tiene un asidero fuerte en el pensamiento jurídico romano.

Distingue el último autor citado entre ignorancia de la invalidez del propio vínculo obligatorio, en cuanto se refiera a la relación entre el vínculo fideiusorio y el principal (por ejemplo que sea nula la fianza porque se extinguió *in durio rem* o *in aliam causa*), y entre la ignorancia de las normas que convierten la relación obligatoria en ineficaz en sí misma (ejemplo de ello podría ser que se estableciera una garantía personal por valor superior a veinte mil sestercios según lo fijado por la Ley Cornelia...).

Aunque Segrè utiliza para justificar su exposición un texto de Pomponio a Sabino, Frezza lo menciona en sentido diametralmente opuesto del que predica aquel (194). El segundo autor al que nos referimos considera de clásica la norma que el garante que desconozca por *ignorantia facti* la validez de su relación, podrá ejercitar, siempre que haya pagado, la *actio mandati contraria* contra el deudor principal.

Segundo requisito para el ejercicio de la acción de regreso es el conocimiento de las excepciones que puedan ale-

garse en el juicio contra el acreedor (195). Con el propósito de analizarlas es necesario examinar el contenido del deber recíproco de diligencia y de información que existe entre el garante y el deudor principal.

El pensamiento de los juristas clásicos se resume pues en la idea de que entre obligado principal y garante existe un deber de informar del pago. Si no respeta el fiador esta carga, pierde el derecho al ejercicio de la acción de regreso. Si el que no ha respetado dicho gravamen ha sido el deudor principal, se expone a tener que pagar dos veces la deuda.

Por otro lado, si el deudor tuviere una *actio mandati directa* contra su obligado, si hubiere notificado la extinción de la obligación en la forma convenida, no dispondría del regreso si no hubiera cumplido con el deber de informar en el momento de saldar su deuda.

Mucius Scaevola matizó algunas circunstancias que se han conocido a través de Celso (196).

Si el *sponsor* -parece que Celso no conoció la *fideiussio*- avisado por el deudor conscientemente pagó capital e intereses, aunque hubiera omitido la obligación de impugnar los intereses para proteger su buen nombre, por la importancia de la *fides* en las relaciones entre deudor y *sponsor*, no decae el derecho del que garantiza una obligación aunque conscientemente haya omitido oponer al acreedor una excepción dilatoria.

Los autores postclásicos apoyándose en la opinión de Mucius Scaevola sostuvieron que el garante no podía omitir ninguna de sus excepciones personales, excepto la *minus ho-*

nestae; si lo hiciere incurría en la sanción de perder su derecho de regreso.

El texto antes citado de Celso es útil para demostrar que era posible la sustitución del deudor por su obligado en la parte del juicio que interesara al acreedor, lo que amplía la ventaja de exonerar al garante del peso de todo el juicio y además, proporcionaba al deudor la posibilidad de defenderse en la forma que le pareciera más conveniente.

El último supuesto que resta por analizar es la injusta condena del garante (197).

Cuiaccio señaló que en el texto suyo, antes aludido, el párrafo entre corchetes se glosó con la finalidad de introducir la culpabilidad del garante como elemento justificativo de la exclusión del derecho de regreso.

Como apéndice de los supuestos en que se ejercitó la acción de regreso hay que citar también la *actio quasi institoria* en función de la acción de regreso (198).

Sólo señalar que existieron medios cautelares por los que el tercero podía beneficiarse de la acción de regreso antes de haber pagado pero que no responde a nuestro propósito analizar las acciones de regreso y subrogación pertenecientes al fiador después de haber realizado el pago de la deuda.

16. EXTINCIÓN DEL AFIANZAMIENTO.

El afianzamiento se puede extinguir por vía principal o accesoria, por la liberación del garante o del deudor principal.

La obligación de los *sponsores* y *fidepromissores* se extinguía con su muerte y si habían contraído las garantías personales en Italia, el plazo de caducidad era de dos años.

La obligación de los fiadores se transmite a sus herederos y es perpetua; lo que en derecho Justiniano es equivalente a decir que perdura treinta años. Además, en el *Corpus Iuris* se extingue la fianza a la muerte del fiador o al considerarse un contrato accesorio, cuando se extingue la deuda principal.

La muerte del fiador como principio inalterable no podía gravar a los herederos tanto en los modos de extinción *ipso iure* como las *exceptionis ope*, tanto si el deudor quedase o no liberado. Sin embargo, el principio de que la deuda principal extingue la accesoria se aplicará para los modos de extinción *ipso iure*, ya que en la obligación que se extingue *exceptionis ope* sólo libera al fiador cuando la excepción es *rei coherens*.

Por ello el fiador podrá invocar la *actio in integrum restitutio* concedida a un menor de veinticinco años, si garantizó al acreedor del posible riesgo ordinario de la insolvencia del deudor, pero no contra el riesgo de la menor edad.

También se extinguía por renuncia del acreedor a su derecho contra el fiador o cuando este se convertía en heredero del deudor o viceversa, y como es obvio por todos aquellos medios de extinción que se producen en la persona del deudor principal; por ejemplo, no liberará al fiador cuando la obligación del principal se extinguió por un *capitis diminutio* o por morir sin herederos; es más, el derecho clásico establecía que únicamente se extinguía la obligación por pérdida

de la cosa no imputable al deudor (199).

17. INSTITUCIONES AFINES.

El contenido del *constitutum debiti alieni* era similar al de la *fideiussio*. Su finalidad era pagar al acreedor la deuda de otro poseedor de la *actio constitutae pecuniae* o constitutoria.

El *constitutum* presupone una obligación, a la vez que da vida a una obligación accesoria a cargo del constituyente, aunque no es preciso para estipularla que vaya seguida de una forma solemne como en la *fidejussio*. Se permitía además, contraer un *constitutum* para una deuda condicional sin que se entienda *a priori* que es nula o que su cuantía es superior a la deuda principal. En el primer caso se considera añadida la condición de manera implícita. Mientras que en el segundo se disminuirá su cuantía hasta el tope máximo que alcance la responsabilidad del obligado principal.

Se permitía también que se pudiera prometer en lugar distinto del establecido en la obligación principal o en un tiempo más breve, e incluso para otros acreedores u objetos diferentes.

Para completar el cuadro de las garantías personales queda añadir que entre la *fideiussio* y el *mandatum pecuniae credendae* o *mandatum qualificatum* consistente en el mandato u orden que el mandante da al mandatario de conceder el crédito a un tercero, queda el primero comprometido con el que paga por la *actio mandati contraria*, después de que aquel haya pagado su crédito (200).

- 1) De Martino, Francesco, "Le garanzie personali dell'obbligazione", V. I. Roma, 1940, p. 1.

Ni en Cicerón se encuentra referencia de los garantes de Derecho privado, sobre todo si las garantías se encontraban vinculadas a obligaciones de carácter político.

"... weiss Cicero sie noch gar nicht kennt". Ernst Levy "Sponsio, fidepromissio, fideiussio", Berlin, 1907, p. 14; Incluso la concepción dada por Festo de la adpromissio queda desvirtuada considerándola actualmente inaceptable porque la sponsio-garantía quedaba extinguida si se cumplía la obligación principal. "Adpromissor est, qui, quod uno nomine promissit, idem pro altero quoque promittit". Texto citado en Bruns, fontes II, s.2 y Levy ibidem. Cfra. Flume y De Martino "Le garanzie personali dell'obbligazione". Vol. I, cit., p. 12. Glück "Commentario alle Pandette". Trad. G. de Marinis. Libro II, Milán, pp. 321 y ss.

- 2) Cfra. W. Kunkel "Historia del Derecho Romano", trad. de la 4ª ed. alemana por Juan Miguel. Barcelona, 1982, pp. 35 y ss.
- 3) Biondo Biondi, "Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obbligatio, delle garanzie personali en B.D.R., 1962 n. 65, pp. 105 y ss.
- 4) Gaio, 2 res. cott. D. 44, 7, 1, 8 donde alude a las diferentes formas de obligarse "Puede uno obligarse en nombre propio o ajeno; el que se obliga en nombre ajeno se llama fiador.

Generalmente, exigimos del que se obliga en nombre propio otros que se obliguen por la misma obligación, pues procuramos que el objeto de la obligación nos quede mejor asegurado". El Digesto de Justiniano". T. III, libros 37-50 versión castellana por Alvaro D'ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca y otros, pp. 471 y 472.

- 5) En este sentido Amorós Guardiola, op.cit., pp. 10 y 11.
- 6) Michele Fragali. Voz Garanzia en Enciclopedia del Diritto, p. 446.
- 7) De estos dos conceptos: Débito y responsabilidad (Schuld

und Haftung) se admitía originariamente su eficacia con carácter individualizado; pasaron diversas etapas hasta que la doctrina coincidió en atribuirles un carácter unitario, a partir del cual distingui los casos específicos. Cfra. al respecto: Albertario "Obbligazioni", T. I. Milán, 1936, pp. 66 y ss; Solazzi, "L'estinzione delle obbligazioni", Nápoles, 1935, pp. 13 y ss.; Pacchioni, "Delle obbligazioni in generale". Padua, 1935, pp. 59 y ss; Hernández Gil, "Derecho de las obligaciones". Madrid, 1976, 2ª reimp., pp. 67 a 88.

8) Bo, Nuevo Digesto Italiano, op.cit, p. 193, pone de manifiesto la disparidad de la doctrina sobre la materia, destacando la opinión de los autores que consideran la garantía parte integrante de la obligación, o mejor un "quid" que surge en el proceso teniendo eficacia ejecutiva en el procedimiento de ejecución; Amorós Guardiola, "La garantía patrimonial y sus formas", cit., pp. 12 y ss. diferencia la responsabilidad del deudor de la función de garantía que cumple cualquier obligado subsidiario, poniendo de relieve que la garantía servirá para intensificar la responsabilidad del obligado principal, dejando inerte el débito.

9) En la wadiatio lombarda la relación entre acreedor y deudor se integra con la presencia de un tercero, que cumple la función de ejecutor extrajudicial o de garantía.

A este último sólo se le permitía comparecer en la segunda fase, admitiendo que el deudor pudiera obligarse directamente mediante el wadium y que asumiera la obligación de constituirse en garante propio (fideiussorem posui me ipsum), además, de conferir al acreedor la licencia pignerandi, directamente. Fragali, Enciclopedia del Diritto, cit., p. 447.

10) Biondo Biondi, "Sponso e Stipulatio" en B.I.D.R., 1962 nº 65, pp. 106.

11) Comprende tanto la promesa del deudor como la del garante. Cfra. Vocabularium Jurisprudentiae Romanae. T. I, 641.

12) Según algunos autores, cautio se empleaba para designar una satisdatio, fundamentando sus tesis en D. 35, 3, 3, 1 (Ulp. 79 ed.), dan a estos textos una interpretación distinta. De Martino "Le garanzie personali dell'obbligazione", vol. I, Roma, 1940, p. 2; Glück "Commentario alle ...", cit., p. 323.

13) Para el término "satisfatio" vide D. 2, 9, 1 (Gaius, 5 ed. prov.); D. 46, 5, 7 Ulp. 77 ed.

14) El propio texto legislativo se manifiesta en el sentido aludido, aunque de manera expresa sólo se puede deducir que los romanos veían en el garante una persona interviniente en lugar de otro. Vocabularium Iurisprudentiae romanae, III, 835; De Martino "L'origine delle...", cit., p. 2; D. 16, 1, 2, 1: "Parece justo que se amparase a la mujer dando acción contra el antiguo deudor o contra aquel en cuyo favor se hubiere constituido deudora a la mujer, porque, es esta más que el acreedor, quien engañó a la mujer" (Paul. 30 ed.), trad. del Digesto de Justiniano por Alvaro D'Ors y otros, cit., p. 595.

15) Para un examen en profundidad de las fuentes vide Robert Mayr, "Praestare", en Zeit. Sav. Stift. 1921, n. 42, pp. 198 a 227.

El término "praestare" según la mayoría de la doctrina deriva de praes stare cuya significación es "estar garante". Al respecto vide De Martino "L'origine delle garanzie...", p. 2; Pietro Bonfante, "Istituzioni di Diritto Romano", Turín, 1946; Albertario, "Corso di Diritto Romano", Le obbligazioni, T. I. Milán, 1936, pp. 196 y ss.

16) Talamanca, N., Enciclopedia del Diritto, cit., p. 324.

17) Al respecto Paul Frédéric Girard: "Manuel élémentaire de Droit Romain", 6ª ed., París, 1918, p. 762.

18) De Martino, "L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio" en "Studia et documenta historiae et iuris", 1940, Fasc. 1.

Aunque esta institución también se empleó para garantizar la obligación del adquirente en caso de evicción. A fin de evitar esta práctica, cuando se celebraba una venta pública se escribía en el cuaderno de cargo una cláusula en la que el vendedor declaraba expresamente que no le daría afianzamiento.

19) Vide Max Kaser, "Das römische Zivilprozessrecht". Munich, 1966, 3ª parte, 4ª ed., pp. 61 y ss.

20) Una corriente doctrinal ha mantenido que el praedes podía intervenir en las relaciones entre particulares. Cfra Lennel "Das Nexum" Zets. Sav. Stfr. 33, 1902, pp. 84 a 101 en especial pp. 96 a 99; partiendo de su teoría sobre el nexum,

considera el vadimonium el modo más antiguo de contratar. En sentido divergente vid. Girard, "Manuel élémentaire...", cit., p. 763, n. 1.

- 21) Girard, op.cit., p. 762, n. 3.
- 22) Vid. Girard, ult. op. cit.
- 23) Talamanca voz Fideiussione. Nuova Enciclopedia del Diritto, cit., p. 324.
- 24) De Martino, "L'origine delle garanzie personale e il concetto dell'obbligatio" en Studia et Documenta, 6, 1940, p. 133, n. 3.
- 25) Talamanca, ult. op.cit., pp. 324-325, n. 14.
- 26) Talamanca, N., Enciclopedia del Diritto, cit., p. 325 y 324 que señala los casos de la praedes sacramenti o de los praedes litis et vindiciarum entre particulares.
- 27) En las que el praes figuraba como responsable por la prestación que gravaba al deudor principal.
No obstante, en opinión de Talamanca, una posible diferencia podía radicar en que los negocios en los que intervenía aquel, únicamente se obligaba al cumplimiento de la obligación.
- 28) La doctrina no tiene establecida una terminología común, discrepando en las acepciones con frecuencia. Vid. Max Kaser, "Das römische Privatrecht", T.I., p. 152, n. 20, cuando indica: "Käufer und Pächter vom Staadt oder der Gemeinde". Munich, 1955.
- 29) Vide Kaser, "Das römische Zivilprozessrecht", 3ª parte, 4ª ed. Munich, 1966, pp. 61 y ss.
- 30) Talamanca, N., Enciclopedia del Diritto, cit., p. 324, n. 12.
- 31) De Martino, "L'origine delle garanzie...", op.cit., p. 138.
- 32) Cuq, op.cit., p. 615.
- 33) La terminología es controvertida, vide la matización que hacemos en nuestra cita nº 28.
- 34) Talamanca, Enciclopedia del Diritto, cit., p. 323, n. 8 donde cuestiona si el vades está facultado para ejercitar una acción de regreso contra el obligado principal.

- 35) De Martino, "L'origine...", S.D.H.I., cit., 1940, p. 142. Todavía en algunos núcleos sociales y posteriormente con la aparición del Estado, se tenía especial interés en evitar la insolvencia determinante de la falta de comparecencia. De ahí, la intervención de personas que forman parte del mismo núcleo familiar o gentilicio al que pertenece el demandado. Extraños en su individualidad al proceso, asumían la responsabilidad de presentar al demandado en el juicio.
- 36) No se sabe con certeza la estructuración de esta figura, ni tampoco el contenido exacto de la obligación a la que se comprometían. Al respecto vide Talamanca, N., Enciclopedia..., cit., p. 323.
- 37) Cfra. Lenel, "Das nexum". Zets. Sav. Stift. 23, 1902, pp. 96 a 99 que considera el vadimonium la forma más antigua de contrato. Girard manifiesta abiertamente su opinión en contrario, op.cit., p. 763, n. 1, no considerando suficientemente probados los textos sobre los que se apoyan las manifestaciones de Lenel. Sobre el vadimonium consultar Giménez-Candela, Ma Teresa, "A propósito del 'vadimonium' en las 'Tabulae Pompeianae' de Murécine", en Studi Sanfilippo I; Notas en torno al "vadimonium" en S.D.H.I., 1982 y "La contribution des tablettes pompéiennes au Droit Romain", Comunicación al VIII Congreso Internacional de Epigrafía griega y latina, Atenas, 1982.
- 38) Una estructura semejante asume la garantía mediante vades en la que, según Livio, constituyó el primer caso de aplicación del instituto al proceso criminal. Al respecto Talamanca, N., Enciclopedia..., cit., p. 323.
- 39) Kaser, "Das römische Zivilprozessrecht", op.cit., pp. 57 y ss. y 167 y ss.
- 40) Varr. 1, 1, VI, 74 "Vas appellatur qui pro altero vadimonium promittebat, consuetudo erat cum reus parum esset idoneus inceptus rebus, ut pro se alium daret; a quo cavere portea lege coeptum est, ab his, qui praedia venderent, vadem ne darent, ab eo ascribicoeptum in lege mancipiorum. 'vadem ne poscerent nec debitur'".
- 41) Lenel, op.cit., p. 98.
- 42) Girard, Mélanges, t. II, París, 1912, p. 63.

- 43) De Martino, "L'origine delle garanzie...", S.D.H.I., 1940, cit., p. 144; opinión que no encuentra incompatible con el dato en Vrr. 1,1,6,74.

En todo caso el vades desde los tiempos de Aulio Gelio adquirió la consideración de recuerdo de anticuario, 16, 10, 8: "... Vades et subvades omnisque illa duodecim tabularum antiquitas... lege Aebutia lata consopita est".

- 44) Sobre el nexum cfr.: Ulrich von Lübton, "Zum Nexumproblem" en Zeitschrift der Levisgny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 1950, n. 67, pp. 112 a 161 y bibliografía que cita; Philip Eduard Huschke, "Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht", 9ª ed., Leipzig, 1846-1980 y bibliografía que contiene; Siegmund Schlossmann, "Altrömisches Schuldrecht - Nexum - Praescriptiones", 2ª parte especialmente. Leipzig, 1904 y bibliografía.
- 45) Sobre la vinculación del nexum al nacimiento de la obligatio vide Biondi, op.cit., pp. 108 y ss. Conviene también tener en cuenta que la correlación entre obligatio y actio es tal, que ahí donde falta la acción in personam, falta también la obligatio, siguiendo el concepto de D'Ors, op. cit., p. 413.
- 46) Según D'Ors el término obligatio se utiliza desde la primera etapa clásica para designar una relación debitoria, que pueda reclamarse mediante una acción en que se ignore un deber de contenido civil con el término técnico "oportere". D'Ors, op.cit., p. 409. Sobre el concepto de obligatio vide Biondi, op.cit., pp. 118 y ss.
- 47) Sobre el mutuo vide: Obrad Stanojevic, "La mutui datio" du Droit Romain" en Labeo, 1969, pp. 311 a 326; Alvaro D'Ors, "Creditum" en Anuario de Historia del Derecho español, Madrid, 1973, T. XXXIII, pp. 345 a 364 cuya particular visión del tema lo hace especialmente interesante.
- 48) Biondi, op.cit., p. 110.
- 49) Sobre el sentido especial de cautio vide el parágrafo 428 de D'Ors "Derecho Privado Romano", cit., Pamplona, 1981 y Glück "Commentario...", cit., p. 323 sobre el sentido que le daba la Pandectística.
- 50) Su etimología es griega $\xi\sigma\pi\omega\sigma\iota\varsigma$ y según afirmación de Festo, s. v. spondere (L. 440) y Verrio. Talamanca, "L'origine della 'sponsio' e della 'stipulatio'?", cit., p. 98.

- 51) El sponsor promete el "id quod Titius promittit" por lo que su obligación será cierta o incierta según lo sea la del deudor. Por ello, se establece la diferenciación de que mientras el fideiussor es un garante de responsabilidad, el sponsor y el fidepromissor son garantes de la deuda. En este sentido Alvaro D'Ors, "Certum-incertum en la fideiussio". *Iura*, 1963, p. 190; D'Ors y Giménez-Candela, "Fianza parcial", *Revue Internationale de Droit de l'Antiquité*, T. XXX, Bruselas, 1983, p. 117.

Sostiene D'Ors la misma tesis que sostuvo Flume, según la cual, el fiador es garante de responsabilidad mientras que los sponsor y fidepromissor son garantes del débito.

Al igual que sostuvieron Flume y Beseler, afirma D'Ors, que la obligación del fiador es siempre incierta, extrayendo dicha conclusión de la lectura del D. 45, I, 75, 6. También Flume recaba que mientras que la actio incerti contra el sponsor estaba unida a una obligación principal de incertum, la misma idea puede recogerse para la acción contra el fiador que se presenta como incierta. Beseler, Gerhard, "Miscelanea", *Zeits. Sav. Stft*, n. 45, 1964, pp. 188 a 265, especialmente p. 237.

Talamanca, "Alia cause" e "durior conditio come limite dell'obbligazione dell'adpromissor" en *Studi Grosso*, III, pp. 121 y ss., n. 23 comentando el texto de Gayo 3.113 y 126.

- 52) A modo de ejemplo los autores relatan que Tiberio prefería pagar directamente a los acreedores de sus protegidos que salir fiador por estos o anticiparles la cantidad. Resultaron ser tan numerosos los que pedían su afianzamiento que decidió remitir al Senado la comprobación de las causas de dichas peticiones. Cfra. Alvaro D'Ors, op. cit., p. 508, n. 5.
- 53) Girard, op.cit., p. 763. En su opinión sirvió para retrasar el nacimiento de una deuda accesoria junto con la principal. Vide también Juan Iglesias "Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado". 6ª ed. Barcelona, 1972, p. 504, contando en este punto con la unanimidad de la doctrina; Martorano, *Enciclopedia del Diritto*, voz Cauzione, p. 654.
- 54) Constituye una forma de estipulación considerada como fuente de las obligaciones civiles y pretorias; junto con los delitos, préstamos y contratos. D'Ors, op.cit., pp. 418-419.

La razón de la preferencia por las garantías personales se asienta fundamentalmente en Roma en dos causas: En la importancia de la palabra y en que el único negocio de garantía real es la época más remota era la fiducia. Vide De Martino, "Le garanzie personali dell'obbligazione", vol. I, cit., p. 8. Glück "Commentario", cit., p. 321.

- 55) En opinión de Biondi dicha afirmación sólo puede hacerse partiendo de la distinción de Gayo entre obligaciones ex contractu y otros contratos típicos como el mutuo o la venta. Op.cit., p. 110.
- 56) La génesis de la sponsio se entronca con el derecho quirritario más antiguo. Cfra. Talamanca, "L'origine della 'sponsio' e della 'stipulatio'?", Labeo, 1963, p. 96.
- 57) Biondi, ibidem.
- 58) En opinión de Biondi, despojado de sus formalidades se encuentra el esquema del contrato moderno, op.cit., p. 111.
- Contrariamente a la afirmación de la sponsio como un negocio técnico de garantía, en oposición a la mayoría de autores que entienden que la sponsio supone asunción de responsabilidad por el acto de un tercero, aunque con naturaleza de negocio autónomo. Vide Pastori, "Appunti in tema di sponsio e stipulatio". Milán, 1961.
- 59) Papiniano se refiere a ella como "comunis reipublicae sponsio", D. 1,3,4.
- 60) Biondi, op.cit., p. 112. Cumple desde otro ángulo la función de contrato moderno dada la estructura de los verba, viendo como progresivamente su campo de aplicación fue reduciéndose al nacer otros contratos causales típicos. Talamanca, "L'origine della 'sponsio'...", cit., p. 97.
- 61) No obstante, dicho término puede interpretarse también como manifestación de voluntad. Biondi, op.cit., p. 113.
- 62) La vinculación al ius sacrum hace que originariamente siga un paralelismo con el juramento. Fue precisamente su carácter religioso el que impuso que la sanción repercutiera en el ámbito religioso, atribuyéndoles a los verba un carácter constitutivo. Talamanca, "L'origine della 'sponsio'...", a propósito de la recensión de la obra de Pastori "Appunti in tema...", cit., p. 96.

- 63) En contra de dicha formulación vide Pernice, Alfred, "Parrerga". Zeit. Sav, Stift. n. 19, 1963, pp. 82 a 183.
- 64) "Id quod Titius promissit", lo que implica que la identidad no incide en el objeto de la obligación (*idem debitoris*) sino en la fórmula promisoria. Sobre la visión de la Pandectística vide Beseler, "Miscellanea Graecoromana". Studi in onore di Pietro Bonfante. VII. Milán, 1930, p. 73.
- 65) Alvaro D'Ors, "Derecho Privado Romano", cit. Pamplona, 1981, p. 509.
- 66) Biondi, op.cit., p. 115.
- 67) Gaius, 3, 119.
- 68) Cfr. Gaius, 3, 134 y 3, 93.
- 69) Los cives cumplimentaban todos sus actos, tanto públicos como privados en documentos redactados en latín. Únicamente para el testamento se admitió en la etapa tardía el uso de otras lenguas, pudiendo el peregrino testar según la Ley territorial y su propia lengua.
- 70) Gaius 3, 120 "sponsoris et fidepromissoris heres non teneatur" y 4, 112-113, al afirmar que no todas las acciones se dan al heredero o en contra del mismo. "Aliquando tamen etiam ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit... nam et sponsoris et fidepromissoris heres non teneatur".
- 71) Emilio Valiño "Instituciones de Derecho Privado Romano", Valencia, 1976, p. 371.
- 72) Fuenteseca "Sobre la Novela 99 de Justiniano y la supuesta fideiussio mutua", A.H.D.E., 1950, 20, pp. 242 a 274.
- 73) D'Ors, op.cit., p. 509. Siguiendo la idea ya expuesta, la identidad no está en el objeto de la obligación directamente (*idem debitum*) sino en la forma promisoria. Premisa que le sirve para concluir que no se da la novación puesto que esta requiere igualdad de contenido e identidad de objeto. Cfr. además D'Ors y Giménez-Candela "Fianza parcial", Revue Internationale des Droits de l'Antiquité", cit., Bruselas, 1983.

Sin embargo, para los autores el origen de la sponsio y de la fidepromissio es controvertido. En opinión de Talamanca la stipulatio encuentra su origen en el comercio internacional concretándose en la fidepromissio que por imposibilidad de referirse a vínculos provenientes de una religión común

entre los contrayentes, se recurre a la fides como elemento sancionador, lo que motiva que los verba tengan una función declarativa por falta de lengua común en el tráfico mercantil internacional. Talamanca, "L'origine della 'sponsio'...", cit., pp. 97 y 105. Sobre su desarrollo consultar al mismo autor, pp. 106 y ss.

Sobre la stipulatio vide Kaser, "Derecho Romano privado", 5ª ed., trad. por José Santa Cruz Tejeiro. Barcelona, 1968; Talamanca, Labeo, 1963, cit., p. 96 y Segrè, "In materia di garanzie personali", B.I.D.R., 1934, n. 42, p. 497.

En virtud de una regla de la que se desconoce su origen, en la concepción primitiva de casi todos los pueblos se utiliza el afianzamiento con la peculiaridad de que el compromiso de los fiadores se extingue con su muerte, pero no se transmite a sus herederos. Al respecto vide para conceptos generales Girard, op.cit., p. 765, y para desarrollo en los pueblos franco y germano vide Esmein, "Études sur les contrats dans les très anciens droit français", pp. 89, 90 y 131-132, París, 1911.

La intransmisibilidad de los herederos ya la manifestaba Gayo 3, 120: "Praetera sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur".

Sobre la excepción prevista para los heres peregrini fideiussoris vide Talamanca en Recensión a Triantaphyllopoulos, Atenas, 1957 en Archivio Giuridico, 1957, pp. 164 y ss.

- 74) Criterio radicalmente diverso al regulado en nuestro ordenamiento jurídico y demás cuerpos legales de influencia napoleónica.
- 75) Radica en este punto una de las principales diferencias entre las dos primeras instituciones y la fidejussio. Mientras que en esta última, el garante asume todo o parte de la deuda ajena, no promete una prestación idéntica a la promesa de lo debido por el otro; en las dos primeras figuras asumen una obligación idéntica y por tanto, de carácter no accesorio. Biondi "Sponsio e stipulatio....", cit., p. 121. Esta diferencia no podía constatarse claramente en el periodo postclásico ni incluso en el periodo clásico tardío.

Esta matización no fue recogida por Gayo, pareciendo que no encuentra en ella obstáculo con el principio común a todas las garantías: "Que el garante pro alio o pro altero o pro eo, qui promittit, obligatur (Gaius III, 15, Ulp. fr. 8, parágrafo 7, D. 46, I) que en oposición de Segrè ("In materia di garanzia personali", B.I.D.R., 1934, n. 42, p. 500) podía significar que el sentido primitivo vendría a expre-

Sar que el que se obliga es únicamente el garante en lugar del promitente. A pesar de la referencia a Gayo, Segrè encuentra que su carácter de accessio, en el sentido de manifestar la dependencia de las garantías personales a la obligación principal, se encuentra sin duda en Gayo III, 126, al respecto Segrè, op.cit., pp. 502 y ss.

La omisión de Gayo la justificó Segrè (op.cit., p. 504) apoyándose en los textos del propio Gayo, de los que deduce que en tiempos del autor al que alude, la condición jurídica de los sponsors o fidepromissores era similar (Gaius III, 118, 126, 127). La única diferencia que los separaba se fundaba en que el sponsor contaba con mayor protección jurídica debido a que la Lex Publilia le concedía la actio depensi (Gaius III, 127).

Vide además Buckland "Les limites de l'obligation du fideiussor". Revue historique de Droit français et étranger", 1933, pp. 116 a 129, en especial p. 119 inclinándose por entender que la obligación accesoria queda vinculada a la principal, de tal manera, que la extinción de esta última lleva implícita la de la primera. En dicho sentido, Biondi "Sponsio e stipulatio", cit., p. 119, partiendo de que las tres instituciones constituían garantías, aunque variando en la forma de respaldar la obligación principal, a lo que se añade que la deuda del fiador será certa o incerta según lo sea la del deudor principal. Vide D'Ors, "Certum-incertum en la fideiussio", Iura, 1963, p. 190.

76) Gaius, III, 119.

77) En el Imperio para el acreedor que procedía contra el fiador, siendo solvente el deudor, peligraba su situación puesto que podía verse inmerso en un proceso promovido mediante la acción de injurias: Gaius D. 47, 10, 19: "Si estoy dispuesto a pagar a mi acreedor y este interpela a mis fiadores con ánimo de injuriarme, queda sujeto a la acción de injurias" (Gayo 22 ed. prov.) Trad. de Alvaro D'Ors y otros del Digesto de Justiniano, cit., p. 653.

78) Cfra. A. D'Ors, op.cit., p. 509.

79) Jean Triantaphyllopoulos, "La législation romaine sur le cautionnement", Revue historique du Droit Français et étranger, 1961, p. 501.

Para un estudio en profundidad de las leyes romanas vide Ch. Appleton, "Les lois romaines sur le cautionnement". Zeits. Savig.-Stift. n. 28, pp. 1 a 48, en especial pp. 3 a 5, destacando que la Ley Appuleia, segunda en orden de aparición, dedicada a la pluralidad de cauciones, se

aplicó en todas las provincias romanas, concediendo al sponsor o al fidepromissor que hubiese pagado la totalidad de la deuda, las correspondientes acciones contra los copartícipes, en la parte que habían asumido pagar.

La mayoría de autores toman como términos post-quem la constitución de la primera provincia en el año 241 a.C., cuando Sicilia se constituyó en provincia.

Rechaza Triantaphyllopoulos esta interpretación porque, aún cuando estos autores extraen esta conclusión de los textos, Gayo (3,122) manifiesta expresamente que la Lex Appuleia estaba en vigor en las provincias; en opinión del autor citado, esta conclusión es refutable puesto que Gayo en (3,122) señala la territorialidad ecuménica de esta Ley a fin de distinguirla y oponerla a la territorialidad itálica de la Lex Furia (op.cit., p. 504).

La conclusión del autor al que nos referimos es que estaba destinada a todo el ámbito de aplicación territorial del Derecho Romano, entre otras razones porque al tiempo de su promulgación no existían provincias. Todo ello hace pensar que este autor se oponga al criterio común de la doctrina, sosteniendo que fue una ley promulgada antes de la formación de la primera provincia en el año 241 a.C.

Como la Lex Appuleia era probablemente un plebiscito, podría pensarse que la fecha de entrada en vigor fue alrededor del año 287, fecha de la Ley Hortensia y el 241 a.C.

Destaca este autor que la opinión más común es que la Ley Publilia fue la más antigua. Precisamente, esta Ley permite diferenciar la estipulación solidaria de la sponsio porque los promitentes solidarios no se benefician de recursos entre ellos.

Esta Ley instituyó que el sponsor disponía de una acción con carácter exclusivo contra el deudor principal, si aquel no le devolvía lo abonado por éste en el plazo de seis meses, una vez realizado el pago. Este recurso lo ejecutaba mediante una manus iniectio pro iudicato, denominado depensi, que en la época del procedimiento formulario se transformó en la actio depensi, cuya sanción consistía en desembolsar el doble de lo pagado. Vide Triantaphyllopoulos, op.cit., pp. 502 y ss. que estudia con detenimiento las características y formalidades exigidas por esta Ley.

- 80) Gayo no especifica la modalidad (3, 122) pero es factible excluir su introducción por la manus iniectio o por la actio depensi ex lege Publilia. En sentido contrario al apuntado D'Ors, op.cit.

- 81) En contra de la opinión de Triantapoulos cfra. Girard, op.cit, p. 764.
- 82) Portio virilis determinate, en la que cabe tener en cuenta que los garantes, sin importar su grado de solvencia, queden obligados "eo tempore quo pecunia petit potest" (Gayo, 3, 121) y sujetos a la manus iniectio del garante que pagó.
- 83) Talamanca, N., Enciclopedia del Diritto, voz Fideiussione, cit, p. 327.
- 84) La opinión de Talamanca no se enfrenta al bienio en que un garante podía ser sponsor o fideiussor. En Gayo encuentra una argumentación para apoyar su tesis (Gayo, 4, 22) al aludir a la manus iniectio, ex lege Furia, únicamente para el pago ultra virilem partem.

Por otra parte, esta conformación podría estimarse aceptable sobre todo interpretándola en el periodo en que se promulgó la Ley, aunque no pudiera excluirse que una interpretación jurisprudencial permita llegar sucesivamente a una división ipso iure.

Sobre el ámbito territorial de la Ley Appuleia y Furia, Gayo hace referencia (3,121, 122) a la Lex Furia de aplicación únicamente en Italia, mientras que la primera se aplicaba a las provincias; motivo este que provocó la colisión en el tiempo y en la esfera de aplicación que únicamente podría producir sus efectos en Italia, ocasionando la división entre los cogarantes, con el resultado de la Ley Furia extendiéndose al ámbito exterior en competencia con la territorialidad de la Ley Appuleia.

La existencia coetánea planteó graves dificultades a los juristas romanos, siendo unos partidarios de que la promulgación de la Ley Furia había abolido la Appuleia encontrando dura oposición entre aquellos que mantenían la tesis de que ambos eran simultáneas en el tiempo.

Al respecto, y en contra de la opinión de Talamanca, Enciclopedia..., cit., p. 327 n. 3 vide Frezza "Le garanzie delle obbligazioni", I., "Le garanzie personali", Padua, 1962, p. 20 y Triantaphyllopoulos, "Lex Cicereia", Atenas, 1957, pp. 102 y ss.

- 85) Gaius, 4, 22 y 186.

En el Digesto se menciona la actio mandati contraria como acción de regreso pero sin hacer ninguna referencia a la actio depensí. Vide Ortolán, "Instituciones de Justiniano", Buenos Aires, 1960, p. 258. En sentido contrario

- Talamanca, Enciclopedia del Diritto..., cit., p. 326, para quien las dos formas de estipulación más antigua divergían en la inaplicabilidad de la actio depensi ex lege Publilia de la fidepromissio (Gayo 3, 127).
- 86) Por la evolución que comenzó con la Ley Appuleia de una acción de regreso entre los cofiadores y la posterior reforma de la Lex Furia que estipuló una división entre aquellos al facultarles de una manus iniectio contra el acreedor (Gayo 3, 122). Vide también Windscheid, Bernardo, "Diritto delle Pandette", trad. Fodda y Bensa, V. II, Turín, 1925, p. 867; Gerhard Von Beseler, "Miscellanea...", cit., p. 74.
- 87) Talamanca, N., Enciclopedia del Diritto, cit., p. 328.
- 88) Manteniendo esta postura numerosos autores: D'Ors, "Derecho Privado Romano", cit., pp. 505 y ss.; Valiño, "Instituciones de Derecho Privado Romano", cit., p. 504 distingue entre existencia sucesiva -como ocurría en la fianza- y no simultánea, caso de la solidaridad pasiva de los derechos del acreedor frente a deudores de distinto rango; lo que induce a distinguir entre solidaridad y fianza por su carácter accesorio.
- 89) Defendida por Levy: "'Sponsio', 'fidepromissio', 'fideiussio'", Berlín, 1907, pp. 36 y ss., en contra de toda la doctrina. Cfra. D'Ors-Giménez-Candela, "Fianza parcial", R.I.D.A., 1983, cit., p. 103.
- 90) Sobre todo con referencia a la fideiussio Biondi, "Sponsio e stipulatio", cit., p. 121.
- 91) Esta individualización no es fácilmente reparable. Vide De Martino, "Le garanzie personali dell'obbligazione", T. I, Roma, 1940, p. 13.
- 92) Talamanca, N., Enciclopedia del Diritto, cit., p. 329.
Progresivamente se aceptó la tendencia a admitir que el deudor principal pudiera asumir la garantía del acto propio mediante la estipulación de negocios que servían de causa en una nueva obligación en que se responsabilizaba un tercero y único garante.
- 93) Si la deuda era pura y simple, hasta el día en que se comprometió el sponsor, si era una obligación o término el sponsor se obligaba hasta la fecha del vencimiento, si bien este plazo de ampliaba de hecho, a voluntad del fia-

dor, no pudiendo sobrepasar el doble de lo fijado por la Ley. Al respecto Cuq, op.cit., p. 645, n. 4.

- 94) Cuq, ult. op.cit., p. 645.
- 95) Aunque hay autores que piensan que generalmente los adpromissores prometen lo mismo que el deudor principal unificando el término "idem", para los fiadores -sujetos de la fideiussio - no se emplea esta fórmula. Se refieren no a la expresión "idem fide jebet" sino "id fide sua esse jebet". En opinión de D'Ors, op.cit., p. 510 no se trata de un promissio, sino de autorizar o avalar por la propia fides.
- La promesa verbal que hace el fideiussor es semejante a la fórmula estipulatoria, pero el efecto novatorio no se produce, porque precisamente la promesa no es propiamente estipulatoria. Al respecto D'Ors, op.cit., p. 511.
- 96) Para ampliación de este punto vide Flume, "Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen", Weimar, 1932, p. 41, n. 2.
- 97) Talamanca, N., Enciclopedia del Diritto, cit., p. 329.
- 98) Estas diferencias vienen señaladas por la mayoría de los autores. Vide al respecto D'Ors, op.cit., p. 511; Talamanca, op.cit., p. 329, n. 49.
- 99) De Martino, op.cit.
- 100) Girard, op.cit., p. 765. Sobre la aparición de la fidejussio vide este mismo autor ibidem n. 1.
- 101) Gayo 3, 116 "Videbimus (de his) autem, quo nomine possint proprie appellari, qui ita interrogatur idem dabis? idem promittis? idem facies?. Referente a estas formas de garantía vide De Martino, "Le garanzie...", op.cit., pp. 31 y ss.; Frezza, op.cit., pto. 22; Talamanca, op.cit., p. 329, nota 51. En el sentido de que las adpromisiones y la fideiussio no son las únicas formas de garantía personal puesto que existe también el constitutum debiti alieni; el receptum argentari; la estipulación de indemnidad; es decir, la promesa de pagar lo que no pague el deudor principal; mediante una estipulación penal con promesa de tercero; por la acción de un deudor solidario, y también mediante un mandato de prestar (mandatum pecuniae credendae o "prolificatum"), en virtud del cual el mandante responde por la actio mandati contraria en caso de que el mutuario no pague al mandatario mutuante. Estas diferentes formas de garantía

./.

- personal, así como las de garantía real cuando se contraían en virtud de deuda perteneciente a otra persona, constituyen un acto de intercessio, como cualquier modalidad de institución de un deudor por otro. Entre estas se encuentran la novación expromisoria; el mandatum irrevocable; mandatum in rem suan después de la litis contestatio; la aceptación de un mutuo destinado a otra persona; la promesa estipulatoria de restituir una cantidad destinada a otro y cualquier indirecta mediante mandatario. Sobre esta materia vide Alvaro D'Ors, cit., p. 513.
- 102) Amplia explicación sobre el tema en Girard, op.cit., p. 765, nota 3.
- 103) Corresponde a la figura del fidejussor fidejussoris. Sobre el carácter de accesoriedad en la fidejussio vide Flume, "Studien sur Akzessorietät der römischen Bürgschaftstipulationen". Weimar, 1932 y la recensión que sobre el mismo hace W. Buckland "Les limites de l'obligation du fideiussor", Revue historique de Droit français et étranger, 1933, n.57, pp. 116 a 129, donde se pone de relieve el nacimiento de la fideiussio como obligación dependiente desde su origen a la principal, en contraposición a la sponsio y a la fidepromissio que tienen naturaleza independiente.
- 104) D, h.t., 42, Javalenus.
- 105) Al respecto Girard, op.cit., p. 766, n. 6 y De Martino, "Le garanzie personali dell'obbligazione", vol. I, Roma, 1940, pp. 36 y ss.
- 106) Incluso la Lex Cornelia fija un límite máximo de compromiso. Sobre este punto vide Ch. Appleton, "Les lois romaines sur le cautionnement". Zeits. Sav. Stift., n. 28, pp. 40 y ss.; desprendiéndose la conclusión de que se aplicaba a los deudores de certa pecunia. D'Ors-Giménez-Candela, "Fianza parcial", cit., p. 114, Gayo 3, 124.
- 107) Según se interpreta de la naturaleza estrictamente rigurosa de estos contractos formales y de un texto de Ulpiano (D. h.7., 8, 7: "Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur quod, si fuerint in durio rem causam admisibiti, placuit eos omnino non obligari").
- 108) En este sentido Talamanca, N., Enciclopedia del Diritto, cit., p. 331, en contraposición a Frezza, op.cit., n. 37, que sostiene que cualquier tipo de afianzamiento puede garantizar una obligación solamente de carácter fungible.

De Martino, "Le garanzie personali dell'obbligazione", Roma, 1940, cit., pp. 40 y ss.

109) Gayo 3, 119.

110) Sobre esta última no se ha demostrado con claridad que pueda ser presupuesto de una fideiussio.

111) Esta regla general cuenta con dos excepciones cualificadas: La sponsio servi y la peregrini.

La idea contraria de la unitas actu únicamente se vio defendida por Lévy: "Sponsio, fidepromissio...", cit., pp. 36 y ss.; teniendo abiertamente en contra a Triantaphyllopoulos, "Lex Cicereia", T. I, Atenas, 1957, p. 85, junto con De Martino, "Studi sulle garanzie personali", T. II, Nápoles, 1938, pp. 56 y ss; Triantaphyllopoulos que manifiesta reiteradamente su opinión en contra en la recensión que hace a la obra de Frezza "Garanzie personali", cit., p. 29, realizada en IURA, 1963, pp. 227 y ss. se apoya Levy en su argumentación en el texto de Gayo 3, 177, 178: "Sed si eadem persona sit a quo postea stipulater, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio, vel sponsor aut dies, adi-ciatur aut detrabatur. Sed quid de sponsore dixi, non constat, nom diversae scholae auctoribus placuit, nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detract-ionem". Niega Levy la distinción formal entre solidaridad y garantía, en cuanto razona que el deudor está obligado a repetir su promesa con la intervención del garante (op. cit., 37). Iglesias, por el contrario, diferencia la so-lidaridad de la fianza, en contra de numerosos autores ci-tados D'Ors, Valiño... estableciendo que en la fianza se produce una existencia sucesiva y no simultánea, como ocu-rre en la solidaridad pasiva en los derechos del acreedor frente a los deudores de distinto rango. (Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado, 6ª ed., Barcelona, 1972, p. 504. En contraposición G. Segrè, "In materia di...", B.I.D.R., 42, 1934, p. 528.

112) Esta se caracteriza porque todos los obligados están en similares condiciones y ninguna obligación depende de las otras ya existentes. Vide Albertario, Emilio, "Corso di Diritto Romano". Le obbligazioni solidali. Milán, 1948. Para visión de la pandectística Cfra. Glück, "Commentario...", pp. 875 y ss.

- 113) Esta regulación se aparta de los principios aplicables a la solidaridad contractual, donde se aplicaba el principio unicuique sua mora nocet. De Martino ("Le garanzie...", cit., p. 11) explica dicha aplicación alegando que de esta manera se destaca la función de la accesoriedad, en contra los autores partidarios de la unitas actus.
- 114) En este sentido, De Martino, "Novissimo Digesto Italiano", op.cit., p. 273.
- 115) Sobre estas acciones mayor información en De Martino, "Le garanzie...", cit., p. 166, n. 1; Nov. Digesto Italiano, cit., p. 273; Segrè, "In materia di garanzie personali...", B.I.D.R., 1934, n. 42, pp. 529 y ss.
- 116) Al respecto De Martino, "Le garanzie...", cit., pp. 177 y ss.; Frezza, "Le garanzie...", cit., pp. 92 y ss. y Pugliese, "Intorno alla impossibilità della prestazione causata dal 'paterfamilias' e dal fideiussore" en Studi in onore di U.E. Paoli, Florencia, 1955, pp. 573 y ss.
- 117) En sentido distinto vide Frezza, op.cit., pp. 90 y ss.
- 118) De Martino, Nov. Digesto Italiano, cit., p. 273 y Frezza, "Le garanzie...", cit., pp. 138 y ss.
- 119) De Martino, Nov. Dig. Italiano, cit., p. 273 y bibliografía que señala sobre la materia.
- 120) De Martino, ibidem.
- 121) Appleton, "Les lois romaines sur le cautionnement", cit., pp. 40 y ss.; Triantaphyllopoulos, "La législation romaine sur...", cit., p. 507.
- 122) De Martino, "Le garanzie personali dell'obbligazione", vol. I, Roma, 1940, cit., p. 36; Buckland, "Les limites de l'obligation du...", cit., pp. 117 y 118.

En la práctica no se respetan las formas típicas de la fideiussio. Se desprende de la C.3, C.6, 38 en la que Justiniano declara que la caución no es la fidejussio; lo que es equivalente a decir que se debía especificar que una promesa se hacía para cumplimentar las exigencias de la fidejussio. De Martino, Nov. Digesto Italiano, T. 8, cit., p. 274 y bibliografía, nota 1; Paul Collinet, "Le pseudo-bénéfice de division des débiteurs solidaires romains. Studi in memoria di Aldo Albertoni. T. I, Diritto Romano e bizantino, V., XVII, Padua, 1934, pp. 273 a 289.

- 123) Para aplicación de este punto vide Talamanca, N.E.D., cit., p. 334, n. 96.
- 124) Albertario, "Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali". cit., Milán, 1948, pp. 156 y ss.; Cuq, op.cit., p. 649.
- 125) Albertario, op.cit., pp. 153 y ss.; Frezza, "Le garanzie...", ult. op.cit., pto. 127 y ss. que plantean problemas relativos a cuando la acceptilatio se haya realizado a favor de un fiador que garantiza una obligación no contraída de forma verbal; sucediendo al contrario cuando exista una obligatio consensu contracta reforzada por una fideiussio; la extinción de la obligación principal comporta la de la de la obligación fideiussoria.
- 126) Frezza, "Le garanzie...", cit., pp. 145 y ss.
- 127) Frezza, ult. op.cit., pp. 151 y ss.
- 128) Gayo ib. 9 ad edictum provinciale, D, 16, 2, 5 y Paulo Id 3 ad Sabinum D, 16, 2, 4. "Si se pidiera algo al fiador, es muy justo que el fiador elija, si prefiere compensar lo que a él mismo se le debe o lo que se debe al deudor, pero también ha de ser atendido si quisiera compensar una y otra cosa".
- "Es cierto, como admitía Neracio y dice Pomponio, que, de propio derecho, el fiador, por el contrato que sea, deje de deber lo que el deudor puede retener por compensación, porque así como pido mal cuando reclamo todo del deudor, así también el fiador, por el mismo derecho, no está obligado a mayor cuantía que aquella a la que el deudor puede ser condenado". El Digesto de Justiniano. Versión castellana por A. D'Ors y otros, cit.
- Sobre este punto vide Solazzi, "La compensazione in Diritto Romano". Nápoles, 1950, pp. 55 y ss.; Albertario, op.cit., pp. 162 y ss.
- 129) Talamanca, N.E.D., p. 336.
- 130) Talamanca ult. op.cit., ibidem y bibliografía citada en la nota 126.
- De Martino, "Le garanzie personali dell'obbligazione", V.I. Roma, 1940, cit., pp. 233 y ss.; Alberto Ravazzoni, Novissimo Digesto Italiano, voz Regresso.

- 131) Las excepciones por ejemplo eran: La exceptio por falta de causa en la stipulatio y la exceptio legis Cinciae; la exceptio non numeratae pecuniae o la exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, en las que además se producía el efecto extintivo de la litis contestatio.
- 132) Talamanca, op.cit., p. 337.
- 133) Al respecto Girard, cit., p. 769.
- 134) Dicha convención era nula en el derecho antiguo donde la regla del efecto extintivo era de orden público en cuanto al fondo; respecto de la forma, el simple pacto no podía dar una acción reemplazando la extinguida de pleno derecho.
- 135) Al respecto Girard, op.cit., p. 769.
- 136) No obstante, su implantación no fue admitida sin discusión. Se cuenta en contra con la Novela C.1 que subordina el beneficio a la presencia del deudor principal. De ahí, que se dedujera que con carácter general debe excluirse cuando a priori se conozca su falta de solvencia o insolvencia notoria. También hay otros textos que servían para argumentar que el fiador podía renunciar a dicho beneficio. Ejemplo de ello son los papiros del año 583, P. Oxy, 1, 136. El problema lo resolvieron los banqueros en sentido afirmativo en los contratos que se celebraban donde expresamente figuraba una solicitud de afianzamiento en base a la Nov. 136. Este criterio sirvió de ejemplo para la regulación de la fianza en los distintos Códigos de influencia francesa. Vide Girard, op.cit., p.769.
- 137) La utilización genérica de garante abarca cualquier persona que asuma una garantía de carácter personal; por ello sirve para referirse a sponsor; fidepromissor y fidejussor.
- 138) Gaius IV, 22. La fecha exacta de la Lex Publilia se desconoce pero hay que suponer que según un depensum, se remonta a la época en que se pesaba el metal como forma de pago. Pesadas que se mantuvieron, aún después de introducir la moneda de plata para las obligaciones resultantes de un nexum o de una sentencia. Vide Triantaphyllopoulos, "La législation romaine sur le cautionnement", cit., pp. 502 y 503.
- 139) Se supone que es de fecha circundante al año 241 a.C., fecha de creación de la primera provincia; cuando Sicilia se constituyó como tal. Gaius III, 122. Triantaphyllopoulos, "La législation...", cit., p. 504.

- 140) La Ley Furia es minus quam perfecta. Se cree que data del s. VI, siendo posterior a la Lex Appuleia y anterior a la Ley Vallia. Gaius III, 120-122; IV, 22. Triantaphyllopoulos, "La législation sur le cautionnement", cit., p. 504. Sobre este punto conviene consultar también Ch. Appleton, "Les lois romaines sur le cautionnement", cit., pp. 10 y 11. Respecto la aplicación de dicha Ley sobre la obligación principal a la accesoria vide De Martino, "Le garanzie personali dell'obbligazione", Roma, 1940, pp. 36 y ss.
- 141) En un fragmento de las Disputationes de Ulpiano publicado por Lenel en 1904 se lee: "In Furia Lege spectamus, ubi sponsor acceptus est, non ubi obligation contracta, cui sponsus accedit. Denique ex duobus sponsoribus, quorum alter in Italia alter in provincia acceptus est, cum deum relevat qui Italicus est". Este texto demuestra también que la Ley Furia estuvo vigente durante el siglo III, a pesar de que se creyó que en tiempo de Cicerón ya estaba derogada.
- 142) Por ejemplo, se condenaba al deudor que negaba su deuda, a pagar el doble de la misma, satisfactio iudicatum solvi; vadimonium de similar valor al del litigio.
- 143) Ulp. D. XVII, 1, 6, 2.
- 144) Giovanni Maria Merlo, "La surrogazione per pagamento", Padua, 1933, p. 1.
- 145) Gayo II, 39 y IV, 86: "qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit nam si verbi gratia L. Titius pro P. Maevio agat, ita formula concipitur: Si paret numerium negidium Publico Maerio sestertium X millia dare oportere index numerium negidium Lucio Titio sestertium X milia condemna, si non paret absolve".
- 146) C. VIII, 40 (41), 2 pr. (Imp. Severus et Antoninus AA Plotio, A.D. 207): "Creditori, qui pro eodem debito et pignora et fideiussorem acceperunt, licet, si molit, fideiussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit, quod cum facit, debet ius pignorum in eum transfere"; D. XLVI, 1, 13 (Julianus Libro XIV digestorum): "Si mandatu meo ticio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: Sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus titium habes, mihi praestiteris. cet". Se aleja del anterior, en que se expone una hipótesis de cesión de las acciones del acreedor al garante contra el deudor.

- 147) Frezza, op.cit., p. 182.
- 148) Levy, "Sponsio...", cit., pp. 205-207: Segrè, "Corso di diritto romano", I, Torino, 1929, pp. 198 y ss.
- 149) D, XLVI, 1, 36 (Paulus, libro XIV ad Plotium): "Cum is qui est reum et fideiussorem habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, eum suum perceperit et perceptione omnes solutum acc (i) (es) fit, red quodammodo nomen debitoris vendidit (et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones)". Todos los autores confirman este texto.
- 150) Campogrande, Valerio, "Trattato della fideiussione nel diritto odierno", Turín, 1902, p. 4.
- 151) Otro ejemplo que se encuentra en la fuente es el de la cesión de la *condictio indebiti* del deudor principal, después de haberle pagado al garante, siempre que este último lo hubiere realizado omitiendo informar al deudor de su comportamiento. Frezza, op,cit., p. 182.
- 152) Cum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfacit, actio ei adversis eum qui una fideiussit non competit.
1. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferretur, et si hoc ita actum est, cessis actionibus uti poteris.
- 153) En el mismo sentido el texto de Modestinus, (libro II *regulorum*): "Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, deuda actio non est. ideoque si ex duobus fideiussoribus totum exsolvit nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore nec a confideiussore convenietur". Aunque el remedio a la cesión a la que se refiere Modestino debe aplicarse como excepcional; si bien es claro que el *confideiussor* al que alude es la misma figura que la del *cofideiussor* obligado solidariamente.
- 156) D. 46, 1, 17 (Julianus libro 89 *digestorum*): "Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomine".
- 155) D. 46, 6, 12 (Papinionus libro XII *quaestio num*): "Si plures fideiussores o tutore pupilo dati sunt, non esse eum distingendum, red in unum deudam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur, nec quisquam putaverit a iure discessum, postquam pro ea forte placuit

tutores condemni, quam administraverunt, et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur et idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit: nam aequitas arbitri atque officium boni viri videtur cum formam iuris desiderasse, ceterum fideiussores civiliter in solidum obligati ceteris quidem agentibus, ut dividatur actio, impetrare possunt: pupilo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit et ignorat omnia, beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est, ne ex una tutelae causa plures ac variae quaestiones apud diversos indices constituerentur". Otra confirmación de la configuración del beneficium cedendarum como alternativa del beneficium divisionis en relación con la tutela. Así D. 27, 3, 1, 11, 13 (Ulpianus, libro 36 ad Edictum). Vide en Frezza, op.cit., pp. 186-187 las consecuencias resultantes de la comparación entre los textos de Modestino y de Ulpiano citados.

156) Frezza, op.cit., pp. 190-191.

157) D. 46, 3, 95, 11 (Papinianus libro 28 quaestionum): "Si creditor a debitor causa deciderit, prope est, ut mandati nihil a mandatore consequi debeat eum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere".

158) D. 46, 1, 62 (Scaevola libro V responsorum): "Si fideiussor creditori denunciaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret vel pignus distraheret, isque cessaverit, non possit eum fideiussor doli mali exceptione summaveri? respondit non posse". La misma norma limita sólo la libertad del acreedor de no conservar para el fiador las garantías reales constitutivas de la tutela del crédito. C. VIII, 40 (41). 25 (Imp. p. Diocletianus et Maximianus A. A. et CC. Philippo, A.D. 294).

159) Hasta la introducción de este beneficio de acciones si el acreedor, disponiendo conjuntamente de garantías personales y reales, en lugar de elegir estas, se dirigiera contra un garante, este se vería obligado a pagar y en compensación le corresponderá una parte del bien afecto a la obligación como si de un acreedor más se tratara. Vide Girard, op. cit., p. 775.

160) Vide al respecto Cug, op. cit., p. 651 n. 1 y Rev. d'Assyriologie, XII, 101 citado por el mismo autor.

161) Estas obligaciones teóricas se descartaron por motivos de la equidad la primera y la segunda se aceptó creando una ficción (Pap. D. 21, 2, 65; Ulp. D. 10, 2, 18, 5).

- 162) Cuq, op.cit., p. 651, n. 2.
- 163) Girard, op.cit., p. 776.
- 164) En la actualidad en todas las legislaciones se admite la fianza legal juntamente con la convencional.
- 165) Según testimonio de Gayo como ya se expuso, esta Ley posterior a la Appuleia, se promulgó cuando ya existían las provincias. En opinión de Girard (op.cit., p. 770, n. 4) es anterior a la Ley Aebutia basándose para ello en que se produce el nacimiento de una manus injectio pro iudicato en lugar de dispensar el pago de la deuda. En terminología de Gayo tiene que ser anterior a la Ley Vellia que transforma todos los supuestos de manus injectio, excepto dos, si se trata de manus injectio pura. Lo expuesto permite situarla a principios del siglo VI, de lo que resulta imposible atribuírsela al Tribuno Furius en el año 654.
- 166) La interpretación de Gayo 4, 22 es que la Ley Furia de sponsu establece una manus injectio pro iudicato adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset; sin duda contra aquel que hubiera obtenido judicialmente del fiador más de lo correspondiente a su parte. Conclusión evidente es (Girard, op.cit., p. 771) que el acreedor que reclama el quantum total a un fiador no realice una plus petitio para obtener judicialmente el pago; únicamente como consecuencia de dicho pago, el fiador tendrá la manus injectio como acción de repetición contra el acreedor. Lo que demuestra que (Girard, ibidem) que el texto de Gayo 3,121 se refiere únicamente al periodo de tiempo que dure el procedimiento formulario, en el que el sponsor tiene facultad de poner las excepciones pertinentes para oponerse al pago. Autores contrarios a la opinión formulada Cfra. Girard, ult. op.cit., n. 1.
- 167) Ley que implantó bajo pena de nulidad que se hiciera pública una lista con el número de acreedores y el montante del crédito.
- 168) El término se refiere a los sujetos comprometidos por la fidejussio.
- 169) Que se aparta de lo regulado por la Ley Furia,
- 170) Ampliación de este punto en Girard, op.cit., p. 773, n.2 y pp. 772.

- 171) Cuq, op.cit., p. 652.
- 172) Vincenzo Arangio-Ruiz, "Istituzioni di Diritto Romano", Nápoles, 1945, p. 404.
- 173) Talamanca, op.cit., p. 337.
- 174) Alvaro D'Ors, op.cit., p. 512 que amplía incluso la relación a la sociedad.
- 175) En ambas ocasiones son requisitos indispensables la iudicia bonae fidei y que el garante se comporte con la debida diligencia.
- 176) Dicho beneficio se introduce con la finalidad de extenderse al derecho de regreso cuando no se podía utilizar ni la actio mandati ni la negotiorum gestiorum. Arangio-Ruiz, op.cit., p. 407.
- 177) Frezza, "Le garanzie delle obbligazioni", cit., pp. 181 y ss.
- 178) Al respecto Campogrande, "Trattato della fideiussione...", cit., p. 436.
- 179) El texto menciona a los fideiussores pero Gayo también menciona a los sponsors: D, 47, 10, 19 (Gaius libro 22) y edicto provincial. "Si creditor meus, cui paratus sum solvere, in injuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriam tenetur".
- 180) Frezza, op.cit., p. 160.
- 181) Dicha afirmación no es tan categórica en cuanto a su origen como ya ha quedado expuesto.
- 182) El propio Gayo, 3, 127, lo sostiene: "In eo quoque par commium causa est (sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum), quod si quid pro reo solverint, eius recipiendi gratia habent eum eo mandati iudicium. Et hoc amplius sponsors ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum quae appellatur depensi".
- 183) D, 17, 1, 53 (Papinianus libro IX quaestionum): "qui fides alteris pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum

promittendi: nec ne movet, quod pecunia fideiussor reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas".

- 184) D. 17, 1, 26, 2; eodem 47 pr.
- 185) En sentido opuesto Donatuti, cfra. Frezza, op.cit., p. 163, n. 1.
- 186) D, 17, 1, 29, 6 (Ulpianus libro 7 disputationum): "(Fideiussor, si solus tempore) (sponsor, si biennio) liberatus tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim iam liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit: Si igitur paratus sit defendere reum adversus creditorem, aequissimum est mandati iudicio eum quod solvit recipere, et ita Juliano videtur".
- 187) Vide Frezza, op.cit., pp. 164 y 165 en las que transcribe algunos textos de la actio mandati aplicable a la sponsio.
- 188) D. 17, 1, 12, 3-5 (Ulpianus libro XXXI ad edictum): "... Si servus fideiussor solverit, dominum mandati acturum idem Marcelus ibidem ait.
Si filius familias non iussu patris fideiusserit, cessat mandati actio, si nihil sit in peculio: que si iussi, vel ex peculio solutum est, multo magis habet pater mandati.
Si filio familias mandavi, ut pro me solveret, patrem sive ipse solverit, sive filius ex peculio, mandati acturum Neratius ait, quod habet rationem: nihil enim mea interest, quis solvat".
- 188) "Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur" (L. 40, D. mand.).
- 190) "Nom ea etiam datur iis qui recusatum et contradicentium negotia gesserunt, modo ea utiliter gesserint" (L. solvendo 39, D. de negot. gest.).
- 191) D. 17, 1, 29, 1 (Ulpianus libro VII disputationum): "Non male tractabitur, si, eum ignoraret, fideiussor inutiliter se obligatum, solverint, an mandati actionem habeat, et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia eius potest, si vero ius, aliud dici debet".

- 192) Segrè, "Corso di Diritto ...", op.cit., p. 168.
- 193) Frezza, op.cit., p. 168.
- 194) D. 22, 6, 3 pr. (Pomponius libro III ad Sabinum): "Plurimus interest, ultrum quis de alterius causa et facto non sciret on de iure suo ignora (re)t".
- 195) D. 17, 1, 29, pr. parágrafo 2-4 (Ulpianus libro VII disputationem): "Si fideiussor conventus, cum ignoraret non puisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur, et si quidem sciens praetermisserit exceptionem (vel) doli (vel non numeratae pecuniae), videtur dolo versari (dissolute enim negligentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputatur, pari ratione et si aliqua exceptio debitori compete-
bat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus nanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potui enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.
2. Si, cum debitor solvisset, ignarus fideiussor solverit, puto eum mandati habere actionem: (ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse: debitor enim debuit notum facere fideiussori iam se solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantia eius circumveniat et executiat ei summam, in quam fideiussit).
3. Hoc idem tractori et in fideiussore potest, si, eum solvisset non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod solvere eum non oportebat, et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori; cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur.
4. Quaedam tamen etsi scieus omittat fideiussor, care fraude, ut puta si exceptionem procuratoriam omisit (sive scieus sive ignarus): de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare".
- D. 17, 1, 48 pr. (Celsus libro 7 digestorum): "que Mucius Scaevola ait, si quis sub usuris creditam pecuniae (fideiussisset) (spondisset) et reus in iudicio conventus cum recusare vellet sub usuris creditam esse pecuniam (et) (fideiussor) (sponsor) solvendo usuras potestatem recusandi eos reo sustulisset, eam pecuniam a reo non petiturum, sed

si reus (fideiussori) (sponsori) denuntiasset. ut recusaret sub usuris debitam esse nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit, a reo petiturum. hoc bene censuit Scaevola: parum enim fideliter facit (fideiussor) (sponsor) in superiore concasu, quod potestatem eximere reo videtur suo iure uti: Ceterum in posteriore casu non oportet esse noxiae (fideiussori) (sponsori), si pepercisset pudori suo".

- 196) Celso D. 17, 1, 48, pr.
- 197) D. 46, 1, 67 (Paulus libro 3 ad Neratium): "Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus iniuria iudicis damnatus est: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia iniuriam, quae tibi facta est, penes te monere quam ad alium transferi aequius est (scilicet si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti)".
- 198) Sobre dichas acciones vide D. 17, 1, 6, 7 (Ulpianus libro XXXI ad edictum) y D. XVII, 1, 10, 5 (Ulpianus libro 31 ad edictum) y Frezza, op.cit., pp. 175 y 176.
- 199) Cfra. Girard, op.cit., pp. 777 y 778; Cuq, op.cit., pp. 652 y 653 y D. 4, 4, 13, pr.
- 200) Bo, "Nuevo Digesto Italiano", V. V, Dis. Fil. Turín, 1938, p. 1108, voz Fideiussione.

CAPITULO II



CAPITULO II

1. GÉNESIS HISTÓRICA DE LA SUBROGACIÓN.

1.1. ANTECEDENTES ROMANOS DE LA SUBROGACIÓN PERSONAL.

1.1.1. BENEFICIO DE CESIÓN DE ACCIONES.

1.1.2. SUCCESSIO IN LOCUM.

2. EVOLUCIÓN DE LA SUBROGACIÓN.

2.1. COMPENETRACIÓN Y DESARROLLO DE LOS ELEMENTOS ROMANOS EN EL DERECHO COMÚN.

2.2. ETAPA DE LOS GLOSADORES.

2.3. NACIMIENTO DE LA SUBROGACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS.

2.4. CONTENIDO DE LA NUEVA INSTITUCIÓN.

2.4.1. ANÁLISIS DE LA TEORÍA DE DUMOULIN.

2.4.1.1. BREVE ESTUDIO DE LAS RAZONES QUE MOTIVARON A DUMOULIN A ORIENTARSE EN SENTIDO OPUESTO AL CRITERIO MAYORITARIO.

2.4.2. CONSTRUCCIONES QUE SE EFECTUARON CON LA FINALIDAD DE DAR A LA SUBROGACIÓN UNA CONFIGURACIÓN JURÍDICA PROPIA.

2.4.2.1. TESIS DE DOMAT.

2.4.2.2. DISTINCIÓN ENTRE SUBROGACIÓN LEGAL Y CONVENCIONAL.

2.4.2.3. TESIS DE RENUSSON.

2.4.2.4. TESIS DE MERLIN.

2.4.2.5. TESIS DE POTHIER.

- 2.4.2.5.1. LA SUBROGACIÓN TIENE LUGAR EN LOS CASOS PREVISTOS POR LA LEY.
- 2.4.2.5.2. SUBROGACIÓN ADQUIRIDA EN VIRTUD DE REQUERIMIENTO.
- 2.4.2.5.3. SUBROGACIÓN CONVENIDA O REQUERIDA EN EL MOMENTO DEL PAGO.
- 2.4.2.5.4. SUBROGACIÓN CONVENIDA POR EL ACREEDOR.
- 2.4.2.5.5. SUBROGACIÓN QUE SE PRODUCE CON CONSENTIMIENTO DEL DEUDOR.
- 2.4.2.5.6. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN.

2.5. PRIMEROS INTENTOS DOCTRINALES POST-ROMANOS DE DIFERENCIAR LA CESIÓN DE BIENES DE LA SUBROGACIÓN.

2.6. TRABAJOS PREPARATORIOS DEL ARTÍCULO 1.251-3º DEL C.C. FRANCÉS Y POSTERIOR REDACCIÓN DEFINITIVA.

2.7. RESPUESTA SOCIAL Y JURÍDICA.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUBROGACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

3.1. TESIS DE MANRESA.

3.2. TESIS DE GARCÍA GOYENA.

3.2.1. SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN LEGAL.

3.2.2. SUBROGACIÓN CONVENCIONAL.

3.2.3. PAGO PARCIAL DE LA DEUDA.

- 3.3. ESTUDIO PORMENORIZADO DE LA SUBROGACIÓN LEGAL.
4. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN.
 - 4.1. SISTEMATIZACIÓN DE LAS DISTINTAS TEORÍAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA TEORÍA DE LA SUCESIÓN EN EL CRÉDITO.
 - 4.1.1. TEORÍAS DEL PAGO O EXTINCIÓN DEL CRÉDITO.
 - 4.1.1.1. TEORÍA DE LA FICCIÓN.
 - 4.1.1.2. TEORÍA DE LA TRANSMISIÓN DE LAS GARANTÍAS.
 - 4.1.1.3. TEORÍA DEL REGRESO LEGAL.
 - 4.1.2. GRUPO DE TEORÍAS ECLÉCTICAS.
 - 4.1.2.1. TEORÍA DE LA OPERACIÓN DE "DOUBLE FACE
 - 4.1.2.2. TEORÍA DE LA EXTINCIÓN RELATIVA.
 - 4.1.3. TEORÍA DEL PAGO NO EXTINTIVO.
 - 4.1.4. TEORÍAS DE LA TRANSMISIÓN DEL CRÉDITO.
 - 4.1.4.1. TEORÍA QUE DIFERENCIA LA SUBROGACIÓN DE LA CESIÓN.
 - 4.1.5. TEORÍA DE LA CESIÓN.
 - 4.1.6. TEORÍA DE LA EXPROPIACIÓN DEL CRÉDITO.
5. SITUACIÓN JURÍDICA DEL QUE PAGA EN CALIDAD DE TERCERO, NO EXTRAÑO A LO OBLIGADO, INVESTIDO DE CIERTO INTERÉS JURÍDICO.
 - 5.1. TESIS DE MAGINI.

CAPÍTULO II

1. GÉNESIS HISTÓRICA DE LA SUBROGACIÓN.

Aunque el término "subrogación" induce a pensar que tiene su origen en el Derecho Romano, la subrogación personal es un término que se introdujo en el lenguaje jurídico mediante la utilización de dicho vocablo por el Derecho Canónico; si bien este Derecho lo utiliza para atribuirle distinta significación (1). No obstante, algunos autores sostuvieron férreamente su encuadramiento en el antiguo derecho francés (2).

1.1. Antecedentes romanos de la subrogación personal.

El derecho romano desconocía la institución de la subrogación personal, aunque ya en el derecho romano más antiguo se realizaban trasposos *ex lege* de derechos con la concesión de una *actio utilis*; antes incluso de que se adoptara como recurso para convertir en transmisibles todas las relaciones obligatorias (3).

El desconocimiento provenía en la no concesión de modo automático de la facultad de atribuir los derechos y acciones del acreedor al tercero que había pagado, cuyo interés había quedado satisfecho. No obstante, por imperativos de la práctica jurídica y necesidades del tráfico, tanto jurídico como mercantil, se facilitó la realización de una serie de operaciones en las cuales se fingía que había habido un traspaso de acciones y derechos cuando, establecida una relación obligatoria, intervenía un tercero con la finalidad de garantizarla. Precisamente para proteger a este tercero, puesto que la cesión de acciones opera también en otras situaciones ju-

rídicas para el que salió garante de un débito ajeno, la jurisprudencia recurrió a la utilización de un remedio ficticio. Esta ficción consistía en entender que cuando el fiador pagaba el crédito, no se extinguía la obligación, lo que acarreaba la consecuencia de mantener intactos los derechos y acciones que garantizaban la obligación para el acreedor. De esta manera, pasaban inalterados al nuevo sujeto activo, que en este caso era el antiguo obligado subsidiario.

1.1.1. Esta situación tuvo una plasmación jurídica en dos casos particulares: El beneficio de cesión de acciones y la *successio in locum*.

Del beneficio de cesión de acciones no añadiremos nada a lo ya expuesto en páginas anteriores y sobre la *successio in locum* tan sólo indicar lo siguiente: Respondió, al igual que en la cesión de acciones, a un imperativo de equidad; diferenciándose de esta, en que no transmitían todos los derechos y acciones del acreedor una vez se le hubiera satisfecho su crédito; únicamente se reconocía al que pagaba por el deudor el derecho de suceder al acreedor en su derecho hipotecario.

Evidentemente esta institución permitía que el fiador se colocase en la misma posición hipotecaria que disfrutaba el acreedor (4).

Tiene sus antecedentes en las acciones de regreso y de subrogación con la finalidad de que el fiador que hubiere pagado pudiese proceder contra el deudor con el propósito de resarcirse de lo que desembolsó.

Si el deudor principal incurrió en mora, el fiador quedaba obligado al cumplimiento de la obligación.

Esta obligación, que originariamente se fundaba además en un acto de amistad o de beneficencia, motivó que el Derecho Romano le concediera la necesaria protección en los casos en que el deudor, no ya por insolvencia, sino en los actos más graves de mala fe, se negara a pagar gravando el patrimonio del fiador.

Las acciones que concedía el Derecho Romano, según la relación jurídica existente entre fiador-deudor, ya se conocen: Cuando existía una fianza, a petición propia del deudor, se le concedía al fiador la *actio mandati* contra el mismo (5). Si el fiador hubiera intervenido con desconocimiento del deudor podía accionar contra este, la *actio negotiorum gestorum* (6).

Con el transcurso del tiempo y a tenor de las vicisitudes que iban produciéndose en el mundo de las relaciones jurídicas, estas acciones se fueron considerando insuficientes, puesto que beneficiaban al acreedor al que resarcían de su crédito plenamente, en contraposición a lo que les sucedía a los fiadores que quedaban desvalidos ante un deudor insolvente. Por dicha razón, se empezó a suscitar la cuestión; porque cuando el acreedor ostentase, además de la garantía personal de fianza, alguna otra acción o derecho contra el deudor obligado con carácter principal, cabría atribuirles una causa distinta a aquellos derechos que resultando innecesarios para el acreedor, pudieran beneficiar con diferencia al liquidador del crédito.

Así pues, justicia de un lado y equidad entremezcladas no consintieron que, después de haber pagado, el fiador dejara escapar unos derechos y acciones que gravando de antemano al deudor perjudicarían por su inutilización al fiador que pagó.



Esta atribución que se concedió al fiador constituyó el *beneficium cedendarum actionum*, por obra del cual si el fiador no interpuso una demanda, el acreedor debía transmitir al fiador su crédito con todos los derechos, acciones, prendas e hipotecas inherentes al mismo. Si este se negare o fuere imposible realizar la cesión, el fiador podría refutar el pago y repeler la demanda del acreedor con la *exceptio cedendarum actionum* (7).

Los autores discutieron largamente la cuestión hasta el extremo de analizar si las acciones que competían al acreedor pasaban automáticamente al fiador, prevaleciendo la opinión negativa, con la reflexión de que el fiador que pagaba incondicionalmente *pro alio fidejussorio nomine* liberaba *ipso iure* al deudor de la obligación, quedando extinguidas todas las acciones que el acreedor hubiera podido ejercitar en contra suya. Como enseñaba Justiniano en sus Instituciones, en el periodo *quibus modis obligatio tollitur*, para disolver *ipso iure* cualquier obligación era suficiente la *solutio*, ya viniera esta ejecutada por el fiador o por el deudor (8).

De esta forma, en la práctica jurídica se fue haciendo necesaria la cesión de los derechos y acciones, que quedaba asimilada a una venta.

2. EVOLUCIÓN DE LA SUBROGACIÓN.

Estas dos acciones son los únicos remedios que socorren al fiador una vez desembolsado el saldo de la deuda principal: La acción de regreso contra el deudor moroso y la subrogación en los derechos del acreedor resarcido.

El regreso encuentra su justificación en la *actio mandati*

y *actio negotiorum gestorum*, quedando limitada a las relaciones existentes entre deudor y fiador. Se configuraban como contratos de buena fe. La subrogación alteraba los elementos subjetivos que constituían la relación originaria, e incluso la causa que motivara el nacimiento del vínculo primitivo, permitiendo que el fiador pudiera sustituir al acreedor en las garantías reales, hipotecarias y pignoraticias pertenecientes al acreedor, con la limitación de no poder atribuirle mayores derechos que aquellos que este disfrutara, como es notorio por el principio "*Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse sibi habuerit*". Otra diferencia importante, además, radica en que la subrogación no podía efectuarse si no se realizaba una cesión formal de los derechos.

- Evolución de ambas instituciones.

Parece que la subrogación queda definitivamente implantada en el Código Justiniano bajo el principio "*de his qui in priorum creditorum loco succedunt*", lo que vino a ratificar un rescripto del Emperador Adriano (9).

Durante siglos permaneció el principio de que para ejercitar la subrogación había que reclamarla, siendo necesario además el concurso de la voluntad, no sólo del cedente sino también del cesionario.

2.1. Compenetración y desarrollo de los elementos romanos en el derecho común.

Los elementos que han quedado descritos se encontraban dispersos en un ordenamiento que, después de crearlos, in-

tentó darles una uniformidad coherente, trabajando en este propósito aunque sin conseguirlo plenamente. La pretendida unificación se logra en el derecho internacional, resultado de una amalgama de elementos y del distanciamiento y progresiva caracterización de otros.

La diferencia entre la *cessio necessaria* y la *cessio legis* se debilita por aportar pocas repercusiones prácticas. El tercero que pagaba, aún con el rechazo expreso del acreedor podía siempre obtener la cesión, recurriendo en última instancia a la intervención del juez. La diferenciación fue cada vez más ficticia logrando por fin, darle un sentido unitario en la Ley.

Para alcanzar esta sistematización se piensa en utilizar la *actio utilis*, consiguiendo paliar el problema que suscitaba la ficticia cesión de acciones, parificando la situación, tanto para la cesión voluntaria como para la coactiva.

La dificultad que presentaba la transmisión voluntaria de las acciones y derechos por parte del acreedor se superó implantando en lugar del elemento volitivo un pronunciamiento constitutivo del juez.

En cuanto al *beneficium cedendarum actionum* (10) y al *ius offe-
rendi et succedendi* por las analogías existentes entre ambas instituciones cayeron en un sistema común, acabando la *suc-
cessio in locum* por ser integrada en la *cessio necessaria*, con la consecuencia inmediata de colocarse en la situación hipotecaria del cedente como efecto de la transmisión del crédito.

Con estas modificaciones se ensanchó el campo de aplicación de las situaciones en las que hacía falta que se

transmitiera el crédito, lo que indujo a que progresivamente empezara a delimitarse el horizonte de la nueva institución denominada "subrogación".

.2. Etapa de los glosadores.

La configuración jurídica expuesta se mantuvo durante cinco siglos, desde la Compilación Justiniana al renacimiento del Derecho Romano, por obra de los glosadores.

Estos estudiosos siguen configurando la subrogación tal como se entendía en el Derecho Romano: es decir, en un principio no se alteró la creencia de que se daba una venta ficticia. En cuanto a la *actio utilis* algunos autores entendieron que en ella radicaba la transformación de la subrogación de judicial en legal (11). Los glosadores al igual que después los juristas posteriores, estudiaron la *actio utilis* como una prolongación de la *actio negotiorum gestorum*. Este sentido le dio Cuiaccio, aunque matizando que se trataba de una acción concedida al tercero que pagó; de tal forma, que el efecto sería crear una situación como si la cesión se hubiera efectuado, aún sin hacerlo de modo expreso. Manifestaba que se trataba de una "*actio utilis sine cessione*", lo que contraponía a la generalidad de la doctrina, puesto que en opinión de este autor, si se limitaba a ser una extensión *utiliter* de la *actio negotiorum gestorum*, los efectos que se producirían serían distintos a los de la *actio cessa* (12).

En el Derecho Romano clásico surge el *beneficium cederarum actionum* por las razones ya expuestas. En el derecho Justiniano no se introduce ninguna innovación fundamental

respecto a la subrogación. En el Medievo, dada la general falta de desarrollo del Derecho, esta institución se vio forzada a evolucionar. La Glosa, en principio, no sintió la necesidad de operar una transformación, limitándose a exponer el derecho existente sin superar el significado.

En el momento en que los estudios jurídicos comenzaron a adquirir vigor, la inutilidad de recurrir al juez para permitir la cesión se pone de manifiesto, máxime cuando este requerimiento fue adquiriendo un carácter mecánico: Bastaba la nueva solicitud de la acción para que el juez la concediera automáticamente. Vanos resultaron, pues, los esfuerzos, por lo que se recurrió al modo de proceder habitual de aquella época: Se buscó en el Derecho Romano la norma que regulase la nueva exigencia y se encontró que la *actio utilis* contenía dichas ventajas.

Si bien ya sabemos que el significado en Derecho Romano era diverso, los juristas lo utilizaron para imprimirle una nueva orientación y justificación que satisficiera las necesidades de la época.

Así pues, aquella acción que en un principio se consideró una extensión *utiliter* de la *actio negotiarum gestorum* resultó una *actio utilis* de cesión fingida.

Se concedía la acción "*sine cessione*" en todos los casos en que un tercero pagaba una deuda, con o sin la intervención del juez; con lo que, como ya se había anunciado, la subrogación sufre una modificación desde el momento en que de judicial se convierte en legal.

De Olea distinguía dos clases de acciones: la *hominis* y la *legis* (13).

La cesión legal se produce en virtud de la Ley, sin intervención ni requerimiento del cesionario. En los casos en que la acción se transmita sin la voluntad del acreedor, el deudor que pague no le sucede en sus derechos y acciones puesto que *cessio foret inutilis*; ni tampoco el fiador que paga la obligación principal puede apropiarse de los derechos del acreedor resarcido de su deuda.

El Derecho Romano, aún a pesar de todas las matizaciones y sutilezas con que los juristas subsanaban las diversas lagunas que se ocasionaban, comenzó a resultar insuficiente para asegurar el traspaso *ope legis* de las acciones, empezándose coetáneamente a sentir la necesidad de una formulación precisa en una Ley.

De hecho, se encuentran en las Constituciones Patriae Fori Julii (14) de 1.366 hasta 1.429, referencias a la situación del fiador que paga por el deudor, concediéndose directamente la cesión en los derechos del acreedor.

Esta disposición se encuentra posteriormente reproducida en los Estatutos de Trieste de 1.550 y de Génova de 1.595 (15).

2.3. Génesis de la subrogación en el Derecho francés.

El Derecho francés recogió esta institución, tanto por parte de la Jurisprudencia como por los distintos derechos consuetudinarios con pronta rapidez. Analizando los glosadores las Compilaciones Justinianas, redescubiertas a finales del siglo XI, adaptaron de los textos romanos el beneficio de cesión de acciones y la *successio in locum*, dándoles una orientación distinta a la que originariamente

tenían. Así pues, el deudor subsidiario, que en la Edad Media recibe la denominación de "pleige" (16) continuó jugando el mismo papel que en el Derecho Romano.

Es importante resaltar que el fiador que pagó la deuda no se encontraba desprotegido de todo recurso respecto del deudor principal.

El contrato de "plévine" normalmente llevaba anexa una cláusula de garantía: "Le contre-brevet de plégerie" que le daba al fiador la posibilidad de obtener el reconocimiento de la deuda que había saldado, combinado con una serie de garantías (17).

Los juristas sintetizaron el principio del *beneficium cedendarum* extrayendo la consecuencia más favorable para el fiador: Si pagaba se beneficiaría de las acciones que el deudor había concedido al acreedor. Bajo esta influencia el beneficio de cesión de acciones se consagró en el artículo 81 de la Coutume de Toulouse, que obligaba al acreedor al que le había pagado el fiador a cederle sus derechos y acciones de forma pública, lo que demuestra que la cesión de acciones sólo se realizaba por el acuerdo voluntario contraído en el momento del pago.

La reaparición de dicho beneficio sirvió también para paliar algunas lagunas del derecho consuetudinario francés. Hasta dicha época, en el régimen de fianza con pluralidad de obligaciones subsidiarias, el que satisfacía el crédito se veía desprovisto de toda acción contra los restantes obligados. A partir de ese momento, siguiendo a Bartolo, los romanistas empezaron a sostener que, al igual que en la fianza simple, el garante que pagó se situaba en la posición originaria del acreedor con todos sus derechos y acciones.

Beneficio, en consecuencia, que favorecía al fiador puesto que le proporcionaba la posibilidad de accionar contra el resto de los fiadores que no habían pagado.

Como característica discrepante de los derechos consuetudinarios, la Jurisprudencia exigió que la cesión se realizara expresamente por el acreedor; y así sucedió hasta finales del Antiguo Régimen, particularmente en Francia, y con carácter general en los países de derecho escrito. Los de tradición consuetudinaria encontraron, por su parte, una solución más favorable para el autor del pago, que prevaleció desde el siglo XVI.

En 1.535 la Coutume de Bretagne en su artículo 194 permitió que el fiador que pagó más de su porción tuviera un remedio para poder ejercitar su acción contra los restantes obligados. Esta solución causó fuerte impacto en el sistema jurídico, hasta tal extremo que los juristas más notables lo consideraron un progreso sobre el Derecho Romano; generalizándose después esta facultad en todos los países de derecho consuetudinario (18).

Un célebre Edicto de Enrique VI configura en definitiva la institución de la subrogación junto a la Ordenanza de 1.673 sobre el pago de las cambiales (19).

En las regiones de Francia central, se entiende que en principio el fiador es un obligado subsidiario; debiendo pagar por el deudor a fin de evitar la ejecución forzada del deudor, normalmente sobre los bienes muebles, pasando posteriormente a ejecutar también los inmuebles. Con todo ello, la situación del fiador no quedaba desamparada por la Ley: Si pagó habiendo puesto previamente en conocimiento del deudor su actuación, tendrá el derecho a ser indemnizado por aquél.

En el contrato de "plèvine" ya se ha hecho alusión a la cláusula de garantía.

Con el transcurso del tiempo pasó a convertirse en una cláusula de estilo que permitía dirigirse ante los tribunales. Si el deudor fallecía, el "plège" podía proceder contra sus herederos; su derecho no se limitaba a la indemnización de todos sus "*cous et damages*" sino también, y constituye carácter excepcional para su época, le permitía reclamar el desembolso de los gastos judiciales. Ahora bien, si el acreedor cedía sus acciones y derechos, la acción del fiador podía resultar más efectiva.

A partir del siglo XVI esta inconveniencia desaparece puesto que la subrogación, a instancias de Dumoulin, había quedado plenamente implantada confirmando directamente al fiador la cesión de acciones (20).

Si existen varios fiadores comprometidos cada uno por la totalidad, el acreedor está facultado para proceder contra uno solo de los obligados por la cuantía total de la deuda, debido a que el derecho consuetudinario ignora el beneficio de división.

A finales de la Edad Media el beneficio de división se infiltra en el derecho consuetudinario, aunque no adquiriendo la misma aceptación que tuvo en el derecho escrito, por lo que los acreedores mantuvieron una actitud reticente ante el beneficio de cesión, pidiendo en la mayoría de los casos que los fiadores contrajeran un compromiso haciendo renuncia expresa a dicho beneficio. De ahí, que más tarde se utilice la expresión "*cautions solidaires*" que recuerda la antigua referencia a los "*principaux débiteurs*".

A partir del siglo XVI el beneficio de división se integra en el derecho común permitiendo, en un caso como en otro, paliar la cesión consentida cuando se efectuaba un pago (21).

También la Ley Bárbara de los Borgojones establece que el acreedor no puede dirigirse contra el fiador si antes no ha procedido contra el deudor; si hubiere incurrido en mora después de haberle requerido tres veces al pago (22). No obstante, no era preciso establecer previamente la prueba de que el deudor principal era insolvente.

Al fiador se le protegía frente al deudor puesto que se le sancionaba con el pago del triple de lo desembolsado por el obligado accesorio, y aún más, el fiador tenía derecho a embargar los bienes del deudor principal para pagar con el importe la obligación principal antes de que cumpliera el deudor.

La Ley Gombette precisa este procedimiento, pudiendo el fiador embargar los bienes de la esposa del deudor (23).

Desde el momento en que se produjeron todos los cambios de las instituciones, la subrogación nació con unas características especiales que posteriormente no se modificaron como lo demuestra el hecho de que se recogiera sin cambios sustanciales en los diversos ordenamientos jurídicos.

2.4. Contenido de la nueva institución.

Dotar a la subrogación de caracteres propios de una nueva institución alejada, e incluso en contraposición con los principios jurídicos estatuidos siglos atrás, no atraía a los juristas; por ello, recurrieron a ficciones basadas en

los principios jurídicos existentes. Más aún, en dicho intento, empezaron a atribuirle normas de contenido específico para dicha institución.

Al ser fruto de una ficción, su historia está constituida por fricciones y luchas internas entre juristas con determinados prejuicios y dogmas jurídicos inviolables según su parecer. Esta confusión se tradujo en una serie de incertezas y contradicciones que se vieron reflejadas en las obras de los jurisconsultos, formando desde el siglo XVI una trayectoria ambigua e ingenua, lo que hace que en la actualidad algún jurista cuestione esta institución cuyo contenido y formalidades son de dudoso alcance y procedimiento.

Los autores creadores de esta doctrina fueron Dumoulin, Renusson y Pothier.

2.4.1. Análisis de la teoría de Dumoulin.

Dumoulin aprovechó la confusión existente entre los bartolistas y la jurisprudencia; entre el beneficio de cesión de acciones y la *successio in locum* (24) para sostener, que la subrogación consistía en una cesión *ipso iure*; apartándose de la concepción de la cesión voluntaria, en la que, además, era necesaria la petición del fiador y la cesión de las acciones después del pago (25).

Este autor en sus lecciones empezó a explicar que la subrogación podía *competere ipso iure*; entendía que el deudor solidario y el fiador, cuando pagaban el crédito, lo realizaban haciendo una reserva expresa de las acciones que competían al acreedor, puesto que no podía presumirse, sino mediante manifestación fehaciente en contrario, que renun

ciaban a dicho beneficio, aunque seguía manteniendo una postura prudente reservando la subrogación para los casos expresamente contenidos en la Ley 1 ff 13 ff *de tutelae et ration. distrahend.*, que se oponía, como subrayó Pothier, a la postura que originariamente mantuvo Dumoulin (26).

Dicha posición le favorecía puesto que la Ley, a que aludía, concedía al tutor que había pagado, y no podía obtener las acciones del acreedor, ejercitar contra el resto de los tutores pasivamente obligados que no cumplieron la *actio utilis*, que demostraba que a favor del tutor se podía alegar en vano una subrogación *ipso iure* (27); el mismo criterio resulta de textos de los Pandectas, especialmente la Ley 76 *de solut* (28).

Pothier recogió sus enseñanzas. Si bien su opinión no prevaleció, la siguieron varios autores e incluso se vio consagrada en algunas sentencias (29). Enseñó este autor que el deudor solidario, el fiador y todos aquellos que pagaban "con otros" o "por otros" quedaban de pleno derecho subrogados en las deudas y acciones del acreedor siempre que estos hubieran pagado con la condición de subrogarse "*nemo praesumitur iuri pro se introducto renunciasset*".

2.4.1. Breve estudio de las razones que motivaron a Dumoulin a orientarse en sentido opuesto al criterio mayoritario.

Dumoulin en sus célebres lecciones a Dôle interpretó agudamente la Ley Modestino (76, D. 46, 1) ya citada.

Esta Ley reflejaba la opinión dominante en aquella época. Establecía que la cesión de las acciones se transmitía después del pago; con lo cual, *nihil actum est*, puesto que la obligación se había extinguido automáticamente por el pago; mientras que si se hacía la transmisión *ante solutionem*, el *solvens* podía recuperar dichas acciones porque el precio dado se había entregado para comprarlas (30).

Dumoulin combate esta teoría admitiendo que ciertamente el fiador está amparado con la acción de negocios ajenos, pero que dicha acción, por ser personal, es inútil si el deudor es insolvente (31).

Interpreta la Ley citada de Modestino entendiendo que es cierto que el tercero *simpliciter solvit actionem veterem penitus extinxit*, pero opone a este principio dos limitaciones.

Distingue este autor, si la cesión se produjo antes del pago o si previamente se había estipulado el pacto de cesión.

Siempre que el que pague lo lleve a cabo en base de una obligación previa, bien principal o accesoriamente, tendrá derecho a reclamar la cesión; cuando el que pague tenga posibilidad de disfrutar del *beneficium cedendarum actionum* se presume que tiene el ánimo de que se le transfieran las acciones inherentes al crédito. Con ello se pretende poner de relieve la distinción entre el ajeno a la obligación que paga y aquel que está *personaliter sive realiter obligatus*. El primero pagará espontáneamente *e sibi imputet*, si previamente no ha estipulado la cesión de acciones con el acreedor; todo lo contrario ocurrirá con el que tenga obligación de pagar.

El pago realizado por el deudor solidario garante comporta siempre subrogación por pacto tácito, al que se le atribuye la eficacia de transmitir directamente el crédito a la persona del garante, que eventualmente puede llegar a ser concedida por el juez.

De los casos citados cabe entender que cuando Dumoulin se refiere a las cesiones acabadas de aludir, únicamente está refiriéndose a los casos contenidos en la Ley (32).

Los efectos de la subrogación se limitan a la adquisición de los mismos derechos y acciones que tenía el acreedor a quien se pagó (33).

Aunque su tesis no fue defendida por la doctrina posterior, tuvo el mérito de introducir en el campo dogmático, que después aprovecharían los codificadores, la teoría de que la subrogación legal es una cesión de derechos y acciones que se opera por imperativo legal.

2.4.2. Construcciones que se efectuaron con la finalidad de dar a la subrogación una configuración jurídica propia.

2.4.2.1. Para Domat la subrogación es una ficción. En su definición se confunden los conceptos de cesión y subrogación, entremezclándose de tal manera que resulta imposible diferenciar los.

Dice este autor: "La subrogation n'est autre chose que ce changement qui met une autre personne au lieu du créancier, et qui fait que le droit, l'hypothèque, le privilège qu'un créancier pouvait avoir, passe à la personne qui lui est subrogée, c'est à dire qu'il entre dans son droit" (34).

Se objeta que es una definición dada en términos muy amplios, pudiendo englobar su redacción tanto la cesión como la subrogación.

Consciente el mismo autor de la ambigüedad que inducía su concepción, pondera posteriormente la subrogación como un instituto separado de la cesión afirmando: "... encore qu'il soit vrai que le payement éteint la dette, et qu'il semble par cette raison que le créancier ne puisse faire passer à un autre un droit qui s'anéantit en sa personne, par le payement; le transport qui se fait en même temps, a le même effet que si le créancier avoit vendu son droit à celui qui le paye" (35).

2.4.2.2. El primer autor que se dedica a escribir una monografía sobre la subrogación fue Philippe de Renusson en 1.760.

Da este autor una definición de la subrogación e introduce dos tipos de fianza en su conceptualización: La convencional y la legal. Al mismo tiempo, considera que el traspaso de derechos y acciones del acreedor al tercero que pagó es una ficción (36), estableciendo una característica diferenciadora respecto de la cesión porque la subrogación no depende del acreedor, pudiendo operarse incluso contra la voluntad de manera independiente al acreedor: "N'est pas une véritable cession, c'est une cession feinte, qui ne vient pas du créancier, qui ne dépend pas de lui et qui se peut faire malgré lui".

La subrogación, por Ley y por estipulación tendrá lugar cuando un deudor requerido de pago ostente alguna acción de regreso que pueda ejercitar en calidad de fiador o de deudor

solidario. En dicho supuesto, una vez se haya pagado, se puede convenir la subrogación estando el acreedor obligado a consentirla.

También distingue entre el que paga interesado en el cumplimiento de la obligación y aquel que la realiza en calidad de extraño a la relación originaria. Expuestas estas posiciones, matiza que el primero tendrá un verdadero derecho a la subrogación, mientras que el segundo no dispone de dicha protección jurídica, ni puede reclamarlo judicialmente como podía suceder en el primer caso.

En el segundo supuesto, en lugar de subrogación, se puede producir una cesión de derechos y acciones si el acreedor voluntariamente quiere cederlos pero no en base a ninguna obligación podrá constreñir a su cumplimiento, pues se entiende que el que no está interesado en el cumplimiento de la obligación y paga, lo hace *animo donandi*.

Por último, señalar que este autor describe el mecanismo de la subrogación como una operación en la cual no siempre se extingue la obligación por el pago del débito, sino que ésta se conserva y se transmite a sus sucesores (37).

2.4.2.3. La distinción entre subrogación legal y convencional abrió las puertas a otra polémica. Esta ondeaba en torno a la unidad de la subrogación. Renusson se decanta por este pronunciamiento, en tanto que otros autores como Domat, Basnage, Ferrière se inclinan por considerar, que además de la legal, existe otro tipo de subrogación que requiere para su cumplimiento la participación del acreedor (38).

2.4.2.4. Merlin también distingue dos clases de subrogación: La que resulta de la ejecución forzosa mediante la cual el acreedor puede subrogarse en la posición del sujeto activo anterior, siempre que no descuide la prosecución del procedimiento de ejecución y la subrogación en los derechos, hipotecas y privilegios de un acreedor que haya visto saldada su deuda.

Según este autor, la subrogación no es más que la sustitución del acreedor, que difiere profundamente de la cesión, porque esta se realiza siempre por obra del acreedor, mientras que la subrogación, según las circunstancias, puede efectuarse por obra del deudor y algunas veces sólo por efecto de la Ley.

Otra diferencia a destacar es que el cedente garantiza los derechos transmitidos mientras que con la subrogación no se transmite garantía alguna; por último, la cesión transfiere el mismo crédito, mientras que la subrogación limita las prerrogativas (39).

Algunos autores limaron las diferencias entre cesión y subrogación, inclinándose por mantener que la segunda no transfiere el mismo derecho del acreedor sino uno similar. Teoría que podría encuadrarse en la de la ficción, pues el matiz de que se genera un crédito similar no se comprende, ni por el alcance que pueda derivarse de dicha afirmación, ni por la significación del empleo de dichas palabras. Si es similar pero no idéntico ¿dónde radicarán los criterios diferenciadores?.

Respecto de la subrogación que un deudor solidario puede estar facultado a ejercitar después de haber pagado al acreeu

dor común, Merlin sostuvo que se trataba de una simple facultad de subrogación que debe solicitarse por el pagador, puesto que no se opera un traspaso de las garantías *ope legis*. Asimismo, habrá subrogación convencional que exija una convención expresa en el caso de que pagara un extraño en la obligación. Para este supuesto, reiteramos lo ya enunciado en páginas anteriores:

La doctrina se cuestionó si en dicho supuesto el acreedor podría voluntariamente subrogarlo en sus acciones y derechos.

Renusson, en este aspecto, sigue el criterio de los clásicos de entender que no encajaba dentro de la institución de la subrogación puesto que se trataba de una cesión voluntaria. Esta tesis de apariencia impecable hace olvidar a sus partidarios que al acreedor no se le puede constreñir, y menos por un tercero, a recibir un pago (40), y en consecuencia habrá que considerar que el acreedor implícitamente acepta la subrogación de aquel tercero en el momento en que el sujeto activo de la relación obligacional primitiva recibió el pago.

La importancia de la teoría de Merlin se justificó porque sirvió para fundamentar el entramado de las decisiones jurisprudenciales de la época; lo que implica contar con un fiel reflejo de la realidad de la práctica forense (41).

El autor que confiere un tratamiento jurídico más completo a la subrogación es sin lugar a dudas Pothier.

2.4.2.4. Análisis de la institución de la subrogación según Pothier.

Concibe Pothier la subrogación como una ficción, definiéndola de la manera siguiente:

"La subrogation est une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, hypothèques et privilèges à celui de qui il reçoit son dû".

Todo pago aunque haya sido hecho mediante subrogación es un pago real; esa través de la creación de una ficción que se considera que el que pagó se ha subrogado en lugar del acreedor puesto que se entiende que ha comprado el crédito. Esta argumentación pone de manifiesto que cuando el acreedor haya recibido el importe, aunque alguno se subrogare en sus derechos, la obligación habría quedado extinguida al igual que los derechos de hipoteca que los acreedores de este tenían sobre la finca.

Diferenciando la subrogación del contrato de cesión, se refiere a la subrogación destacando que en ambas figuras, tanto subrogado como cesionario son *procuratores in rem suam* del acreedor para ejercitar todos los derechos, acciones, hipotecas y privilegios del acreedor, de la misma manera que hubiera podido accionar el acreedor.

Otra distinción radica en que la subrogación transfiere derechos y acciones sin garantizarlos (42). Diferencia cuatro tipos de subrogación: La que se produce por imperativo legal; la que se hace en virtud de requerimiento; la que se estipula con el acreedor y por último la que se conviene con el deudor.

2.4.2.4.1. La subrogación tiene lugar en los casos previstos por la Ley.

Este supuesto ofrece pocas dificultades. En aquellos casos en que una ley expresamente prevea una subrogación se permitirá.

Única particularidad de este supuesto es que no se requiere petición previa de subrogación; se produce de manera automática por imperativo legal (43).

Cuando paga un obligado solidario o un fiador no adquieren la facultad de subrogar si no han solicitado anteriormente esta acción, entendiéndose que en dicho caso la finalidad del pago es satisfacer el compromiso contraído (44).

2.4.2.4.2. Subrogación adquirida en virtud de requerimiento.

Un obligado solidario, un fiador o un tercer poseedor de bienes hipotecados están en su derecho, después de haber pagado, de exigir que el acreedor les subrogue en todos sus derechos, acciones, privilegios e hipotecas.

Cuando en documento privado se encarga a un tercero el pago de una deuda, si éste efectuara la liquidación del débito asumido por otro, podrá reclamar la subrogación en los derechos e hipotecas. Esta subrogación no produce ninguna confusión en el crédito, pues el tercero que ha pagado sólo ha actuado como *procurator in rem suam* del acreedor.

Si el acreedor rechaza el pago, según estableció la Jurisprudencia, bastaba para producir la subrogación la prueba de que se había pagado con el recibo solutorio, viniendo la Ley a suplir la falta de consentimiento del acreedor.

2.4.2.4.3. Subrogación convenida o requerida en el momento del pago.

Cuando alguno haya satisfecho una deuda en la que se encontraba comprometido con otras personas a título principal o ac-

cesorio, sin reclamar que se le subrogue en los derechos del acreedor, no puede después, *ex intervallo*, subrogarse contra los demás deudores, puesto que la obligación originaria ha quedado extinguida mediante el pago. Si el crédito en el que alguno se ha subrogado es diferente del que ha pagado, en el que tenía derecho a solicitar la subrogación, puede este acordarse *ex intervallo* aunque no se haya pedido en el momento del pago, como lo especifica la L. 28, ff. mand.(45).

2.4.2.4.4. La subrogación convenida por el acreedor.

El acreedor voluntariamente puede ceder sus derechos y acciones a quien le pague la deuda aunque el acreedor no podrá seguir la regla "*nemo suam vendere cogitur*".

2.4.2.4.5. La subrogación que se produce con el consentimiento del deudor.

El Derecho francés se aparta en este punto del Romano. Siguiendo los principios del Edicto de Enrique IV de Mayo de 1.609 y la reglamentación de la Cour de 1.690 llamada vulgarmente "Arrête des subrogations", cuando un nuevo acreedor facilita los medios económicos a su deudor con el compromiso de que servirían para el pago de la antigua deuda y que además, se le subrogaría en ella puesto que el pago se había realizado con dicha finalidad, no adquiriría únicamente los mismos derechos e hipotecas que tenía el antiguo acreedor, sino que el que había resultado satisfecho por el pago estaba obligado a cederle su crédito, no solamente contra su deudor sino también contra todos los obligados solidarios y fiadores que estaban comprometidos con el primero.

La reglamentación de 1.690 exigía cinco requisitos para que la cesión pudiera realizarse:

- 1º. Que el título de crédito del nuevo acreedor se redactara en documento notarial.
- 2º. Que contuviera la cláusula de que el dinero se dedicara al pago de la deuda originaria y que el nuevo acreedor se le subrogara en todos los derechos y acciones.
- 3º. Que se produjera la subrogación en fecha anterior al pago o simultáneo al mismo.
- 4º. Que el recibo de la liquidación de la deuda se entregase ante Notario.
- 5º. Que se hiciera constar que el crédito se pagó con dinero del nuevo acreedor.

Cuando se reunían estas condiciones la subrogación tenía lugar de pleno derecho sin que resultara necesario haberla solicitado previamente y aún más, sin que fuera preciso el consentimiento del acreedor.

1.4.2.4.6. Efectos de la subrogación según Pothier.

1º. Cuando un deudor paga lo que debe, la subrogación en los derechos del acreedor no puede ser útil y producir efectos mientras disponga de acciones para reclamar ante quien no haya pagado.

Siguiendo este principio explica Pothier (46), que si el pago lo efectúa un fiador, la subrogación en los derechos del acreedor tendrá efecto en la proporción en que hubiere pagado, pues aunque tuviere una acción por lo desembolsado contra el

deudor, como la acción del acreedor puede no tener los mismos privilegios e hipotecas que el crédito liquidado; se le concede la subrogación porque puede que esté interesado en adquirir la posición del acreedor originario. Lo contrario sucede cuando paga el deudor principal la obligación por él contraída: Inútilmente podrá solicitar la subrogación puesto que carece de acciones por lo que ha pagado.

Siguiendo esta línea argumental, cuando pague un deudor solidario se podrá hacer subrogar en los derechos del acreedor por las cuotas de los restantes deudores, aunque no por la suya, ya que para exigirla carece de acción alguna.

La Jurisprudencia entendió que el fiador podría subrogarse en todos los derechos y acciones del acreedor que pertenecieran a los restantes obligados, pero no en la cuota que le correspondiere (47), sin perjuicio de ejercitar su derecho contra aquellos.

2º. Hay una diferencia notoria entre las subrogaciones concedidas por estipulación, bien con acreedor o deudor y las restantes, en que los derechos del acreedor se transfieren de la misma manera y condición como lo habría ejercido el acreedor. En los dos primeros se transmiten los derechos y acciones pero modificados; transformados por la naturaleza del crédito que resulta del contrato entre el nuevo acreedor y el deudor, de forma tal que el novador no pueda por la subrogación tener mejor posición o derechos que los que ostentaba el antiguo acreedor.

3º. Este tercer principio se resume en que cuando un acreedor reciba en diferentes momentos pagos parciales de su deuda, cada persona que pague una cuota se subrogará en ella, con la

salvedad de que si aún perdurare en alguna parte de la deuda el acreedor originario, éste tendrá preferencia sobre los restantes subrogados que ejercerán su derecho; en consecuencia, basándose para ello en la subrogación, no puede jamás perjudicar al acreedor que ha subrogado a un tercero (48).

Curiosamente no justifica Pothier la razón última de la subrogación como lo hicieran Renusson o Basnage; no obstante lo cual, no se puede negar la indiscutible victoria de la equidad sobre los principios jurídicos. Es de destacar también que se permita al acreedor subrogar a un tercero voluntariamente en sus derechos y acciones siempre que trate de un sujeto ajeno a la obligación.

Esta interpretación laxa deja en manos del acreedor poder beneficiar al tercero cediéndole sus derechos y acciones. Merece destacarse, puesto que supuso un avance respecto de los principios romanos, ampliando el marco en el que se empezó a forjar la subrogación.

2.5. Consagrada la noción de la subrogación personal, los tratadistas del antiguo derecho francés destacaron inmediatamente su especificidad.

Se preocuparon en primer lugar de distinguirla de la cesión de créditos, institución que no se lograba desligar de la subrogación. Así, el propio Renusson (49) alude a ello al configurar la cesión de crédito como una auténtica venta que se efectúa por el acreedor que dispone de lo suyo. De esta definición hay que poner de relieve el carácter especulativo, pues en la cesión el cesionario intentará adquirir el crédito a bajo precio para obtener el mayor beneficio posible.

Esta concepción es extraña a la subrogación producida después del pago, cuya finalidad es garantizar con un criterio equitativo los procedimientos de que dispone el *solvens* contra el deudor definitivo de la deuda. Esta distinción tenía para estos autores un carácter fundamental; demostración de ello es que el propio Pothier -como ya se ha expuesto- señale las diferencias que existen con la cesión, al mismo tiempo que define la subrogación como una venta ficticia.

Recordando el carácter del Edicto de 1.609 y la Ordenanza de Comercio de 1.673, que instauraban un nuevo supuesto de subrogación en beneficio del que pagaba una letra de cambio dirigida contra otra persona, con la finalidad de beneficiar al tráfico jurídico, se pone de manifiesto que las disposiciones mencionadas chocaban frontalmente con el "office d'ami", denominación dada por los clásicos a la subrogación, y con su carácter puramente benéfico. A lo que se añade un tercer supuesto que puso de manifiesto el carácter especulativo de la subrogación. Nos estamos refiriendo a la facultad que se concede al acreedor de permitir voluntariamente la subrogación en sus derechos y acciones a un tercero que en principio no tenía interés en el cumplimiento de la obligación.

A pesar del carácter especulativo que se intentaba destacar en la subrogación, aparece dos siglos más tarde convertida en una institución benéfica, de colaboración y amistad por excelencia, lo que impulsó que ambas instituciones, cesión y subrogación, fueran adquiriendo concepciones diferentes para su justificación y funcionamiento (50).

Dado el carácter que se pensó que debía tener la subrogación, 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 tercero poseedor o a un obligado solidario que hubiera saldado la totalidad del débito.

La doctrina incluso acentuó las diferencias, subrayando que el subrogado, a diferencia del cesionario, no puede tener más derechos que los que se derivan de la transmisión inherente al pago.

2.6. La teoría de Dumoulin se recogió por el Consejero de Estado Bigot-Préameneu que expuso al Parlamento francés los motivos que inspiraron y fundamentaron el artículo 1.251-3º. Dicho artículo regula los supuestos de subrogación legal expresados para codeudores, fiadores o cualesquiera obligados, por otros o con otros, al pago de una deuda, interesados en el cumplimiento de la obligación.

La exposición de Bigot-Préameneu, en lo que fue el Anteproyecto, originó posteriormente su redacción definitiva: "La subrogation a lieu du plein droit... 3º. Au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter".

Esta descripción se transcribió definitivamente al Código civil italiano; en su artículo 1.253 se lee: "La surrogazione ha luogo di diritto... 3º. A vantaggio di colui che essendo obbligato con altri e per altri al pagamento del debito aveva interesse di soddisfarlo".

La misma regla de extinción del pago en la que se expresa la subrogación legal se aplicó a la fianza. Así el Código civil italiano decía en su artículo 1.916: "Il fidejussore che ha pagato il debito sottentra in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore".

Volviendo a los preámbulos franceses, en el Anteproyecto presentado por Bigot-Préameneu se recogía la subrogación en el título II del libro III, haciendo suya la tesis de Dumoulin. El texto se presentó de la manera siguiente: "Artículo 144: "tous ceux qui sont tenus d'une dette pour d'autres, ou avec d'autres, par lesquelles ils en doivent être acquittés en tout ou en partie, sont de plein droit subrogés aux droits et actions du créancier, déduction faite de la portion dont ils auraient été personnellement tenus".

El artículo 145 que se refería a los codeudores estaba enunciado en estos términos: "Le recours du codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut s'exercer contre les autres que pour les parts et portions de chacun d'eux.

Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement".

El artículo 146 contempla el pago fraccionado de la deuda: "La subrogation établie par les articles précédents ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel".

Estos artículos, tras la exposición de Bigot-Préameneu se aceptaron sin modificaciones.

Después de la corrección de las enmiendas, el 8 de Diciembre de 1.803 presentó los artículos, que quedaron redactados de la manera siguiente:

Artículo 148: "La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie est ou conventionnelle ou légale".

Artículo 149: "Cette subrogation est conventionnelle:

1º. Lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilège ou hypothèque contre le débiteur. Cette subrogation doit être expresse et faire en même temps que le paiement.

2º. Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer la dette et de subroger le prêteur dans ses droits.

Il faut pour que cette subrogation soit valable, que l'acte de l'emprunt et la quittance soient passés devant notaires, que dans l'acte l'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement, a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier".

Artículo 150: "La subrogation a lieu de plein droit:

1º. Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilège ou hypothèque;

2º. Au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué;

3º. Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter".

Este proyecto se comunicó el 13 de Diciembre de 1.803, teniendo lugar el 26 de Diciembre y los días que le sucedieron, un riguroso examen ante la Section Legislativa del Tribunal.

Las modificaciones se realizaron de la siguiente manera: El proyecto referente a la subrogación comenzaba así: "... Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer la dette et de subroger le prêteur dans ses droits, il faut...". Las palabras "dans ses droits" se sustituyeron por "dans les droits du créancier".

Después de la redacción del Proyecto, el pronombre "ses" no se podrá aplicar más que al deudor o al prestamista. Son derechos del acreedor y no los derechos del deudor ni del prestamista los que configuran la subrogación.

Artículo 150-4º: "... A profit de l'heritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers la dette de la succession".

Este párrafo cuarto del artículo que acabamos de citar tiene el mismo fundamento que los tres anteriores.

El artículo 151 cambia el principio de la redacción inicial en la manera siguiente: "La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs...". El resto queda como en el proyecto.

La utilidad de este cambio consistió en el cese de la multiplicidad de criterios que existían en los Tribunales superiores. Como ejemplo baste citar la pugna entre el Parlamento de París y el de Rouen. Éste estableció que la subrogación extinguía la obligación del fiador. La Jurisprudencia sobre este punto había consagrado dicho principio en la disposición

del artículo 132 del Reglamento de 1.666. Esta reglamentación seguía observándose para la regulación de las cuestiones que la Ley no había derogado.

En la redacción definitiva ante el Consejo de Estado, el proceso verbal de 26 de Enero de 1804, desarrolló de la forma siguiente los artículos que nos interesan:

Artículo 149: "La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie est ou conventionnelle ou légale".

Artículo 150: "Cette subrogation est conventionnelle:

1º. Lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur. Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement.

2º. Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut que pour cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier".

Artículo 151: "La subrogation a lieu du plein droit,

1º. Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de des privilèges ou hypothèques.

2º. Au profit de l'acquireur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.

3º. Au profit de l'heriteur bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession".

Artículo 152: "La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs: elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie, en ce cas il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel" (51).

Bigot-Préameneu presentó a la Cámara legislativa, por nombramiento expreso del primer Consul, en su sesión de 28 de Enero de 1.804, el título dedicado a los contratos u obligaciones convencionales en general, cuya discusión finalizó diez días después.

Respecto al pago con subrogación se alegó lo siguiente: La obligación se extingue respecto del acreedor por el pago que le hace una tercera persona que se subroga en sus derechos, sin que esta obligación se extinga respecto al deudor.

- Puede ser convencional o legal.

Por convención se puede realizar de dos formas: La primera de ellas cuando el acreedor recibe el pago de una tercera persona y la subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor.

Esta estipulación difiere del contrato de cesión. Según los redactores del Código civil la cesión es una enajenación

que comporta por derecho propio la garantía a la que el acreedor quedó obligado.

Con el pago con subrogación toda obligación se extingue de cara al acreedor y consiguientemente, no contrae ninguna respecto al subrogado.

Consecuencias de que la obligación se extinga respecto del acreedor son las siguientes: La primera de ellas es que la subrogación debe hacerse al mismo tiempo que se efectúa el pago; posteriormente, el acreedor no podrá ejercer ningún derecho derivado de una obligación extinguida.

En segundo lugar, la persona que ha pagado no puede hacer preponderar su derecho o hipoteca cuando no haya hecho reserva expresa de su beneficio; por otro lado, el pago hecho por el acreedor extingue los derechos que tenía, tanto respecto a su capital como por su seguridad.

También puede producirse la subrogación convencional cuando el deudor preste una cantidad para pagar la deuda y subrogar al prestamista en los derechos del acreedor. Esta subrogación se realiza sin mediación de la voluntad del acreedor.

Como la subrogación en las hipotecas o privilegios del acreedor es un medio que se concede al deudor para encontrar un sujeto activo menos riguroso para que los terceros poseedores de una hipoteca o de un crédito privilegiado no tuvieran motivos de queja, es requisito imprescindible que la cantidad se haya prestado para el cumplimiento de la obligación y que en ello se haya empleado.

Por eso se exige que el préstamo y el recibo de la cancelación del mismo se realicen ante Notario, lo que presupone

que la cantidad se prestó para realizar la obligación y que además, dicho préstamo precede al pago del antiguo acreedor o al menor, que el préstamo es de la misma fecha; por último, se exige que en el recibo conste que el pago se liquidó con la cantidad prestada a estos efectos por el acreedor. Este tipo de subrogación es la que consagró una sentencia del Parlamento de París de 6 de Julio de 1.690.

En cuanto a la subrogación de pleno derecho tendrá lugar en todos los casos en que un codeudor, un fiador o todos aquellos que se comprometen por otros y tengan interés en el cumplimiento de la obligación, efectivamente la cumplan.

La equidad no permitía perjudicar a aquellos que no solicitaren la subrogación; puesto que tenían el derecho no se podía ni presumir que el acreedor debiera dar su consentimiento para la subrogación, ni que el deudor hubiera renunciado a un derecho tan importante. Aquí se refleja el sentimiento que ya expuso Dumoulin, difícil de conciliar con los textos romanos, que insistían en el acto volitivo del acreedor.

Recogiendo estos mismos motivos se determinó que se entendía que se había subrogado aquel que aun siendo acreedor, pagaba a un acreedor preferente (52).

Por último, cuando se había realizado un pago parcial, los que pagaron se subrogarán en la parte por la que cumplieron, pero no podrán concurrir con el acreedor, pues ya quedó establecido que uno de los principios de la subrogación es que nadie puede perjudicar al acreedor subrogante. Se debe entender que aquella persona quiso saldar una parte del débito pero no concurrir con el derecho del acreedor (53).

En la sesión de 3 de Febrero, Favart presentó el proyecto

ante la Asamblea legislativa tratando la subrogación en el pago, en los términos que a continuación se describen.

Se asienta el principio general de que el pago hecho al acreedor extingue la obligación. Además de exponer ante la Asamblea los diversos puntos sobre el tratamiento que debe recibir la subrogación, tanto convencional como legal, interesa destacar el siguiente punto: La subrogación -vuelve a repetirse-, cualesquiera que fuere la forma de su constitución. se produce tanto para los fiadores como para los deudores, fuera de los casos expresados, incluyendo los de subrogación convencional, donde se manifiesta la voluntad expresa de subrogar o subrogarse, no es posible que pueda llevarse a cabo (54).

En la exposición ante el "Corps législatif" presentado por el Tribuno Mouricault se consideró que el pago puro y simple extingue la deuda mientras que el pago con subrogación la deja subsistente, no teniendo otro efecto que el de cambiar de acreedor.

Si el pago es parcial el acreedor tendrá preferencia ante el subrogado por el resto del crédito.

La subrogación legal es aquella que no precisa del consentimiento del acreedor puesto que viene impuesta por imperativo legal. Primero, al acreedor que pague a otro acreedor preferente; segundo, al adquirente de un inmueble que emplee el valor de su adquisición al pago de los acreedores por los que el inmueble está hipotecado; en tercer lugar, al heredero beneficiario que pague a los acreedores y por último, en cuarto lugar, a todo aquel que estando obligado por una deuda de otra persona la liquida.

También, todas aquellas personas que teniendo un interés cierto en el cumplimiento de la deuda y cuyo comportamiento beneficia tanto a deudores, coobligados e incluso a ellos mismos, merecen evidentemente dicho beneficio.

Cualquier persona que intervenga pagando al acreedor no tiene legitimación suficiente para adquirir la subrogación; para ello será necesario que se dirija al acreedor, lo que conduce al ámbito de la subrogación convencional.

Hay sin embargo un caso en el que el consentimiento del deudor es necesario: Si el deudor para pagar su deuda pide dinero a préstamo con la condición de que el prestamista se subroge en la posición del acreedor. Para ello bastaría con que en el acto de concesión del crédito se declare el destino de la cantidad recibida en préstamo y que el recibo del acreedor de haber cobrado testimonie el destino de dichos bienes (55).

El "Corps Législativ" adoptó la regulación del pago con subrogación tal como ha sido expuesto, promulgándose la Ley de 17 de Febrero de 1.804. La referencia dedicada a los antecedentes de la subrogación hasta su plasmación en el Código Napoleónico de 1.804 es útil para poner de manifiesto estos hechos: El primero de ellos es la parquedad de datos jurídicos que se encuentran hasta unificarlos en dos diversos cuerpos legales.

La preocupación de los juristas fue diferenciarla de la cesión de bienes, sin recurrir ni siquiera a criterios estrictamente jurídicos, sino apoyados en la equidad, que aunque no debe desdeñarse en el campo jurídico, bien cierto es que abre un camino cuyas consecuencias en muchas ocasiones resultan

impredecibles. Además de la fácil apelación a la equidad, se recurre a la ficción; aspecto que se aparta del mundo jurídico y que lo único que hace es intuir que se recurrió a las instituciones existentes, sin olvidarse de las que tenían vigencia puesto que ya disponían de normativa y regulación propias por las que regirse y además contaban con una configuración jurídica ya delimitada por la Ley.

El segundo factor fue la preocupación de los legisladores, anteriormente manifestada por los juristas, de crear una institución práctica. Había necesidad de garantizar unos créditos, que se precisaba fueran pagados al momento del vencimiento.

La reacción de la doctrina y de la Jurisprudencia fue dar respuesta a las necesidades del tráfico jurídico.

Es obvio que si el deudor es insolvente no podrá pagar ¿Qué remedio aparece, entonces?.

La solución dada era constituir una garantía que, centrados en nuestra materia, debiéramos pensar que es de carácter personal.

Como originariamente la postura del que pagaba por otro se veía desprovista de recursos para recuperar lo satisfecho, paulatinamente se fueron otorgando atribuciones al tercero que pagara, con criterio general. Estas atribuciones, que respaldaban el patrimonio del tercero después de haber pagado, a medida que se fueron extendiendo en la práctica mercantil las estipulaciones con garantías accesorias, tuvieron que garantizar, de una parte el crédito del acreedor, y de otro lado el patrimonio de aquel que pagaba por un deudor, siempre que tuviera interés en el cumplimiento de la obligación.

Pagar la deuda de un tercero que ha contraído una obligación es difícil creer que se haga sin ningún interés; no obstante, para este supuesto tanto doctrina como Jurisprudencia entendieron que no se le concedía la subrogación porque pagaba *animo donandi*; en todo caso podía solicitar la subrogación, con lo que la primera premisa quedaría resquebrajada.

Se trata, pudiéramos concluir de lo expuesto, de una institución basada en imperativos prácticos, más que jurídicos, cuya finalidad era salvaguardar los intereses del acreedor al reforzar la situación del que paga y también la de este último al concederle, además de las acciones que está facultado para ejercitar frente al deudor, previniendo la situación de insolvencia de este, el beneficio de colocarse en la situación del acreedor, suponiendo que éste ha respaldado un crédito con otro tipo de acciones y privilegios frente al deudor.

La exposición realizada hasta el momento no es lo suficientemente explícita, por lo que conviene analizar en mayor profundidad el pensamiento de aquellos autores que conocieron los prolegómenos y peculiaridades que produjeron la elaboración de esta institución.

En el artículo 1.238 del Código civil italiano, anterior a la reforma de 1942, se encuentran delimitados los supuestos que nos interesa estudiar antes del pago.

Si bien la conocimos en el estudio del artículo correspondiente a los Códigos civiles francés y español, veamos como este precepto tampoco se aparta de su homólogo francés.

En efecto, este artículo parte de una premisa: Que las obligaciones se pueden extinguir con el pago por un tercero, a condición, de que este último lo realice en nombre propio, con lo cual no puede suceder en los derechos del acreedor.

El artículo contempla tres situaciones:

- 1º. El pago de persona interesada.
- 2º. Pago de un tercero no interesado, en nombre y por cuenta del deudor.
- 3º. Pago de un extraño en nombre propio.

El planteamiento de que la actuación del tercero produce efectos extintivos se contempla únicamente en esta última hipótesis. Cuando se trata de un coobligado o fiador, el pago de éste extingue las relaciones derivadas de la obligación principal entre el acreedor y el deudor obligado principalmente, aunque queda implicado en el vínculo obligatorio; así pues, pagando un débito extingue el del que participa y es responsable.

El segundo inciso presenta un supuesto de representación, puesto que el sujeto actúa en nombre propio por encargo de un tercero; también se amplían los supuestos a los mandatarios sin poder explícito.

En tres posiciones jurídicas distintas se encuentran el tercero que participa en un vínculo obligatorio preexistente.

No es superfluo resaltar las situaciones en que el tercero tiene que limitar su ámbito de aplicación. Lo que importa descifrar es el alcance y situación jurídica en que se encuen

tra dicha persona después de realizado el pago.

El que interviene con ánimo exclusivo de liberar al deudor cumple su propósito respecto a este último, satisfaciendo los intereses del acreedor. Consecuencia inmediata, de la liberación y satisfacción de las partes obligadas de modo principal en la obligación, es la extinción automática de la obligación.

Si hay un interés que proteger y que participa de manera decisiva en la intervención del tercero, justo es que se le proteja por ello; por lo que se mantienen diversas situaciones para justificar la extinción o permanencia de la relación obligatoria. Este es un argumento que a través de todas las teorías expuestas contribuye a profundizar en la técnica jurídica; sin embargo, lo que verdaderamente tiene su importancia es que la relación obligatoria tiene que subsistir para no dejar que se pierda precisamente lo que motiva la intervención del tercero: El crédito del acreedor, así como sus derechos y acciones.

De otro lado, el sujeto activo desaparecerá de la relación, puesto que tanto el objeto como causa de la obligación se han visto cumplidos, pasando a sustituirlo otra persona que pretende encontrarse en la posición jurídica del acreedor, pero cuya causa no es similar a la inicial, subrogándose en virtud de un pago que conlleva unos privilegios jurídicos.

Se observa, cómo curiosamente el Código italiano, aunque siguió contemplando las mismas hipótesis que las del correlativo Código francés, estableció, en lugar del criterio lato de este último, uno completamente restrictivo, planteando, además,

problemas contradictorios en la redacción de su propio articulado. Así, por ejemplo, además de no poder justificar el pago del fiador o codeudor, tampoco dio respuesta a los supuestos permitidos en la subrogación convencional, en la que es factible que el acreedor, al recibir el pago del tercero, le conceda y beneficie con la atribución de sus privilegios.

Tampoco hay que olvidar que si el tercero quiere pagar en su propio nombre, por su interés particular, no puede ofrecer el pago a cambio de sus derechos y acciones puesto que este comportamiento daría jurídicamente lugar a una cesión de derechos.

Como ya habíamos indicado, el propio Renusson al referirse al "extraño que paga por el deudor" estima que es condición *sine qua non* que lo efectúe para situarse en mejores condiciones, puesto que el peligro que veían los clásicos era que el *salvens* pudiera caer en manos de un deudor avaro que pretendiera beneficiarse incluso de dicha mutación; aunque no le niega a ningún pago, la correspondiente acción derivada del mandato o gestión de negocios ajenos.

Nunca admite Renusson la subrogación si se trata de dicho supuesto; pero deja abierto un cauce que es el de la libertad estipulatoria de las partes. Si un acreedor decide transmitirle sus derechos y acciones ¿Ante qué institución estaremos? ¿se podrá prohibir al acreedor que ceda sus derechos?. Evidentemente la respuesta a la segunda cuestión es negativa puesto que la Ley permite expresamente la cesión de derechos.

Renusson acepta la transmisión del acreedor de sus créditos y privilegios al tercero que ha pagado con la finalidad de

adquirir la situación del acreedor, pero se encuentra que aunque se pretenda dar denominaciones distintas de la cesión, el fenómeno que tiene lugar es aquel, si bien impropiamente se le denomina subrogación.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUBROGACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

La influencia del instituto en nuestro país puede decirse que en sus inicios no fue importante debido a que nuestros clásicos no se dedicaron a hacer una exégesis de los textos romanos en este punto concreto.

Penetra en la península por la fuerte influencia francesa que respiraban los juristas españoles en la etapa codificadora. Parten en el estudio de la subrogación del principio en el que los clásicos hicieron tanto hincapié: La reclamación de lo pagado.

El tercero que paga tiene derecho a que se le reembolse la cantidad satisfecha y además, el derecho a subrogarse en el lugar y derechos del acreedor junto con todas sus facultades accesorias.

3.1. La distinción entre ambos conceptos, como apuntaba Manresa (56), no es sutil, sino que los separa una diferencia esencial, tanto en su naturaleza jurídica como en sus efectos prácticos, sin dejar de destacar la acción más importante que es la resultante de que en el primer caso los efectos surtirán siempre a partir del pago, mientras que en la subrogación puede, pero no es imprescindible, que se derive del pago.

Sigue exponiendo Manresa con toda claridad y razón que la facultad de repetir lo satisfecho por el deudor se basa en el pago y en una consideración de justicia pero sin la adición de la subrogación. El tercero sólo está provisto de una acción personal de procedencia declarada por la Ley sin que pueda ostentar los demás derechos, facultades o garantías que pertenecían al acreedor.

Por el contrario, si procede la subrogación, aunque la facultad más importante sea reclamar lo satisfecho por él, existe la notable diferencia de que no solamente ostenta el derecho de reembolso sino que se configura como una acción más entre las correspondientes al acreedor.

El pago de un tercero contra la voluntad del deudor se reputa donación en algunos Códigos extranjeros influenciados por el Derecho romano y el antiguo Derecho común (57), cuando el tercero no expresaba su voluntad, reclamando del acreedor la cesión de derechos correspondientes, siendo de notar que el deudor podía rechazar dicha donación "tácita", reintegrando al tercero.

La solución que da el Código civil deja a salvo los derechos del deudor, sin perjuicio para los intereses del tercero que paga. Esta resolución, unida a los preceptos relativos a la forma de las donaciones, se opone a que de tal pago se derive la presunción de una liberalidad de un tercero, a no ser que éste expresamente declarara *animus donandi* y constara la aceptación del deudor en la forma y tiempo que indica la Ley.

Continúa Manresa (58) considerando que las normas de subrogación del tercero en el lugar del acreedor están dictadas primordialmente para la hipótesis de que pague un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación. Según su ar-

gumentación, procederá la subrogación cuando el deudor conozca el proyecto de pago y no manifieste su oposición; es decir, cuando no haya oposición expresa o tácita.

En el caso distinto de que el deudor ignore el pago por el tercero, no podrá compeler al acreedor a que le subroque en sus derechos, según preceptuaba y sigue regulando el artículo 1.159 del Código civil.

Es factible que el tercero "no puede compeler al acreedor a que le subroque"; lo que una primera interpretación permite, o al menos no prohíbe la subrogación por un acto de exclusiva y espontánea voluntad del acreedor sin consentimiento del deudor.

En contra de dicha interpretación se hallan los siguientes argumentos cuyo valor es innegable: La falta de precepto expreso que indique la facultad del acreedor; criterio que los artículos concordantes excluyen.

El fundamento del artículo 1.159 no parece justo; la consideración de que al tercero que paga sin necesidad, en las condiciones que regula este artículo, hay que deducir que se encuentra bastante asistido el pagador con la facultad de reclamar lo pagado. Finalmente cabría añadir, que no se aviene la subrogación con hipótesis, en alguna de las cuales, ni siquiera el derecho a repetir lo pagado es completo e indiscutible.

Manresa orienta su solución en el sentido de que aquel ter ce ro que desea subrogarse por el acreedor existiendo la aquies ce nc ia de este para que se pueda practicar, podrá lograr su intento en forma similar combinando la naturaleza del acto y simulando una cesión de créditos (59).

3.2. García Goyena también distingue en su articulado dos clases de subrogación: La convencional y la legal. Considera que la subrogación no consigue sino mutar la persona del acreedor y traspasar todos sus derechos al tercero que le paga. La deuda se extingue respecto del primitivo acreedor, quedando en vigor a favor del subrogado y contra el mismo deudor.

Concluye en que la subrogación, ateniéndonos al tenor literal, no es una venta de los derechos o acciones del acreedor cuyo consentimiento no se precisa. La conclusión de dicha argumentación es que la definición o conceptualización que de la subrogación tiene García Goyena no puede deferirse definición alguna sino una consecuencia de la misma. Es evidente que hablar de subrogación implica la conexión con la sustitución de una persona por otra, pero lo que no se despeja es la forma como se produce y las consecuencias que de la misma se derivan.

3.2.1. Seis casos señala García Goyena en que se produce la subrogación legal (60):

1º. El que siendo acreedor paga a otro acreedor preferente.

Caso que destaca el propio autor, sirve de elemento vinculatorio entre el único caso de subrogación legal de Derecho Romano y el de nuestro cuerpo legal; el acreedor que paga a otro preferente no ha podido tener otro interés, ni objeto que el de gozar de las ventajas de la subrogación.

2º. El tercero no interesado que paga consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor.

Este caso se omitió en el Código civil francés y demás Códigos modernos. Entiende García Goyena que este precepto envuelve el mandato expreso o tácito del deudor, debiendo presumirse que por librarse de un acreedor más incómodo quiso que su favorecedor quedara subrogado en lugar de aquel y que semejante fue la intención del tercero que pagó; se presume, en una palabra, un pacto tácito sobre la subrogación (61).

3º. Pago de un tercero con interés en el cumplimiento de la obligación sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.068. Aquí se comprende el supuesto del deudor que se ve inmerso en dicha situación siendo esta de carácter mancomunado con relación al fiador.

No es necesario que el acreedor que paga sea privilegiado o hipotecario; esta circunstancia no se requiere del acreedor a quien se paga.

El tercero interesado que pagó ignorándolo el deudor no puede compeler al acreedor a que le subrogue en su lugar. La subrogación del deudor mancomunado se ciñe a no tener facultad de reclamar de cada uno de los codeudores la parte proporcional con deducción de la suya. Si alguno de ellos es insolvente, sufrirá proporcionalmente los efectos de la insolvencia, pero en la parte que pueda reclamar gozará de los privilegios e hipotecas del acreedor primitivo.

¿En qué situación quedará el fiador cuando se subrogue en la posición del acreedor?. La solución la da el propio artículo, pues como sostiene García Goyena (62), la subrogación del fiador cuando paga es plena en cuanto a los derechos y acciones que competían al acreedor. La situación del cofiador se equipara a la de los deudores mancomunados.

Nuevamente se justifica esta disposición en motivos de equidad, porque sigue sin parecer justo que unas personas puedan prevalerse de una situación más favorable y otras que arrancan de similar posición originaria se encuentren perjudicadas por no haber cumplimentado la formalidad de solicitar previamente la subrogación. Evidentemente, el derecho ya es existente, correspondiéndoles a todos en relación con la porción en que quedaron responsabilizados, que implica dejar el otorgamiento de un derecho a resultas de que se cumpla una mera formalidad, lo que hace considerar que no es la aplicación más equitativa.

4º. Subrogación del que ha aceptado la herencia a beneficio de inventario.

5º. En este supuesto no puede llegarse a otra consecuencia más que pensar que el nuevo dueño de la finca no se propone en el pago sino asegurarla y liberarse de las reclamaciones que sobre la misma pudieron intentar los acreedores hipotecarios anteriores a la adquisición; los posteriores en el pago no pueden pretender, sin que aparezca la presunción de dolo o mala fe por su parte, que el pago les sea beneficioso, pues, hasta que se desmorone la presunción, el pago se considerá que ha sido ejecutado con la finalidad de enriquecerse causando daño a otro.

6º. Este último supuesto es el relativo a "el poseedor de un finca hipotecada con otras pertenecientes a diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas".

Igual sentido se da al poseedor de parte de una finca hipotecada en su totalidad, perteneciente a varios dueños. En ambos casos, cuando sean dos o más los poseedores de la

finca o fincas hipotecadas, el subrogado sólo podrá ejercitar su derecho contra cada uno de ellos proporcionalmente al valor actual de la finca o parte de ella, descontándose lo que por el propio concepto corresponde a la finca o parte poseída por el subrogado (63), pero recordemos que esta regulación era la que recogió el Digesto de Justiniano (64) para los supuestos de cesión forzosa de acciones, pues, como ya se ha expuesto, el instituto de la subrogación legal no se había configurado todavía.

El acreedor hipotecario podrá dirigir la acción por la totalidad de la deuda contra cualquiera de los poseedores de las distintas fincas hipotecadas.

Una vez se haya saldado la deuda se extinguen todas las hipotecas, quedando consecuentemente libres del gravamen. Hay que pensar que también supone una liberación del gravamen de todos los poseedores de hipotecas.

La doctrina, por todas estas razones, concluyó concediendo la subrogación legal por los mismos motivos basados en motivos de justicia y equidad que en los seis puntos precedentes.

3.2.2. Los artículos siguientes se dedican a regular la normativa de los supuestos de subrogación convencional. Estos tienen lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos, acciones, privilegios o hipotecas contra el deudor.

Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago.

El tema que tratamos hay que situarlo entre los supuestos

de subrogación legal. Todo fiador que paga se subroga; se coloca en la misma posición del acreedor con todos sus derechos y acciones por imperativo legal. No proseguimos con el estudio de la subrogación convencional puesto que se aparta de nuestro tema y, además, porque ya han quedado determinados los requisitos fundamentales: Expresa aceptación por parte del acreedor de cederle sus derechos y que el pago tenga lugar en el momento oportuno, a ser posible antes del vencimiento, para evitar confusiones de si el pago ha extinguido o no la obligación principal y con él todos sus derechos y acciones.

La subrogación convencional podrá hacerse también contando con el consentimiento del deudor e ignorancia o desaprobación del acreedor en el único caso de que se pague la deuda con dinero tomado a préstamo en escritura pública donde figure el propósito de dicho préstamo y además que en la escritura de pago conste que se ha hecho con el dinero tomado a préstamo.

3.2.3. Respecto del pago parcial, el acreedor que sólo haya recibido parte de una deuda podrá ejercitar un derecho por el resto con preferencia al que se hubiera subrogado en virtud precisamente de dicho pago parcial.

En el proyecto de 1836 la subrogación en el pago se recoge en la sección sexta del capítulo primero del título XIX que trata de la extinción de las obligaciones en sus artículos 1.924 a 1.930 bajo el epígrafe: "De los pagos hechos con un tercero por subrogación" (65).

Establecido que nuestro estudio debe centrarse en la sub-

rogación legal, conviene apartarse de la esfera de la subrogación convencional.

3.3. Dice el artículo 1.924 (66): "Cuando un tercero paga por el deudor, se subroga en los derechos del acreedor. Esta subrogación es legal o convencional".

La subrogación legal -prosigue el artículo 1.925- se establece para los siguientes casos:

- 1º. A favor de los fiadores en los términos establecidos por los artículos que tratan esta materia.
- 2º. A favor de cualquier tercero, siendo el mismo acreedor quien pague a otro más privilegiado por razón de la hipoteca...
- 3º. En beneficio del que adquirió un inmueble y emplea el precio de dicha adquisición en el pago de los acreedores a quienes estaba hipotecado dicho inmueble.
- 4º. En beneficio del que estando obligado con otros o por otros al pago de una deuda, tiene interés en satisfacerla.
- 5º. A favor del heredero beneficiario que paga con sus propios fondos las deudas de la herencia.

Los requisitos y concepción de la subrogación convencional es la similar a la que acabamos de exponer.

Con carácter general puede decirse que todos los anteproyectos y proyectos de la Ley establecieron el principio de invulnerabilidad de los derechos del acreedor.

En nuestro Anteproyecto de 1.882, dentro del capítulo dedicado a la extinción de las obligaciones, se regulaba como una de las modalidades el pago en su doble vertiente: O bien entrega de la cosa o hacer de la prestación el fundamento de la obligación (67).

En el artículo siguiente se esclarece las personas que pueden realizar el pago. En principio, cualquier persona, con o sin conocimiento del deudor, contando con su beneplácito o ignorancia y lo que es más importante, teniendo o careciendo de interés en el cumplimiento de la obligación.

Las acciones no se apartan de la influencia del Derecho Romano: Si se paga por cuenta de otro se podrá reclamar lo que hubiere pagado sobreentendiéndose que se está ante un mandato o una gestión de negocios ajenos, con una excepción: Pagar contra la expuesta voluntad del deudor. Para dicho supuesto se concede al tercero una acción de repetición únicamente para aquello en lo que le fue útil al deudor.

Como modalidad de pago se equipara la delegación o subrogación como medio extintivo de la obligación (68).

Se incorpora en este anteproyecto un precepto que regula expresamente el pago de tercero efectuado en nombre del deudor, estableciendo una prohibición: "No se podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos". La fundamentación de este precepto es obvia, además de servir para establecer una frontera entre el pago efectuado en nombre propio y para sí o en beneficio de otro y el pagar en nombre de otro significa que se actúa, sin entrar por el momento en matizaciones, por mandato o en virtud de la realización de una gestión de negocios ajenos o ¿por qué no?, por delegación. Ahora bien, si las di-

ferencias son claras también son las consecuencias: Si se actúa en nombre propio y hay interés en que se cumpla la obligación, es porque hay ánimo de subrogarse o de colocarse en la posición del acreedor que puede resultar beneficiosa para el tercero. Si paga un tercero en nombre del deudor se extingue la obligación con todos los derechos inherentes a la misma.

No cabe en este supuesto recurrir a ficticias ventas del crédito, puesto que el triángulo deudor-acreedor-tercero garante no existe. Sólo existe el dualismo acreedor-deudor; paga el deudor, queda automáticamente extinguida la obligación.

Se establece con carácter general (69) que los gastos judiciales los establecerá el juez con arreglo a la L.E.C., mientras que los extrajudiciales serán de cuenta del deudor. Este principio tiene su importancia, sobre todo en relación con la fianza que establece el *quantum* que corresponde reclamar por el fiador al deudor, siempre que el pago se haya hecho en la forma debida.

La redacción de nuestro Código civil establece criterios de pago del tercero, según exista o no interés en el cumplimiento de la obligación y se realice con consentimiento, ignorancia o desaprobación del deudor, así como las acciones que atribuye la Ley a aquel que ha visto menguado su patrimonio por el pago de una deuda, para no verse desprotegido ante el deudor. Siguiendo esta línea de pensamiento el artículo 1.209 (70) alude a la subrogación sin especificar su contenido; su forma de producirse, sus consecuencias... en los derechos -concepto que habría que entender extensible a las acciones y todo tipo de privilegios beneficio

sos para el tercero- ... del acreedor no pudiendo presumirse subrogación de carácter legal consiguientemente, fuera de los casos expresamente mencionados en este Código.

Todos aquellos que no se especifiquen a continuación será preciso establecerlos con claridad para que produzcan efecto.

Los casos en que la subrogación se opera por efecto automático de la Ley son los siguientes (71):

- 1º. Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.
- 2º. Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor.
- 3º. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.

La cuestión de si constituye un acto novatorio la simplifica Manresa alegando que como no exige siempre un convenio especial, sino al contrario, es factible que se derive de un acto; tal es el caso del pago por efecto de la Ley, que para este supuesto se presume (72).

Comparando estos artículos con los preceptos del Código que le precedieron, resalta el carácter menos formalista que fue adquiriendo la subrogación convencional del artículo 1.209.

Sobre este punto cabe destacar que no se precisa de una fórmula concreta; ni siquiera una expresión terminante; el único requisito que se precisa es que establezca la novación con claridad (73).

En cuanto a la subrogación legal, no cabe equipararla a los casos de novación tácita aludidos en el artículo 1.204 porque en estos hay un convenio, mientras que en la subrogación legal falta el convenio de novación; no existe el consentimiento del deudor que para aquel sería necesario, y sin embargo, por el hecho de un pago, mediante declaración de la Ley se entiende aquella realizada (74).

Respecto a los casos de subrogación legal apuntar únicamente, a modo introductorio, las siguientes ideas, comenzando por aquellas opiniones de los juristas más cercanos a las fuentes codificadoras.

Pensar en el artículo 1.210 y no vincularlo inmediatamente a los supuestos generales de pago de un tercero de los artículos 1.158 y 1.159 es imposible. La redacción y significación de estos preceptos sólo puede comprenderse teniendo en cuenta los artículos precedentes del pago de un tercero.

El objeto de nuestro estudio se centra en el tercer supuesto de los enumerados en el artículo 1.210. Paga un ter ce ro interesado porque se ha comprometido mediante la esti pulación de una relación de carácter obligatorio; interés que, en opinión de Manresa, es una idea vaga y relativa. Entiende este autor (75) que dicha vaguedad es preciso suprimirla; en primer lugar, no tomando en cuenta a los acreedores del deudor que no se encontrasen comprendidos en el primer supuesto, ya que para ellos la Ley dedica un apartado especial. Por otra parte, entiende el autor que la noción de interés debe concretarse en una relación de derecho respecto de la obligación o de las cosas a las que afecte y al que además convenga el cumplimiento de aquella. Así resultan interesados los codeudores; los fiadores y los dueños o po-

seedores de las cosas en que consiste la garantía, y aún a los que sobre estas tengan constituido un derecho real o celebrado un contrato de arrendamiento, porque en todos estos casos la efectividad del crédito logrado por el primitivo acreedor o la probable mutación en la propiedad de las cosas que por aquella se realice puede afectar a las personas y aún acarrear algún perjuicio cierto (76).

Es de notar que no hay verdadera subrogación en el caso de que pague uno de los codeudores solidarios, puesto que según el artículo 1.145 queda extinguida la obligación, si bien el codeudor que pagó puede repetir contra los demás en reclamación, invocando como causa y título el pago y no la novación (77).

En cuanto a las peculiaridades de la subrogación sólo queda decir que aunque la subrogación produce la transmisión de las garantías del crédito a él anexas aprovecharán al subrogado en cuanto el crédito por el que pagó y ha adquirido; pero no se extienden al crédito que ya tuviera, puesto que entre este y aquel se mantiene la separación debida, sin que puedan alcanzar al segundo los efectos que de la novación se deriven.

La subrogación se producirá aunque el deudor ignore el pago y no lo consienta, sin que pueda invocarse para llegar a dicha solución, contraria a la expuesta, los artículos 1.158 y 1.159, porque son una regla general modificada por la especial contenida en dicho número, al declarar la subrogación en términos absolutos; también porque aquellos preceptos se referían principalmente a regir las situaciones en que paga un tercero no interesado, aunque hay que observar que la ignorancia o la oposición del deudor no dejan de pro-

ducir efecto en cuanto le permitan oponer al subrogado los mismos medios de defensa que contra el antiguo acreedor tuviere. Por tanto, podrá oponer la compensación ya celebrada en el momento de la subrogación; el pago anterior a este y cualquier defecto de la obligación, pues si esta es nula o se hallaba extinguida no es susceptible de novación. Los efectos se producirán desde la fecha que aquel tuviera conocimiento del pago y consiguiente subrogación (78).

Con esta exposición han quedado descritas las líneas fundamentales en el desarrollo del instituto desde sus orígenes, valiéndose de instituciones romanas hasta la Codificación, adoptando, por fin, la modalidad de una de las formas de pago contrariamente a las opiniones de todos aquellos que lo entendían como una forma de cesión legal. Todas estas circunstancias contribuyeron a entender la subrogación como una institución original, como un modo especial de transmisión de créditos *ex lege*.

Las normas del Código civil francés (artículos 1.249 a 1.252) que inspiraron nuestro Código en esta materia, también influyeron en el Código civil italiano; así, estas normas se asumieron por diversos Códigos de las provincias. Sucedió de esta manera en el Código Albertino (artículos 1.339 a 1.342); en el Toscano (artículo 341); en el Código de Módena (artículos 1.304 a 1.307); en el Napolitano (artículos 1.202 a 1.205) y después de la unificación, en el Código Italiano en sus artículos 1.251 a 1.254 que reproducen literalmente los artículos del Código francés salvo dos excepciones:

Se introduce algunas modificaciones de la subrogación por préstamo que es la supresión de la preferencia del subrogante

en el pago parcial, lo que sacrifica el principio clásico "*nemo subrogat contra se*" (79).

Consecuentemente con lo dicho se divide la subrogación en convencional y legal.

El artículo 1.253 señala que la subrogación de quien se obligue con otros o por otros tiene un origen diverso tomado del *beneficium cedendarum actionum* que en principio era una acción de carácter defensivo, transformada más tarde en el derecho a obtener, antes del pago, la cesión de las acciones del acreedor concedidas espontáneamente por parte del acreedor o coactivamente con la intervención del juez.

Por influencia del Código francés evolucionó agilizando las formalidades. En primer lugar se consideró suficiente que el tercero reclamara la cesión en el momento de realizar el pago; más tarde la solicitud obligatoria de la subrogación se transformó en una subrogación *ope legis* (80).

Los efectos que se desprenden de la Ley italiana son similares a los de las leyes francesa o española.

Su principal efecto consiste en transmitir al nuevo acreedor todos los derechos y acciones que le pertenecían al acreedor anterior frente al deudor primitivo, deudor solidario o fiador.

En la formulación de la subrogación hay que tener en cuenta las modificaciones siguientes:

1º. El subrogado no puede ejercitar todos los derechos y acciones del acreedor sino hasta la cuantía que desembolsó por la liberación del deudor.

2º. Si existe una subrogación convencional cuando se estipule puede limitarse a ciertos derechos y acciones, bien del acreedor, bien del deudor que lo consiente.

3º. La subrogación legal, establecida en beneficio de aquel que ha pagado una deuda, porque previamente se había obligado a ello, le autoriza a ejercitar los derechos del acreedor teniendo de tope, para el ejercicio de la vía de regreso, la cuantía que pagó y por la que se comprometió, invitando a tomar en cuenta los efectos que produce el pago parcial.

Establecidos los antecedentes y motivos que dieron el resultado de los actuales artículos 1.209, 1.210 y 1.211 relacionados con los artículos 1.158 y 1.159 de nuestro Código civil procede pasar al estudio en detenimiento de la naturaleza de la subrogación.

4. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SUBROGACIÓN. INTRODUCCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA TEORÍA DE SUCESIÓN DE DERECHOS.

Ya Merlin dio una definición genérica que puede servir para situar la función que desde el principio se quiso reservar a la subrogación. Para este autor (81) la subrogación es la acción de poner una cosa en lugar de otra o una persona en lugar, también, de otra. En ella se destaca un efecto que desde el principio es inherente a la naturaleza de la institución como son su carácter traslativo junto con la idea de sucesión...

Ahora bien, ¿con qué finalidad?. Con el propósito de trans

mitir la fianza, accesorios e incluso la obligación misma y darle a la nueva que se adquiere mediante reembolso, las hipotecas y privilegios pertenecientes a la primera.

La explicación que da de su argumentación se ubica en la más pura lógica jurídica según él. Por ello, encuentra que es lógico, razonable que así suceda, puesto que cuando el segundo acreedor paga al primero, la Ley no puede cuestionarse si se está produciendo una representación, como si se tratase de un heredero representando al difunto, ni tampoco pretender que suceda, como en los casos de cesión, que el cesionario referente a su cedente.

Opinión, en resumidas cuentas, que no sólo da una definición de subrogación, sino que además, intenta diferenciarla, en un esfuerzo muy considerable de dos instituciones que en aquella época rozaban los límites conceptuales de la subrogación; fundamentalmente nos referimos a la cesión de derechos y acciones (82).

Este autor no se conforma únicamente con esbozar el concepto sino que añade algo más.

Destaca que no se trata de colocarse en la posición de manera similar a la que disfrutaba el acreedor, sino que el nuevo sólo ocupará su posición en el lugar, grado y orden si se refiere a un derecho hipotecario o en los mismos derechos y acciones que ostentaba el acreedor, puesto que lo que no hace la subrogación es revivir la acción primitiva desaparecida por obra del pago.

Es importante tomar en cuenta esta consideración porque la sustitución en los derechos y acciones, que ostentaba el acreedor frente al deudor, pasa a disfrutarlos el nuevo acreedo

dor, en tanto en cuanto se coloque en la posición de manera semejante a la que mantenía el acreedor frente a su deudor. En consecuencia, se deriva que nace una acción distinta con efectos también heterogéneos. Si se quisiera transmitir la acción del acreedor originario, sólo podría llevarse a cabo en virtud de una cesión o de una venta; diferenciación importante también porque se aparta de las teorías de la subrogación que la consideraron una ficción de venta o de cesión (83).

La distinción que hace permite ir más lejos al añadir que la cesión transmite el mismo crédito, mientras que la subrogación tan sólo alguna prerrogativa, no garantizada, como sucede en la cesión de créditos.

La importante opinión de Merlin fue objeto de críticas que comenzaban a partir de la propia concepción etimológica de la institución.

Se aludía para ello que el término suceder jurídicamente significa "entrar", "colocarse una persona en el lugar de otra en una relación jurídica de cualquier tipo". Por eso, se entendía que daba una definición excesivamente genérica, que incluso podría abarcar la concepción de que el representante o mandatario también se subroga o sucede al acreedor; nada más falso al concepto de subrogación. La sucesión en el crédito necesita unas matizaciones que son las que confiere la institución propiamente dicha.

La existencia de una relación jurídica de sucesión no basta para producir un cambio de sujetos, ni que ambas personas pretendan diversos objetos jurídicos; lo que es necesario es que la relación jurídica sea idéntica, aunque la persona sea distinta (84).

Esta situación así constituida deriva de que el poder de la segunda persona proviene directamente del que poseía el acreedor.

En consecuencia, aunque cambie la persona, la relación jurídica permanece idéntica, amén de que el concepto de sucesión es el resultante de la fusión de dos elementos; de un lado, diversidad de sujetos jurídicos e identidad de vínculos. El primer elemento es inexistente en el ejercicio de los derechos de otro por representación; el segundo, no se da en el ejercicio de un derecho propio y no derivativo.

Por las razones expuestas es por lo que algún autor definió la sucesión como la transformación puramente subjetiva de un derecho (85).

Aunque esta definición tiene su máximo exponente en la sucesión a título universal, también puede concretarse en la sucesión a título particular, en la que aún subsistiendo la persona del acreedor, cesa como sujeto jurídico de dicha relación viniendo a ser sustituida su posición y relaciones por otra persona.

La aceptación de esta teoría, que algunos autores basaron en la simplicidad de sus exposiciones, encontró el rechazo de parte de algunos juristas cuya sutileza jurídica no se puede negar.

Citando alguno de estos autores, a modo de ejemplo, Kuntze parte del principio de que no hay derecho sin sujeto, con lo cual en el aspecto práctico es más fácil determinar que no puede existir derecho específico sin un sujeto determinado; no puede existir derecho alguno sin la previa existencia de un destinatario concreto, razón que determina que sea contra-

ria a la idea de derecho subjetivo el traspaso de un mismo derecho de una persona a otra (86).

En consecuencia, la idea de sucesión es inexacta para aplicarla a la relación jurídica; sólo puede tener un significado respecto al objeto material del Derecho. Este permanece aunque varíe la persona y la relación jurídica. Como el objeto permanece idéntico la relación jurídica del sucesor es igual a la del acreedor; la dificultad estriba en delimitar hasta qué extremo el nuevo derecho que surge es igual al antiguo. No se puede aceptar más que por transmisión puesto que resultaría imposible mediante una transubstanciación.

Observa Winscheid (87) que la argumentación de Kuntze es exacta al señalar que el derecho es idéntico; no porque haya identidad entre dos sujetos sino porque se produce en el objeto. Concluyendo, afirma el autor que el derecho del sucesor es un derecho de una persona distinta a la que dio origen a la obligación, pero no es un derecho diverso al que corresponde al predecesor.

Tanto en la cesión como en la subrogación, la sucesión singular en el crédito produce la mutación del sujeto activo de la obligación, que obviamente es el acreedor, permaneciendo el mismo deudor y la misma obligación con todos los derechos accesorios de garantía e incluso las excepciones inherentes a dicha obligación (88). Es importante destacar que tanto el cesionario como el subrogado ejercitan un derecho de crédito en nombre propio, no en el del cedente o subrogante, quedando por otra parte, el subrogante o el cedente eximido y liberado de toda carga inherente a dicha obligación.

La posición del deudor permanece inalterada, no responde

más allá de lo que se comprometió frente al acreedor originario; el débito para el deudor sigue siendo el mismo. La *causa debendi*, por tanto, continúa siendo la misma que existía en principio y consiguientemente, el deudor conserva todas las excepciones inherentes a la personalidad del acreedor primitivo.

En conclusión, únicamente cambia la persona del deudor, restando inmutable la posición jurídica del deudor y la naturaleza de la obligación. De todas formas cabe señalar dos puntos: La exposición anterior conduce a la conclusión de que si la persona del acreedor naciera de la forma antedicha no se produciría una novación (89) y además, importa señalar que en dicho supuesto no tiene relevancia la voluntad o asentimiento del deudor, más por razones prácticas que jurídicas.

Hasta aquí una somera descripción de una de las muchas teorías de que fue víctima esta figura jurídica en cuestión. Puede afirmarse que la práctica totalidad de los autores después de Pothier y sobre todo a partir de la Codificación se pronuncian sobre la materia, quedando paulatinamente en retroceso con el avance del tiempo, en relación a otras instituciones jurídicas.

Entre los autores franceses que se dedicaron a la exégesis del Code civil figura Marcadé (90) quien se muestra disconforme con los autores que asemejan la subrogación a la cesión perteneciente al primero. Al igual que Coviello apoya su tesis en que únicamente se produce una cesión al nuevo acreedor de las garantías que rodeaban al crédito nacido de la obligación, porque caso de aceptar que se produjera una cesión total, el pago con subrogación implicaría extinción

de la obligación con reserva de privilegios o cesión de un crédito extinguido, mientras que es más fácil entender que simplemente significa que se traspasan las garantías al nuevo crédito surgido del pago, sustituyendo al anterior (91).

Esta teoría fue compartida por algunos autores después de la primera codificación; otros juristas crearon sus propias tesis o reelaboraron las ya existentes. Por motivos de claridad expositiva hemos agrupado las distintas conceptualizaciones de dicha institución según las orientaciones y criterios mantenidos, que a continuación pasamos a exponer.

4.1. Sistematización de las distintas teorías.

Desde que se empezó a configurar en el Derecho Romano, ríos de tinta han corrido tratando de explicar jurídicamente el nacimiento de dicha institución.

Se puede afirmar después de los estudios realizados y las opiniones de juristas de notable valor científico demostrado, que es una institución que nace a remolque de las necesidades del tráfico jurídico, en un intento de complementar alguna laguna existente en el amplio aspecto de las instituciones jurídicas. En efecto, esta figura se vale de conceptos de arraigada raigambre en los ordenamientos jurídicos. Desde la compraventa, pasando por las ficciones jurídicas, parece que por fin se puede enmarcar en el ámbito de la cesión de derechos y acciones, si bien alguna precisión de carácter técnico-jurídico no permiten afirmar que son instituciones similares.

En lugar de utilizar bibliografía francesa o italiana en

proporción muy superior a la española, hubiéramos preferido encontrar las soluciones en nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de recurrir a sistemas jurídicos distintos del nuestro; sin embargo, es de destacar que esta materia, incluso desde el momento mismo de su codificación y también en sus prolegómenos, suscitó mayores dificultades al jurista francés que al español, el cual, en su intento de ahondar y dar una respuesta técnica a esta materia contribuyó a la elaboración de esta figura jurídica con sus comentarios previos y posteriores a la redacción del Código civil.

Desde la reforma del Código civil italiano, sobre todo con la innovación introducida en materia de fianza al alterar la naturaleza, que como en todos los ordenamientos jurídicos inspirados en el francés, tenía de obligación subsidiaria, convirtiéndola en solidaria junto con el deudor principal, es cuando la doctrina actual comienza a preocuparse de la subrogación imprimiéndole un carácter reformista, sobre todo a partir de la confrontación que nace de la acción de subrogación con la de regreso; razones todas ellas que indujeron al legislador italiano a modificar el orden de los preceptos, dándole un carácter alternativo, pasando la subrogación a preceder a la acción de regreso en la regulación de la fianza.

Son mayoritarios los autores clásicos franceses que se han preocupado de definir y delimitar la subrogación; aún lamentando la falta de profundización de nuestros clásicos en esta materia, pasamos a exponer las definiciones que sobre la misma se construyeron, acogidas posteriormente por nuestros legisladores.

Ateniéndonos a la interpretación literal subrogación es:

"la sustitución de una persona que paga en los derechos del acreedor que ha sido pagado" (92). Concordante con esta idea, como se ha expuesto en páginas anteriores definida por Merlin (93) como "la acción de poner una en el lugar de otra u otra persona en su lugar", es indudable el valor que entraña dicha definición como exponente de toda una concepción del fenómeno subrogatorio. Deteniéndonos en su contenido hay que hacerle la objeción de que la manera de concebir la institución de dicho autor, no transfiere el crédito, sino únicamente sus garantías y accesorios; lo que de por sí sólo supone una descalificación respecto al concepto que, al menos en la actualidad, se tiene de la subrogación.

En este mismo sentido se inclinaron Renusson, Domat y Toullier, recogiendo después del Código estas mismas expresiones (94).

Otros autores la definen poniendo el punto de inflexión en su efecto principal, obviando su carácter y naturaleza jurídica; no definiéndola en suma, sino confundiendo los efectos con el concepto (95). La configuración de Durantón gira en torno a la idea de la ficción al definirla como "Una ficción jurídica que coloca a una persona en el lugar del acreedor para ejercitar sus derechos" (96); no supuso ninguna innovación en la teoría de la subrogación. También Gauthier se inclinó a darle la misma significación (97), al igual que lo hizo Zachariae: "La subrogación es una ficción jurídica mediante la cual una obligación extinguida se considera como subsistente en beneficio del tercero que pagó, que se considera como una sola y misma persona con el antiguo acreedor" (98). Con este mismo criterio Marcadé (99) pone especial énfasis en constatar que la concepción técnica de la subrogación no puede recaer únicamente en la cesión de

un acreedor a otro, sino, -y en ello se enfrenta con el planteamiento inicial de Larombière (100), únicamente en el traspaso de las garantías, puesto que argumenta Marcadé, de no suceder así, pago con subrogación significaría suprimir, conservando un crédito que acaba de desaparecer; mientras que el significado que se le debe dar es el de extinción de un crédito con cesión de las garantías al nuevo crédito, que viene a reemplazarlo.

Las definiciones dadas por estos autores ponen de relieve, siguiendo el ejemplo de Dumoulin, Renusson o el propio Pothier (101), que el efecto más destacado de la subrogación es el traspaso del derecho de crédito con todos los accesorios del acreedor a quien se ha pagado, al que ha devenido mero sujeto activo de la relación obligatoria.

Diferencia esta institución de la cesión, como posteriormente siguieron haciendo numerosos autores, en el carácter voluntario de aquella, en contraposición al impuesto por la Ley en esta (102).

Los autores estudiosos en profundidad del pago con subrogación inciden en un error común del que nos permitimos hacer la crítica siguiente: Su preocupación por diferenciar la de otras figuras jurídicas ha contribuido la mayor parte de las veces a entender la institución a través de un análisis referenciado a otras instituciones, asemejándola o diferenciándola pero sin contribuir a establecer sus características con entidad propia, al margen de instituciones, si no afines, sí colindantes.

Por otra parte, el caríz confuso que desde siempre se ha atribuído a la subrogación es culpa, en muchas ocasiones,

de planteamientos equivocados de la institución junto con el enfoque que desde el origen se le dio. Si bien es cierto que los autores pretendieron definir la subrogación como una figura jurídica que transmitía, o bien el mismo crédito perteneciente al acreedor o sus garantías, o ambas cosas, es evidente que ningún autor dudó en dar por supuesto que la subrogación es una consecuencia del pago, centrándonos evidentemente en la subrogación legal propia de nuestro estudio.

Establecida esta premisa hay autores que han debatido sobre si la liberación y consiguiente efecto satisfactorio para el acreedor produce la extinción del crédito.

Los planteamientos que hemos esbozado pueden reagruparse en los siguientes grupos de teorías:

A) Teorías del pago o extinción del crédito. Hubo autores que creyeron ver la clave de la subrogación en el efecto extintivo que produce todo pago. Parten de la base de que todo crédito se extingue automáticamente en virtud del pago; convicción que conduce a la consecuencia inmediata de equiparar subrogación a pago de una deuda, con los consiguientes efectos liberatorios para el deudor y satisfactorio para el acreedor.

Partiendo el criterio expuesto, la única conclusión a la que puede conducir es que la subrogación produce la extinción de la deuda para paliar la falta de respuesta a la interrogación derivada del silogismo de que si todo pago produce la extinción del crédito ¿La subrogación extingue la deuda? Y, en consecuencia, ¿todas las garantías inherentes al crédito?, ¿Cómo es posible sostener la argumentación de que

la subrogación transfiere las garantías y el crédito al nuevo sujeto de la relación obligatoria?.

Explicar este planteamiento no está carente de dificultades, por lo que los autores tuvieron que recurrir a explicaciones que, aunque fundamentadas unas con mejor técnica jurídica que otras, no se puede por menos atribuirles la consideración de excesivamente rebuscadas.

De esta manera nació la teoría de la transmisión ficticia del crédito.

a) Teoría de la ficción.

1. El artífice de esta teoría es Pothier, que intenta encontrar una justificación más de tipo práctico que jurídico en el sentido estricto del término.

Establece Pothier que la subrogación es una ficción del Derecho, establecida en beneficio del que paga. De esta forma, explica que debe considerarse no un pago sino una venta que el acreedor hace de su crédito, adjuntando los derechos inherentes al mismo, si existieren.

Puesto que se trata de una venta, el crédito no se extingue y puede transmitirse al nuevo comprador con todos los derechos inherentes a dicho crédito.

Esta teoría tuvo gran difusión y fue la que durante largo tiempo colmó el espíritu de los civilistas. Así, se pueden contar entre sus partidarios a Gauthier, Murlon, Laurent, Ricci e incluso Stolfi, que como posteriormente veremos, en marca la subrogación en la transmisión de las obligaciones y no en los modos extintivos (103).

2. Otros partidarios de recurrir a la ficción para justificar el efecto fingido de su extinción se encuentran en Baudry-Lacantinerie, Aubry et Rau y dentro de la doctrina italiana a Pacifici-Mazzoni (104); sin embargo, no recurren a la teoría de la ficción o de la venta para justificar esta institución.

Entre nuestro autores Valverde y Sánchez Ramón parecen partidarios de la primera teoría, mientras que Mucius Scaevola se inclina por la segunda opción (105).

b) Teoría de la transmisión de las garantías.

Esta teoría tiene un componente verdaderamente curioso. Mientras que mantiene que se extingue el crédito principal, sostiene que las garantías que conllevan dicho crédito perduraron transfiriéndose al nuevo crédito que nace para el sujeto interviniente que liberó al deudor extinguiendo la relación obligatoria.

Esta teoría ya ha sido expuesta acompañada de una crítica por nuestra parte.

Como ya sabemos su mayor representante fue Merlin, ratificado después por Marcadé (106) cuyas observaciones no vamos a reiterar, remitiéndonos a lo ya dicho. Tan sólo destacar que esta teoría fue la única que explicó de manera simple el principio por el cual el subrogado no puede reclamar la totalidad del importe del crédito, sino únicamente, el reembolso de la suma pagada.

Los partícipes de esta teoría entienden que es justo que así sea ya que el pagador sólo dispone del crédito en la

cuantía por la que pagó, aunque reforzado con las garantías del primero.

Piensen estos autores que la conjugación de los términos: extinción, pago, crédito, garantía se justifican suficientemente con la conclusión a la que llegan, puesto que resultaría absurdo pretender admitir una garantía sin crédito, pero no lo es pensar que una garantía se desgaje de un crédito para atribuirlo a uno nuevo (107).

c) Teoría del regreso legal.

Esta teoría tuvo la pretensión, al igual que ciertas teorías antecedentes, de que el pago produce la extinción del mismo, pero que al unísono con la desaparición de dicha obligación, nace una nueva por ministerio de la Ley a favor del que paga.

Las peculiaridades del nuevo crédito son las de tener el mismo contenido que el crédito anterior conjuntamente con todas las garantías que han permanecido inalterables a la transposición de sujetos.

Sin ánimo de entrar en cuestiones críticas, con intención meramente descriptiva, apuntar que esta teoría incurre en el error de confundir el crédito surgido en virtud del pago basado en la relación de mandato, gestión de negocios ajenos.. existente entre el deudor y el tercero con el crédito primitivo que es el que pasa al subrogado.

Por dicha razón algunos autores combatieron esta teoría porque estimaban que tendía a confundir subrogación con novación por cambio de acreedor, con la salvedad de que en esta obligación se hiciera reserva de las garantías y privileu

gios del antiguo crédito (108).

En opinión de notorios autores es esta una de las teorías más serias que se han formulado sobre la naturaleza jurídica de la subrogación.

Su promotor fue Stammler, seguido después por otros autores alemanes, y en la doctrina francesa por Marcadé (109).

Se parte de que al subrogado no se le traspasa la misma situación jurídica que gozaba el acreedor, sino que por efecto del pago surge a su favor un derecho igual pero no el mismo al que ha desaparecido.

La sucesión particular tiene necesariamente que implicar, aduce Stammler, extinción del antiguo derecho y nacimiento de uno de igual contenido en el nuevo sujeto. Se trata, concluye este autor, de un derecho de indemnización (*Ersatzanspruch*) que concede el ordenamiento jurídico a quien paga; a lo que además se añade, como refuerzo, la pretensión originaria de la acción de regreso, que también tenía concedida por la Ley en virtud de un vínculo obligatorio principal.

La Ley interviene atribuyendo un crédito que sirve para afianzar aún más el regreso legal existente entre el tercero y el deudor.

B. Grupo de teorías eclécticas.

Como todo lo que significa ecléctico, busca su punto de apoyo en la raíz de varias teorías, para entresacando de unas y otras, dar origen a una nueva.

El planteamiento de las tesis eclécticas, además de no contentar ni a los partidarios de una teoría, ni a los de

otras tesis, tampoco satisface a sus progenitores, dando como resultado una serie de especulaciones rebuscadas que no lograron agradar a ninguno, con el inconveniente de no basarse siquiera en argumentaciones propias.

Toma esta teoría dos aspectos peculiares del pago intentando conciliarlos. Pretenden combinar el efecto que produce la extinción de la obligación con la transmisión en su aspecto activo mediante una desviación de los efectos normales del pago.

Dentro de este apartado general se encuadran las siguientes teorías:

a) Teoría de la operación de "*double face*" (110).

Esta teoría nace en Francia donde se fraguó en su totalidad. Su promotor fue Demolombe seguido por Demante, Surville, Beudant, Colin y Capitant junto con Butera (111). En la doctrina española esta posición encuentra su representante en García Goyena (112).

Esta teoría es una derivación de la de la ficción; mientras que aprecian que en una faceta de la subrogación se da un pago; de otro lado, entienden que se produce una cesión ficticia.

Participan los autores enumerados de la misma opinión de que el pago es una operación compleja, que produce de una parte, un pago en relación del subrogado con el acreedor y de otra, una cesión en el vínculo existente entre el subrogado y el deudor (113).

A pesar del intento de refundición y coordinación, estos

autores no se pueden desprender del carácter del pago como función extintiva, ni siquiera subrogando los efectos extintivos con las garantías que faculta la Ley al que paga el crédito, comprendiendo, además de este último, los derechos y acciones que soportaba la obligación del acreedor para facilitarle el reembolso de la cantidad desembolsada.

Acentuando lo dicho, recalcar que la doctrina no llegó a liberar de la concepción del pago como medio esencialmente extintivo, ni negar la transferencia real del crédito que se opera, por lo que decidió combinar ambos elementos: El pago como modo de extinción y la cesión como medio de traspaso.

La falta de rigor científico de esta teoría es evidente, aunque la doctrina la consideró durante algún tiempo.

b) Teoría de la extinción relativa.

Su iniciador fue Hartmann seguido de Dernburg (114). Esta teoría parte del carácter liberatorio o satisfactorio de la obligación, entendiéndolo que es inconcebible que la misma prestación de dinero sea al mismo tiempo *solutio* para unos y precio de adquisición para otros.

Es necesario por tanto, buscar otra explicación, si entendemos que el pago no produce formalmente la extinción de la obligación, sino únicamente extinción en cuanto la finalidad de la obligación se haya alcanzado (115). No obstante, en los supuestos en que existan más obligaciones todas con el mismo objeto, se tiene la posibilidad de que la prestación únicamente satisfaga una parte de las pretensiones de las partes, con lo que nos encontraríamos con un pago parcialmente cumplido, de tal forma, que la obligación quedara también en una situación de extinción relativa.

Este fenómeno ocurre cuando paga el fiador. El interés del acreedor se ha satisfecho pero esa obligación no puede extinguirse puesto que debe servir a ulteriores intereses, independientes de los concernientes al acreedor originario. Precisamente para satisfacer las expectativas, convertidas después del pago en pretensiones de pleno derecho, es por lo que el ordenamiento jurídico concede a la obligación unos límites más amplios permitiendo que subsista para favorecer al fiador exclusivamente.

El cumplimiento se puede desdoblar en sus factores. Uno de ellos es el que tiene como finalidad liberar al deudor de la obligación contraída y por otra parte, satisfacer al acreedor. Dos vértices, por tanto, se derivan del cumplimiento, ahora bien, dependerá de dónde se ponga el acento para lograr dar mayor relevancia a la satisfacción del acreedor, punto de inflexión en la realización del interés del acreedor o meramente función liberatoria del deudor (116).

Esta teoría cuyo mayor representante fue Hartmann mantuvo que el pago, siempre que lo realice el deudor, extingue la obligación, pero si lo realiza un tercero no desaparece totalmente porque, según entender del autor al que nos referimos, además de satisfacer al acreedor, el pago tiene otros fines que cumplir, como la liberación del deudor y el reembolso del tercero que pagó; en consecuencia, el pago con subrogación extinguirá la obligación respecto del acreedor, mientras que la deja subsistente para el deudor (117).

Ruggiero mantiene también que la relación se extingue para el acreedor como efecto inmediato del cumplimiento, pero queda subsistente respecto al deudor (118). Giorgi

también se suma a esta tendencia, calificando la subrogación de institución *sui generis* (119).

Aunque se entendió que esta teoría tenía un valor superior científicamente considerado que la de la "doble cara" tampoco es convincente su argumentación. Como bien opina Espín (120) el error de esta doctrina reside en que sus partidarios no advirtieron que la subrogación no se produce para satisfacer al acreedor, al igual que sucede con la cesión; cuando se cede un crédito subsiste la misma obligación. El único cambio que se producirá es el de la persona del acreedor; considerando a este último de modo impersonal, puede decirse que no se le ha satisfecho; se ha operado un traspaso de situaciones y circunstancias al cesionario, continuando siendo acreedor de la misma obligación, debiéndosele pagar íntegramente.

A lo dicho hay que añadir que tampoco se produce la liberación del deudor, puesto que para ello es necesario que la obligación se extinga.

Fácilmente se puede llegar a la conclusión de que la subrogación no cumple ninguno de los fines de la obligación; ni hay liberación del deudor porque este no ha eximido su responsabilidad, ni del acreedor considerado como cualquier sujeto.

c) Teoría del pago no extintivo.

Esta teoría la puso de relieve Merlo (121) al entender que el pago con subrogación es una forma peculiar de pago caracterizada por excluir al acreedor satisfecho, dejando subsistente el crédito junto con todas las garantías que se transfieran al nuevo acreedor.

Encuadra la subrogación en el pago en el supuesto genérico de sucesión a título particular, que se produce cuando una persona o una cosa son sustituidas por otras similares. Por dicha razón y teniendo en cuenta esta premisa concluye Merlo entendiendo que la subrogación en el pago es: "Una successione a titolo particolare dei diritti del creditore in chi lo soddisfa, la quale avviene in forza di legge in conseguenza del pagamento fatto da quest'ultimo al primo, senza operare la estinzione della obbligazione, ma conservandola a favore di chi ha pagato" (122).

Se inclina por esta definición por entender que destaca la cosa principal como la más importante, tanto desde el punto de vista práctico como jurídico. Además, el pago es un requisito fundamental del que no se puede prescindir en ninguna ocasión al igual que la satisfacción del acreedor; y aún podría añadirse desde el punto de vista lógico que el pago es la causa de la obligación, no siendo la subrogación más que un efecto del mismo, porque expresamente lo decide la Ley aunque se refiere a la subrogación a favor de tercero porque -y aquí radica toda la esencia de su planteamiento- los artículos que la regulan dentro del capítulo dedicado al pago vienen a demostrar con dicha sistemática que es una clase más de pago (123).

Resumiendo, fundamenta la subrogación poniendo su razón última en que la obligación no se extingue porque la Ley dispone que continúe en vida.

La Ley -prosigue en su argumentación- puede crear y extinguir obligaciones, no encontrando razón que justifique que la obligación sobreviva al pago; por tanto, no es necesario decir que no hay pago: La subrogación es un pago verdadero, pero manifestado de una forma especial que hace que surta

efectos particulares.

Las premisas que establece le sirven para justificar que el valor de la subrogación se limita al valor de la prestación hecha por el tercero; principio que según dicho autor, todos reconocen aunque no se encuentre en la Ley.

Justifica este principio que se le dé valor general; como base del derecho de regreso del que paga hacia o contra aquel por quien ha efectuado el pago y que por tanto, no puede tener lugar fuera de tales límites.

Como bien indica Espín (124) la crítica que se puede oponer a todas estas teorías eclécticas es su propio eclecticismo al pretender conciliar lo inconciliable, como son las ideas de extinción y transmisión de las obligaciones.

No es posible -continúa el autor- que la obligación se extinga en su aspecto activo mientras subsista en el pasivo; la obligación o se extingue íntegramente o subsiste en toda su amplitud; puede ocurrir que subsistiendo en su totalidad, alguno de los elementos subjetivos experimente un cambio, en este caso, del sujeto activo, lo que da apariencia de obligación extinguida respecto al acreedor.

d) Teorías de la transmisión del crédito.

La mayor parte de los seguidores de esta teoría identifican transmisión con cesión, mientras que otros entienden que son dos formas diferentes aunque con la finalidad común de transmitir los créditos.

a. Teoría que diferencia la subrogación de la cesión.

El problema que presenta esta teoría incide en la mo-

dad de transferir los créditos dejando establecido previamente que el pago con subrogación no es una forma especial de pago, sino un modo de transmitir los créditos.

Utilizando el lenguaje jurídico cuando se habla de que se ha traspasado un crédito sin más preámbulos, hace pensar que se ha producido una cesión de créditos. Por ello, uno de los mayores problemas de la naturaleza jurídica de la subrogación es deslindar ambas instituciones. No resulta fácil puesto que incluso en nuestro Código civil, se permite la transmisión de todos los derechos adquiridos por una obligación (125). Si entendemos que el término derecho abarca la concepción de crédito, nos encontramos con que la cesión o venta de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios (126) que nos remite a la cesión de bienes.

Si la subrogación transfiere el crédito con los derechos a él anexos y en el propio Código civil se regula también la venta (127) o cesión de un crédito con todos los derechos accesorios, estamos ante dos artículos de cuyo tenor literal se pueden extraer las mismas consecuencias; a estas figuras hay que añadir, además, el carácter permisivo que adopta el Código civil no oponiéndose a la transmisión de obligaciones; si bien, esta atribución, permitida o realizada por el Código, podría vincularse mejor con la subrogación convencional que legal.

Numerosos autores de renombrado prestigio han participado de esta tesis, viendo en la subrogación una transmisión del crédito.

Chironi diferencia ambas figuras por la causa origen de la institución y por la pluralidad de relaciones entre el actual y el originario acreedor; lo que supone que el acree-

dor al disponer de su crédito ha sustituido a otro en el goce y disfrute de este.

La subrogación por el contrario, significa sustituir la persona del acreedor por la satisfacción de un interés que otro ha realizado con la finalidad de liberar al deudor para sucederle en el goce del derecho, único propósito de la subrogación que lo diferencia de la cesión (128).

En nuestra doctrina participan de esta tesis De Diego y Castán. El primero de los citados considera la subrogación como un supuesto de sucesión en el crédito o sustitución de un acreedor por otro, siguiendo hasta este extremo la configuración que los autores clásicos habían dado de la subrogación como idea traslativa, cambio de posición de una persona o cosa. Centra su estudio en diferenciar ambas instituciones, si bien manifiesta que entre estas existen muchas similitudes. Expresamente manifiesta que son dos instituciones diferentes (129).

Castán, por su parte, incide en la transmutación del acreedor, pronunciándose por mantener viva la obligación originaria (130).

Las diferencias con la cesión las cifra en el carácter especulativo de esta última, que si bien es cierto muchos autores clásicos hicieron residir en esta idea la diferencia fundamental con la cesión, hoy en día dicha afirmación abre un interrogante en la práctica forense, que no concebía en líneas generales, un pago de tercero sin interés directo o indirecto en el cumplimiento de la obligación (131).

A esta opinión también se apuntó De Buen (132) al afirmar que "la subrogación supone la transmisión del crédito en ca-

beza de un tercero, conservándose el crédito, incluso con sus accesorios, aunque el acreedor varíe. Así resulta en nuestro Código del artículo 1.212 según el cual... "añadiendo que aunque las diferencias con la cesión son minúsculas se puede aceptar la distinción, siempre que se considere a la subrogación como una cesión con ciertas peculiaridades, fundadas -al igual que Castán- en que la subrogación no tiene carácter especulativo, al contrario de lo que sucede con la cesión.

Espín también colabora acentuando las diferencias entre la cesión, que a grandes rasgos podemos distinguir en los siguientes puntos (133): En primer lugar, la cesión se basa en la especulación y la subrogación en un oficio amistoso (134), aunque permite que la finalidad económica de ambas instituciones pueda en algunos casos no estar conforme con la realidad; así pues, señala cómo es posible que el subrogante tenga por móvil el interés del acreedor como medio de colocación de capital, cuando el crédito sea susceptible de producir determinadas ventajas.

Un segundo punto de divergencia, también en contradicción con un amplio sector de la doctrina (135), se refleja en que el subrogado no puede reclamar más de lo realmente pagado, mientras que en la cesión se puede exigir el importe íntegro del crédito.

Este criterio diferenciador, en opinión de Espín, no conduce a resultados esclarecedores (136) sino que a lo sumo sirve de límite a una determinada forma de cesión. Apoyando su tesis se remonta hasta la *Lex Anastasiana*, cuya finalidad era evitar que la compra de créditos a bajo precio se convirtiera en profesión. Para no desfavorecer a los acreedores se les facultó a liberarse de la obligación contraída pagando al adquirente lo que hubiere desembolsado. En su tesis utiliza también la

comparación y remisión al Código de Brasil (137), pero concluye decidiéndose por un criterio con rotundidad. Los supuestos aludidos en que existan cesiones y no se puedan reclamar más de lo realmente pagado, y de subrogaciones en que se puede exigir el importe íntegro del crédito, le inducen a la conclusión de que es imposible trazar una línea divisoria entre cesión y subrogación puesto que los principios de cada uno no se aplican de modo exclusivo a cada institución, sino que el legislador, según las condiciones y momento histórico, opta para que determinados comportamientos se consideren situaciones merecedoras de subrogación o de cesión.

El tercer criterio diferenciador queda establecido por el carácter voluntario de la cesión, mientras que la subrogación sólo podrá ser realizada en los supuestos de subrogación con vencional, no existiendo nunca la posibilidad de subrogación legal. Esta teoría fulmina la posibilidad de cesión forzosa. Lo que constituye no un serio obstáculo a las legislaciones de origen latino, al contrario de lo que sucede para los países de ordenamientos de inspiración germánica, donde existen numerosos supuestos de cesiones legales.

La cuarta diferencia radica en que la efectividad de la cesión se requiere previa notificación al deudor, supuesto que no ocurre con la subrogación.

Este criterio es susceptible de numerosas oposiciones; olvidándonos del Derecho alemán de la República Federal principalmente, en el que la notificación al deudor sólo tiene el valor de medio de protección para el tercero que desconoce la cesión realizada (138); en el Derecho español, sabido es que si el deudor realiza el pago sin tener conocimiento de la cesión quedará liberado (139).

También el Tribunal Supremo ha ratificado este criterio destacando que la notificación no es necesaria para la perfección de la cesión en nuestro derecho (140).

Hay que tener presente además, la opinión de la doctrina que manifiesta la conveniencia de que el subrogado notifique al deudor la subrogación, encontrando que sobre este punto, la doctrina es contradictoria cuando le otorga los mismos efectos que a la cesión, una vez se produzca la subrogación.

Quinto motivo es que el cedente responde de la existencia del crédito, mientras que el subrogante no.

La doctrina italiana y la francesa han señalado especialmente esta diferencia, de la que se deduciría que si el subrogado ha pasado una deuda inexistente, no tendrá contra el subrogante la acción de garantía como corresponde al cesionario, sino únicamente la repetición de lo indebido.

Por el momento sólo nos interesa señalar esta idea, puesto que ambos Códigos francés e italiano tienen una normativa específica para cada una de estas dos instituciones. Sistema que se aparta de la estructuración del B.G.B. y del Código de las obligaciones suizo, con respecto siempre de la subrogación convencional que se entiende como un supuesto más de cesión.

Otras diferencias que se apuntan pueden resumirse en los siguientes términos: La cesión no extingue la obligación, mientras que la subrogación lo consigue respecto al acreedor. A esta peculiaridad cabe añadir que la cesión requiere facultad de disposición y la subrogación, por considerarse como un pago, sólo precisa capacidad para aceptarlo.

También se diferencian en que el legislador trata de la subrogación en el pago y de la cesión en la venta. Esta última

interrumpe la prescripción mientras que la cesión no; y por último, que en el supuesto de pago parcial, el acreedor no transfiere al subrogado las garantías accesorias de su crédito más que en la medida que estas garantías sean necesarias para cobrar el resto del crédito; en cambio, en la cesión parcial de un crédito, el cedente transfiere las garantías al cesionario en proporción a la parte del crédito que le ha cedido (141).

E. Teoría de la cesión.

Es recogida fundamentalmente por los Códigos influenciados por la doctrina germánica, tomándola de la tesis romana de la cesión.

Reside esta teoría en la regulación del B.G.B. sobre esta materia y en el Código suizo de las obligaciones que otorgan a la subrogación legal el carácter de transmisión legal del crédito, a la que aplican por vía de analogía las reglas de la cesión convencional (142).

La doctrina suiza mantiene la misma posición que el sistema legislativo del B.G.B. (143). Von Thur inspirándose en esta regulación define claramente la subrogación como un caso de auténtica cesión legal.

También en Francia esta teoría encontró apoyo en Thezard (144) al igual que Toullier (145) distinguiéndose la concepción de ambos autores en que el primero no mantiene esta teoría para el supuesto de subrogación hecha por el deudor, mientras que el segundo la mantiene para la realizada por el acreedor (146).

Uno de los casos en que el cumplimiento de la obligación realizada por un tercero surte efectos de no extinguir el crédito

dito, es el caso de la subrogación en que este pasa a disposición del tercero que paga (147).

La subrogación confiere al tercero pagador un derecho de reembolso contra el deudor; aparte de la acción de reembolso derivada de la cesión de negocios o del enriquecimiento, produce la subrogación una concurrencia de acciones favorable para el subrogado.

Von Thur (148) ve la importancia práctica de esta figura y su ventaja respecto del reembolso derivado de los supuestos antes mencionados en que al tercero que paga le basta invocar para fundamentar el reembolso el hecho del pago, y además se le transfieren los derechos accesorios que le acompañan, y que no le competirían si no tuviera más título de reembolso que el derivado del mandato, cesión de negocios o enriquecimiento.

La subrogación se puede verificar de dos formas: Por la voluntad unilateral que se realiza cuando el deudor voluntariamente notifique al acreedor que el que salde su deuda, automáticamente pasará a ocupar el lugar de este, o el segundo caso, producido por imperativo legal, en cuyo supuesto no influye la aquiescencia de las partes interesadas (149).

F. Teoría de la expropiación del crédito.

Esta teoría fue expuesta por Magini (150) que parte del análisis de la naturaleza del pago, llegando a la siguiente conclusión: La subrogación dependerá de la voluntad con que se realice el pago por el tercero interviniente en la relación.

Si se *hicere animo solvendi* nos encontraremos con la verdadera figura del pago que extingue la obligación. Este no es

el único supuesto; cabe también entregar al acreedor lo que le es debido sin intención de extinguir la obligación, aunque con el ánimo de adquirirlo para sí; en dicho supuesto no puede establecer que realmente se ha producido un pago.

La tesis de Magini concluye permitiendo dos formas de pago: El verdadero que es el que extingue la obligación y otra modalidad que aunque se le califique de tal en realidad no lo es; únicamente transmite la obligación en su aspecto activo, como sucede en la subrogación.

Nos encontramos pues, ante un supuesto de utilidad del crédito por necesidades privadas, estima Magini, porque el que paga tiene un interés jurídico en tener el crédito para garantizar la suma desembolsada, reforzando simultáneamente el derecho de regreso contra el deudor principal; si faltase esta causa faltaría el interés jurídico y no podría haber subrogación.

La tesis de Magini requiere algunas matizaciones. Evidentemente habla de expropiación del crédito al acreedor, pero si bien esta apreciación pone de relieve aspectos que otros autores no destacaron, no concluye con dicha idea su pensamiento.

Al igual que numerosos estudios, al profundizar en el estudio de la subrogación, el planteamiento inicial es la consideración jurídica que se tenga de la institución que le dota de identidad propia.

El planteamiento parte de la premisa inicial que el Derecho Romano consideró principio, que no únicamente el deudor puede hacer frente a la obligación sino también un tercero estará legitimado para afrontar el pago sin que el acreedor pueda oponerse a ello sin razones suficientes.

Ya sabemos que también desde un principio se reconoce que las motivaciones que pueden inducir al tercero a participar en la obligación pueden ser de distinta índole. Así pues, desde el Derecho Romano se manejan los términos de interés, pago en nombre propio o ajeno... adaptándolos a situaciones en particular y a las circunstancias que el ordenamiento jurídico atribuirá el carácter de subjetivos u objetivos.

Consecuencia de lo dicho: No es necesario que el tercero, además de ofrecer el exacto cumplimiento -siempre que no se trate de una obligación de carácter personalísimo a la que no pueda oponerse el acreedor-, precise que el pago se haga por cuenta del deudor puesto que si una persona paga en nombre propio no libera a nadie más que a él mismo.

Requisito primordial es que el tercero que paga lo haga por cuenta del deudor pero con dinero propio y en su propio nombre, a fin de evitar supuestos de confusión con el mandato... Por último, el pago no debe adquirirse con la intención de obtener el crédito, en cuyo caso la suma desembolsada representa el precio, puesto que de ser así, nos encontraríamos ante un claro supuesto de cesión, pero no de pago.

Decíamos anteriormente al anunciar la tesis de Magini, que dicho autor parte del análisis del pago para posteriormente analizar la naturaleza jurídica de la subrogación. Ello no está falto de razón, máxime cuando esta institución no puede encasillarse de obligación estrictamente bilateral. Más acertado es admitir que según la construcción de cada relación obligatoria en concreto, podrán participar dos o más sujetos, aunque en principio siempre debe existir un acreedor que es el que subroga, un deudor que incumple al vencimiento de la obligación y un tercero interviniente para pagar que se subroga en la posición del acreedor.

Antes de poner de relieve los aspectos más considerables de esta teoría, es conveniente, como con acierto plantea Magini, examinar la naturaleza jurídica de la actuación del extraño que interviene (151).

No es raro encontrar autores que atribuyeron a este tipo de pago el carácter de pago por representación; autores de renombre y prestigio reconocido en el campo jurídico como Ihering, Von Thur, Wieland (152) piensan que existe una representación en el pago. Para Ihering el tercero que paga asume un *negotium alienum*, que no puede constreñir al acreedor y que se produce únicamente con la intención de liberar al deudor. Sin embargo, estas argumentaciones pueden rebatirse con facilidad a partir de las formulaciones clásicas, porque aunque el pago se efectúe contra la expresa voluntad del deudor produce efectos liberatorios, mientras que el concepto de representación choca frontalmente con la concepción de actuar en nombre y por cuenta de otro; al igual que ambas figuras, difieren en sus efectos (153).

Otros autores (154) conciben el pago como un contrato a favor de tercero, sin percatarse que dicha alegación precisa el consentimiento del acreedor, que está obligado a aceptar el pago de quien se lo ofrezca. Es más exacto según Magini (155) estimar que el pago del tercero es un acto jurídico que produce efectos en la esfera de otra persona.

También es importante diferenciar los comportamientos o actitudes de los intervinientes así como su proximidad a la obligación. En este sentido ya Renusson se refería con criterio diferenciador al pago realizado por un extraño; distinción que en la actualidad conserva toda su integridad, porque no hay que olvidar que el pago realizado por un sujeto ajeno a la relación produce como consecuencia inmediata el efecto

liberatorio y consiguientemente la extinción de la obligación.

Con estas premisas, el Código italiano en su artículo 1.238 quedó redactado con la convicción de que el tercero ajeno a la obligación que paga únicamente libera al deudor y extingue la obligación, si bien no se puede prohibir que las partes hagan estipulaciones que tengan por objeto la cesión de derechos, con lo cual implícitamente se permitió la subrogación convencional, atribuyéndole el carácter de mera cesión.

Todo lo expuesto no es impedimento para que los efectos de la relación jurídica no hayan concluído. La obligación ha sido satisfecha pero el deudor no puede permanecer inerte ante el pago producido. De nuevo se encontrará obligado ante otra persona facultada de un derecho de regreso contra el deudor originario, cuya justificación se centra en el pago ocasionado; en la causa por la que se realizó y en el *animus liberandi, donandi* del tercero.

5. Queda por último, analizar la situación jurídica del que paga en su condición de tercero no extraño a la obligación, investido de cierto interés jurídico.

Este tercero interviene en el pago para proteger sus propios intereses, derivados, en el caso de la fianza, en el vínculo obligatorio consistente en garantizar la obligación.

Derivada de la acción de reembolso surge un derecho de regreso a favor de este tercero para resarcirse de la cantidad desembolsada.

En opinión de la mayoría de la doctrina italiana, la Ley pone a disposición del que paga el mismo crédito que se ha

satisfecho, que se conserva a su favor por imperativo legal, porque no hay argumentos que justifiquen la extinción en unos supuestos y su permanencia en otros.

5.1. Los elementos que configuran esta institución son los siguientes (156):

1. El pago no es un medio de extinción de la obligación, sino sólo de transmisión al nuevo acreedor.
2. El crédito se transmite en el estado en que se encontraba cuando lo poseía el acreedor primitivo, lo que implica identidad de privilegios y garantías.
3. El tercer pagador se sirve de dicho crédito únicamente como medio valedero de exigir el derecho de reembolso; es pues, un medio que le concede la Ley para que el regreso pueda tener efectividad.

Destaca la importancia de esta última afirmación, al significar que no es una acción que se agrega a la preexistente de reembolso, sino que la subrogación cumple la función de ser la forma técnica de realización del derecho de regreso.

Al tratar la naturaleza jurídica, Magini (157) comienza planteándose el concepto técnico de pago, al que da el valor de cumplimiento exacto de la obligación; término que abarca tanto la satisfacción del acreedor como el cumplimiento del tercero, reunidas todas las modalidades en una denominación única común: pago como efecto extintivo de la obligación.

Primer requisito para que se produzca un pago válido y eficaz con efecto extintivo es que se produzca *animus solvendi*.

Siguiendo fiel el planteamiento técnico del pago, Magini especifica, al igual que justificaron tantos autores para dar cabida a la subrogación, la necesidad de esta voluntad pues recordemos la referencia que hacíamos de la concepción de Renusson, entendiéndolo que cuando se realiza el pago *animus recipiendi* la utilización de dicho término está empleada en sentido genérico y lo que es más significativo, impropio. Añade aún más este autor, la concepción es tan genérica que no podrían aplicarse los principios de la *solutio*, y sobre todo, el efecto extintivo de dicho acto jurídico; todavía precisa: "Non ogni disinteressamento del creditore è pagamento". Si se paga al acreedor como precio por la cesión pudiera decirse que el acreedor ha liquidado su deuda. El efecto económico es el mismo: El acreedor ha recuperado su crédito, pero el efecto jurídico diverso porque otro acreedor se ha colocado, ha sucedido al creador en la posición que este ostentara (158).

Esta misma situación se produce con la subrogación, mientras que en la cesión el efecto traslativo opera por voluntad de las partes, en aquella por imperativo de la Ley.

La teoría de Magini se destaca por hacer principal hincapié en el efecto traslativo del pago; pone especial énfasis en destacar que no es tan importante saber que el acreedor ha sido pagado, como entender que es un sujeto, que ha pasado a estar fuera de la relación originaria. Este hecho lo describe con una fórmula poco afortunada. La explicación, dice, es que al acreedor se le ha expropiado el crédito, dándole como indemnización el valor del mismo (159). Es cierto que el acreedor no vende, pero sufre, en cierta manera, las consecuencias de una venta forzosa; se le expropia a favor de un tercero que tiene un interés jurídico en dicha adquisición.

Justifica su tesis aludiendo y comparando supuestos en los que en antítesis a la transmisión voluntaria de un derecho, se dan formas de privación coactiva que el titular debe soportar, reconducidas a las distintas formas de expropiación (160).

Concluye afirmando que la subrogación consiste en la substitución de un tercero que paga, en la posición del acreedor. Como el tercero tiene un interés jurídico especialmente tutelado por la Ley, esta le atribuye el derecho a adquirir, si intención de ello tuviere, aunque sea obligando al acreedor a que se le transfiera un crédito, con la única condición de que este satisfaga el valor de dicho crédito. En consecuencia, la subrogación es un acto unilateral de adquisición forzosa del crédito (161).

De esta concepción se derivan las consecuencias siguientes:

1. La subrogación es un acto unilateral de adquisición del crédito, que se produce por disposición legal.
2. La subrogación puede producirse incluso contra o sin la expresa voluntad del acreedor, puesto que este último sólo sufre las consecuencias del traspaso; sólo soporta, no transmite.
3. La atribución al tercero del crédito tiene como finalidad asegurar un derecho de regreso en contraprestación a la cantidad arriesgada.

Concluye el autor aludido (162) que la subrogación produce un traspaso de los derechos del acreedor satisfecho a la persona del pagador, siendo además característico de esta figura jurídica que dicha sucesión se produzca por imperativo legal una vez satisfecho el acreedor.

Califica jurídicamente la subrogación como un caso de sucesión en el derecho; sucesión que se verificará no de modo originario, sino derivativo como meramente traslativo, puesto que comporta únicamente un cambio de sujeto.

Después de entender que se trata, sin duda alguna, de una sucesión en el derecho, examina la clase a la que pertenece, entendiéndolo que es una sucesión a título particular en un crédito, derechos o acciones; ámbito de aplicación similar al de la cesión.

La sucesión a título singular puede derivar de un negocio jurídico, de una sentencia o de la Ley.

La subrogación legal es un caso de sucesión legal en las relaciones crediticias y de acciones. Destacar que es una cesión legal aunque muchos aspectos son coincidentes, tanto en su esfera de aplicación como en sus efectos. En la subrogación se produce la sucesión sin importar la voluntad del acreedor, la transmisión reiteramos que es automática.

Resume Magini la naturaleza jurídica de la subrogación definiéndola como: "Una successione a titolo particolare ex lege nei rapporti obbligatori, raggioni ed azioni" (163).

La idea de la expropiación ya la expuso Thézard, con un sentido restringido.

Como diferencia, sólo queda por subrayar que la subrogación difiere notablemente de la expropiación, en que, mientras esta se refiere al dominio, aquella queda relacionada con el derecho de crédito (164).

Estas teorías inducen a Espín a proponer una reforma de la subrogación en el pago consistente en los puntos que citamos

a continuación (165):

- 1º. Que se le dé a la cesión un título independiente y un articulado al margen de la compraventa.
- 2º. Que se incluyan en el título de la cesión los supuestos de la subrogación legal de los artículos 1.210 y 1.211, así como las reglas propias de la subrogación. Dentro de estas normas cita como ejemplo el artículo 1.839-2º entendiéndose que el efecto traslativo sólo se limita al montante de la suma desembolsada; y la norma del artículo 1.213 que otorga preferencia al acreedor primitivo para el cobro del resto, en caso de subrogación parcial.

La proposición de dichas normas sería de aplicación a los supuestos de subrogación legal.

Por último, queda rectificar la calificación que da el Código de novación extintiva por cambio de acreedor a la subrogación, regulando dicha forma novatoria en el lugar en que actualmente se trata de la subrogación. Critica el error cometido por el legislador de denominar novación a la subrogación, preguntando la razón de la ausencia de regulación específica para la verdadera novación extintiva.

NOTAS AL CAPÍTULO II

- 1) MERLO, G.M., "La surrogazione per pagamento", Padua, 1933, p. 16, n. 1.
- 2) MESTRE, G., "La subrogation personnelle". París, 1979, p. 21.
- 3) Al respecto vide MAGINI, Ugo "La surrogazione per pagamento nel Diritto Privato italiano", Turín, 1924, p. 11; para el estudio de la actio utilis vide pp. 12 a 19 del mismo autor.
- 4) Vide, además de los autores citados en el capítulo precedente, R. MONIER, "Manuel élémentaire de droit romain", t. II. Les obligations, París, 1936, pp. 374 a 387 y J. MACQUERON, "Histoire des obligations, le droit romain", Aix-en-Provence, 1971, pp. 463 a 482.
- 5) "Si passus sim aliquem pro une fidejubere vel alias intervenire mandati teneor, quapropter fidejussores et si sine indicio solverint habent actionem mandati" (L. L. 6, p. 2; 10, p. 11, f.f. mandati vel contra); CORSI, "La fidejussione considerata nei rapporti del Codice civile", Catania, 1891, p. 112.
- 6) "Fidejussori negotiorum gestorum est actio si pro absente fidejusserit" (L. 20 ss 1. ff. mandati).
- 7) "Fidejussoribus succurri solet ut stipulatur compellatur ei qui solidum solver paratus est vendere ceterorum nomina" (L. 17, f.f. de fidejussionibus).
- 8) "Si reus solverit etiam eos qui pro eo intervenerunt liberari: idem ex contrario contingere si fidejussor solverint non enim ipsum solum liberari utrum ipse aus alius pro eo, liberari enim et alio solvente". CORSI, op.cit., p. 113.
- 9) "Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt in ius eorum succesisti"; CORSI, op.cit., p. 117.
- 10) MAGINI, op.cit., pp. 33-34. Para una información detallada del estado de la doctrina vide ALPHONSI DE OLEA, trat. de cessio ne iurium ac actionum (Venet, 1664).
- 11) Al respecto vide MERLO, op.cit., p. 22.
- 12) MERLO, op.cit., p. 23 n. 5. La explicación dada por Cujacio se contrapone a la tesis de Ferrini y Levy entre otros muchos autores.

- 13) "Cescio legis est quando legis virtus et auctoritas aliqua aequitatis vel necessitatis ratione dictante efficit, ut actio eiusque exercitium mihi competens, obique aliquo suo facto in alium transferatur" (tít. IV. Quaestio 1). DE OLEA, "Tract. de cessione...", cit.
- 14) "Fidejussor habeat, sine aliqua cessione actionum per creditore fienda, easdem actiones, privilegia et favores contra principalem debitorem, quae habebat creditor", aunque Pertile encuentra vestigios de la subrogación legal en una disposición más antigua del Estatuto de Módena de 1.327, III, 33 "Si quis pro alio solverit, compellatur debitor ei solve- re capitale et omne damnum est interesse credendo sacramen- to, illius qui solverit cum sacramento iudicis". MERLO, ibidem n. 1.
- 15) Este último disponía "Fidejussor vel propinquus, qui coac- tus fuerit solvere pro quo solvit ipso iure cessa omnia reipublicae privilegia". MERLO, ibidem.
- 16) VIOLETT, P., "Histoire du droit français", 1966, p. 635.
- 17) Sobre estas garantías y fianza en general en los diversos países de Derecho de costumbres franceses vide: ESMEIN, A., "Étu- des sur les contrats dans les très ancien Droit français", París, 1883, p. 149. Del mismo autor, "Cours élémentaire d'histoire du droit français", p. 733 y ss.; TIMBAL, P., "Les sûretés personnelles dans la France Centrale", en Recueils de la Société Jean Bodin, t. XXIX, Les Sûretés personnelles. Moyen-Âge et Temps Modernes, pp. 35 a 83, Bruxelles, 1971, en especial pp. 52-53; J. COUDERT, "Les sûretés personnelles en Lorraine du XIIIe. siècle à la fin du Moyen-Âge", ibidem, p. 198.
- 18) MESTRE, op.cit., p. 26.
- 19) MAGINI, op.cit., p. 77.
- 20) C. TIMBAL, "Les sûretés personnelles dans la France Centra- le", cit., pp. 47, 52 y 53.
- 21) TIMBAL, ult. op.cit., p. 55 en especial.
- 22) ANDRÉ VONDENBOSSCHE, "Le cautionnement en gaule dans les Droits Franc et Burgonde" en "Les sûretés personnelles", 2ème partie. Moyen-Âge et Temps Modernes en Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, t. XXIX, cit., p. 29.

- 23) Al respecto A. ESMEIN, op.cit., p. 89 n. 2. Sobre la evolución de los derechos consuetudinarios vide WERNER OGRIS, "Die persönlichen sicherheiten in den Westeuropäischen Rechten des Mittelalters", pp. 7 a 26; JEAN GAY, "Les sûretés personnelles dans le Comté de Bourgogne pendant le Moyen-Âge (1.100-1.450)", pp. 83 a 124; JEAN COUDERT, "Les sûretés personnelles dans les Pays-Bas méridionaux du XIe. au XVIIIe. siècle", pp. 263 a 360; SIMON KALIFA, "Notes en vue d'une étude des sûretés personnelles dans la Frise Médiévale"; ALBERT KIRAFFLY, "Histoire of the law of personale guarantee (suretyship) in England since 1500", pp. 399 a 425 en Les Sûretés personnelles, 2ème. partie. Moyen-Âge et Temps Modernes, op.cit.
- 24) Sobre la confusión entre ambas instituciones J. BRISSAUD, "Manuel d'histoire du droit privé", París, 1907, pp. 486-487.
- 25) PAUL OURLIAC et JEAN DE MALAFOSSE, "Derecho Romano y Francés histórico", trad. al español con anotaciones por Manuel Fairén, T. I, "Derecho de Obligaciones", Barcelona, 1960, p. 532.
- 26) Por ello agregaba: "Non transeunt actiones ipso iure nisi in cosibus iure expressis", CORSI, op.cit., p. 117.
- 27) Ulpiano, con referencia al texto aludido, se expresa de la siguiente manera: "Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex comuni gestu, nec ei mandatae sunt actiones constitutum est a Divo Pio et ab Imperatore nostro et Dive Patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam".
- 28) CORSI, op.cit., p. 118.
- 29) MESTRE, op.cit., p. 27.
- 30) Esta doctrina que ya expuso Bartolo en su tiempo, la parafrasearon Cuiaccio y otros autores en el sentido siguiente: "Solutio tollitur omnis obligatio" por ello, la cesión únicamente se consideraba válida si se hubiera realizado anteriormente. Vide CORSI, op.cit., p. 37, n. 2, en especial la opinión de Molineo.
- 31) "Occurrit durities imno iniquitas, quod is qui bona fide fatum solvat, per leges ad id coactus, non habeat a legibus ullum remedium ad suum, videlicet pro porte collegae vel collegarum, consequendum".
- 32) "Non transeunt actiones ipso iure, nisi in iuribus iure expressis".

- 33) Criticando abiertamente la exposición de DUMOULIN vide MERLO, op.cit., pp. 30-31 y n. 1 de la p. 29.
- 34) DOMAT, "Les lois civiles, dans leur ordre naturel", París, 1777, T. Im 183.
- 35) DOMAT, op.cit., p. 184.
- 36) Para Renusson la subrogación es: "La subrogation des personnes, quand l'on succède et entre au lieu et place de l'autre pour exercer ses droits et actions, c'est-à-dire ces droits ou personnels, ou hypothécaires ou privilégiés".
Es una ficción porque: "La subrogation n'est autre chose que la mutation ou le changement d'un créancier, c'est-à-dire, que les droits du créancier, qui est payé, passent à l'autre qui a fourni les deniers pour le paiement. C'est une fiction, pour laquelle celui est réputé entré en son lieu et place".
- 37) "La dette du créancier n'est pas toujours éteinte par le paiement, qui lui est fait, de son dû: ses droits et actions peuvent être conservées et passer à une autre personne qui lui succède". RENUSSON, PHILIPPE de, "Trattato della surroga", op. cit.
- 38) Vide MAGINI, op.cit., p. 43, n. 1, 2, 3 y 4.
- 39) MAGINI, ibidem.
- 40) Indudablemente en las obligaciones de hacer, como señala el actual artículo 1.161 de nuestro vigente Código civil.
- 41) MAGINI, op.cit., pp. 44 y 45.
- 42) "Oeuvres de Pothier", M. BUGNET, "Coutûme d'Orléans", t. I, París, 1845, p. 661 y L. 43, II de negot. Gest. "Cum pecuniam ejus nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi a creditore liberatus est: nisi si quid debitoris interfuit, com pecuniam non solvi".
- 43) Entre los casos que cita Pothier, para las deudas entre cónyuges vide "Oeuvres de Pothier", "Coutûme d'Orléans", cit., pp. 71 y 72.
- 44) POTHIER, "Coutûme...", cit., p. 663.
- 45) POTHIER, ult. op.cit., pp. 663 y 664 y n. 77.
- 46) RENUSSON, op.cit., cap. 8 nº 5 y 10 que cita las sentencias de 22 de febrero de 1650 y 5 de septiembre de 1674.

- 47) POTHIER, "Coutûme...", cit., pp. 668 y 669.
- 48) RENUSSON, op.cit., cap. II n. 2.
- 49) MESTRE, op.cit., p. 32.
- 50) A. FENET, "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil", T. XIII, Osnabrück, 1968, pp. 193 y ss.
- 51) FENET, op.cit., p. 270.
- 52) FENET, ult. op.cit., pp. 268 a 271.
- 53) FENET, op.cit., pp. 348 a 350.
- 54) FENET, op.cit., pp. 431-432.
- 55) JOSÉ MARÍA MANRESA, "Comentarios al Código civil español", t. VIII, arts. 1.088 a 1.314, 3ª ed., Madrid, 1907, p. 260.
- 56) L. 3º, tít. 14, Partida 5ª.
- 57) MANRESA, op.cit., p. 262.
- 58) MANRESA, op.cit., pp. 263-264.
- 59) GARCÍA GOYENA, "Motivos, concordancias, comentarios del C.c. español", Zaragoza, 1974, reimp., p. 596.
- 60) GARCÍA GOYENA, ibidem.
- 61) GARCÍA GOYENA, op.cit., p. 597.
- 62) GARCÍA GOYENA comentario al artículo 1.117-6º, p. 596.
- 63) D. L. 5, tít. 15 lib. 50 "Cum possesor unus expedienti negotii causa tributorum jure praedia tenentur ei, qui conventus est, actiones a fisco praestantur: scilicet ut omnes promodo praediorum pecuniam tributi conferant".
- 64) J. F. LASSO GAITE, "Crónica de la Codificación española" (Génesis e historia del Código), V. II. Madrid, 1970, p. 278.
- 65) Artículo 1.174 del Anteproyecto de 1882 correspondiente al artículo 1.087 del Proyecto del mismo año, extractado de Manuel Peña Bernaldo de Quirós "El anteproyecto del Código civil español" (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado, Sección IV, vol. I, Madrid, 1965.

- 66) Este mismo artículo del Proyecto de 1887 es el correlativo del artículo 1.099. Se requería que el pago se hiciera por persona interesada en el cumplimiento de la obligación. Se permite que lo realice una persona no interesada siempre que medie expresa o tácitamente el consentimiento del deudor. Si realizare el pago un tercero, ignorándolo el deudor, sólo tendrá derecho para repetir contra el deudor lo que hubiere pagado; si lo hizo contra su expresa voluntad no tendrá acción alguna para recobrar lo que desembolsó.
- 67) Artículo 1.185 del Anteproyecto del Código civil español: 1882-1888. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, op.cit., p. 371, artículo 1.185 correspondiente al 1.092 del Proyecto.
- 68) "La subrogación de un tercero con los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código.
En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto".
- 69) En virtud de los artículos 1.209 y 1.210 del Código civil.
- 70) JOSE MARÍA MANRESA, op.cit., p. 455.
- 71) MANRESA, op.cit., p. 436.
- 72) MANRESA, op.cit., p. 437.
- 73) MANRESA, op.cit., p. 440.
- 74) MANRESA, op.cit., p.
- 75) MANRESA, ibidem.
- 76) MANRESA, op.cit., pp. 438-439.
- 77) MAGINI, op.cit., p. 48.
- 78) Antes del proceso codificador francés ya existían precedentes en distintas regiones italianas que admitían con carácter general la subrogación del tercero que paga al deudor de otro, siempre que se realice con el consentimiento del deudor. Por ejemplo, la Constitución del Piamonte de 1770 (lib. 5, tít. 16, art. 17) disponía que: "Chinque coi suoi propri denari pagherà dubentrato nel luogo e nella ragioni dello sterso creditore, ancorechè ciò non fasse detto o stipulato, o che no fasse seguita cessione alcuna, ed ancorché chi paga non si trovare in possesso della cosa; e detto subingresso avrà il suo effetto tanto contro i fideiussori del debitori ed altri coobligati, quanto a favore dei medesimi, quatore da essi fasse fatto il pagamento, come opererebbe una expressa cessione di ragioni, purchè ciò giammai non rifletta in odio del creditore medesimo, per l'enteriorità della parte del credito che ancora rimanesse; dovrà bensí chi cosí paga far esprimere nella quietanza che lo sborso si fa del di lui denaro, altrimenti s'intenderà che agli sequea unicamente la fede del debitore".

- 79) MERLIN, "Repertorio universale e ragionato di Giurisprudenza e questioni di Diritto", t. XIII, 1832, p. 1.222.
- 80) MERLIN, *ibidem*.
- 81) MERLIN, *op.cit.*, pp. 1.224 y 1.225.
- 82) COVIELLO, N., "Concetto della successione singolare ne debiti", *Archivo Giuridico*. Pisa, 1896, pp. 288 y 289.
- 83) Vide al respecto COVIELLO, N., *op.cit.*, p. 289 n. 1 y relación de autores que se pronunciaron en dicho sentido. GROSSO G. e BURDESE, A., "Trattato di Diritto civile italiano", "Le successioni". Parte generale, V, XII, t. 1, Turín, 1977, pp. 1 a 9.
- 84) COVIELLO, *op.cit.*, p. 290, n. 1 y 2.
- 85) WINDSCHEID, "Pandekten", V. I, parágrafo 64, 2, a, "Diritto delle Pandetta", 1ª parte. Milán, Roma, Nápoles, 1902, pp. 253-254.
- 86) COVIELLO, *op.cit.*, p. 298.
- 87) Aspecto poco esclarecido por la doctrina española. Vid. al respecto "La novación de las obligaciones", Barcelona, 1964, p. 161, Francisco de Asís Sancho Rebullida que califica la subrogación, no como una novación subjetiva activa, sino como una transmisión activa de la obligación.
- 88) V. MARCADÉ, "Explication du Code civil", 7ª ed., T. IV, París, 1873, p. 568.
- 89) MARCADÉ, *op.cit.*, p. 569.
- 90) LAROMBIERE, "Théorie et pratique des Obligations ou Commentaire des titres III, IV, livre III du Code Napoléon. Arts. 1.101 a 1.386. T. II, París, 1862, p. 179; la traducción es nuestra.
- 91) MERLIN, *op.cit.*, p. 1.222. La traducción es nuestra.
- 92) RENUSSON, "Mutation d'un créancier en un autre créancier, quand les droits du créancier qui est payé passent à l'autre qui a fourni ses derniers propres pour le paiement", *op.cit.*, ch. 1, n. 10; DOMAT, *op.cit.*, Liv. 3, tít. 1, sect. 6; TOULLIER, C., "Droit civil français", T. VII, 5ª ed., París, 1830, n. 97.
- 93) En dicho sentido cfra. DURANTON que entiende que es un cambio de acreedor que no produce novación en la deuda; DELVIN COURT, M., "Cours de Code civil", Dijon, 1834, T. 3, p. 771;

./.



Duranton la concibe como una ficción de derecho mediante la cual una persona sustituye al acreedor al objeto de ejercer los derechos correspondientes al crédito. "Cours de Droit civil suivant le Code français", T. II, Manheim, 1841, n. 108 y la clásica definición de Dumoulin para quien la subrogación es la fusión de un acreedor con otro en iguales condiciones o incluso, en otras menos onerosas. Transfusio unius creditoris in alium, eanden vel mitiori conditione. De usuris n. 276 citado por LAROMBIERE, op.cit., p. 179.

En las definiciones de Duranton y Domat se recoge la idea expuesta por Olea en su Tratado de cessione jurium, que empleó por vez primera el término de "subingressio", entrada, ingreso en la posición de otra persona.

- 94) V. MARCADE, "Explication du Code civil", 7ª ed., t. IV, París, 1873, p. 568 n. 704.
- 95) LAROMBIERE, op.cit., pp. 202 y ss.
- 96) DURANTON, op.cit., t. XII, n. 108, Manheim, 1841, 4ª ed. La traducción libre es nuestra.
- 97) GAUTHIER, "Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation". París, 1853, n. 8.
- 98) ZACHARIAE, C.S., "Corso di Diritto Civile Francese", trad. del alemán, 5ª ed., 1839, revisado con la autorización de Aubry et Ran, 3ª ed. francesa, 1850. Nueva edición traducida al italiano, Nápoles, 1868, t. 1 y ZACHARIAE-CROME, Handbuch des französischen Civilrechts. t. II, parágrafo 336. La traducción es nuestra.
- 99) POTHIER, "Coutûme d'Orléans". Introducción al título XX, op.cit., p. 66.
- 100) Recordemos la frase de Dumoulin: "Non est vera cessio, nec venditio nominis, sed cessio ficticia et a iure concessa, quae vim habet a lege et fit beneficio legis, etiam invito creditore, a quo nomen procedit"; y la de Renusson: "N'est pas véritable cession, c'est une cession feinte, qui ne vient pas du créancier, qui ne dépend de lui, et qui se peut faire malgré lui". Trattato de la surroga, op.cit., cap. II, n. 13.
- 101) En el último sentido aludido vid. PACIFICI-MAZZONI, E., "Istituzioni di Diritto civile italiano", T. IV-V, parte 2ª, 5ª ed., Florencia, 1921, n. 120; RICCI, Francesco, "Corso Teorico-prático di Diritto civile", 2ª ed., vol. IV, "Delle obbligazioni e dei contratti in genere", Turín, 1886, p. 263.

- 102) Cfra. GAUTHIER, "Traité de la subrogation des personnes", París, 1853, pp. 4 y ss.; MOURLAN, "Répétitions écrites sur le Code civil", t. II, p. 161; LAURENT, "Principes de Droit civil", Bruselas, 1878, XVIII, p. 12; RICCI, "Corso teorico-prático di Diritto civile", v. XVIII, "Delle obbligazioni", arts. 1754 a 1860; SCIALOJA-BRANCA, "Commentario del Codice civile", Libro IV, pp. 400 y ss.
- 103) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, "Traité théorique et pratique de Droit civil" (Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction), T. II, 3ª ed. París, 1907, p. 617; AUBRY ET RAU, "Cours de Droit civil français", 4ª ed., t. IV, París, 1871, p. 277; PACIFICI-MAZZONI, op.cit., t.IV, p. 548.
- 104) MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil comentado y concordado", t. XIX, Madrid, 1953, p. 1046; VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", 2ª ed., t. III, p. 183; SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho civil", t. IV, p. 269.
- 105) Cfra. nuestra cita al respecto.
- 106) Pese a ser muy antigua, el panorama jurídico la tuvo en franca consideración.
- 107) Para una exhaustiva exposición de estas teorías junto con la crítica a las mismas véase DIEGO E. ESPÍN CÁNOVAS, "Sobre el pago con subrogación". Rev. Derecho Privado núm. 303, mayo 1942, pp. 300 a 327.
- Aubry et Rau dedica un amplio espacio a criticar esta teoría.
- 108) STAMMLER, "Recht der Schulverhältnisse". Berlín, 1897, pp. 20-24; MARCADE, V., "Explication théorique et pratique du Code Napoléon, contenant l'analyse critique des auteurs et de la Jurisprudence de chaque titre", 5ª ed., vol. III, 4, 519, París, 1852.
- 109) Que Espín traduce literalmente por "doble cara", si bien pudiese dársele una traducción menos literal y más técnica, op.cit., p. 315.
- 110) DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoléon", París, 1887, t. XXVII, p. 276; DEMANTE, "Cours analitique de Code civil", 2ª ed., t. II, p. 158; SURVILLE, "Éléments d'un cours de Droit civil français", París, 1910, t. II, p. 158; BEUDANT, "Cours de Droit civil français", 3ª ed., t. VIII, París, 1906, p. 390; COLIN et CAPITANT, "Curso elemental de Derecho civil". Trad. española, t. III, Madrid, 1925, p. 186; BUTERA, "Digesto italiano" voz Surrogazione, p. 156.
- 110) GARCÍA GOYENA, "Concordancias, motivos y comentarios...", cit., en comentario al artículo 1116.

- 111) DEMOLOMBE pese a la unanimidad que comparten los partidarios de esta teoría, se mantiene escéptico; no viendo la necesidad de considerar al subrogado cesionario respecto al deudor.
- 112) GUSTAV HARTMANN, "Zweck und Bau der Obligation", pp. 46 y ss.; DERNBURG, "Das bürgerliche Recht", t. II, parágrafo 142, La Haya 1903-1908.
- 113) A este respecto ya nos referíamos en citas anteriores sobre la diferencia entre interés en el cumplimiento o en la obligación; extremos que suscitan en este caso los mismos o similares problemas.
- 114) Cfra. A. VON THUR, "Tratado de las obligaciones". Trad. de W. Roces, t. II, 1ª ed., Madrid 1934, p. 4.
- 115) En este mismo sentido se pueden incluir las opiniones de PLANIOL, "Traité pratique de Droit Civil", t. VII, 7ª ed., París, 1917, p. 555; JOSSERRAND, "Cours de Droit positif français", 2ª ed., t. II, París, 1932, p. 453, que entienden que el pago no produce eficacia erga omnes. Incluso BONNECASSE también participa de esta tesis, aunque con reservas, "Précis de Droit civil", París, 1934, T. II, p. 453.
- 116) RUGGIERO, "Instituciones de Derecho civil español", trad. al español, t. II, Madrid, 1931, pp. 106 y ss.
- 117) GIORGI, "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", trad. española, t. VII, Madrid, 1913, p. 178.
- 118) ESPÍN CÁNOVAS, op.cit., p. 316.
- 119) MERLO, GIOVANNI MARIA, "La surrogazione per pagamento". Studi di Diritto Privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi. Vol. IX, Padua, 1933, p. 65, define el pago con subrogación como: "Una particolare forma di pagamento la quale opera l'esclusione del creditore soddisfacendo, mentre lascia sussistere l'obbligazione, operando il traspasso del diritto dal creditore a colui que ha pagato".
- 120) MERLO, "La surrogazione...", op.cit., p. 67.
- 121) Sobre las distintas teorías que se han esbozado sobre la materia en cuestión junto con una crítica a las mismas vid. MERLO "La surrogazione...", op.cit., pp. 19 a 67.
- 122) ESPÍN, op.cit., p. 318.
- 123) Cfra. art. 1.112 C.c. español.

- 124) Vid. art. 1.528 C.c. español.
- 125) Quizás el concepto de venta pueda vincularse a la concepción de la venta del crédito con la consiguiente supervivencia del mismo que consigue justificar de esta manera la subrogación.
Sobre la teoría de la vendita vide MAGINI.
- 126) Vid. al respecto CHIRONI, "Istituzioni di Diritto civile italiano", t. II, 2ª ed., Turín, 1912, n. 38; ESPÍN CÁNOVAS, "Sobre el pago con...", cit., p. 319.
- 127) CLEMENTE DE DIEGO, "Instituciones de Derecho civil español", t. II, "Derecho de obligaciones, contratos, Derecho de familia", Madrid, 1959, p. 333.
- 128) CASTÁN TOBEÑAS, "Derecho civil español común y foral", 3ª ed., t. II, Reus, 1931, p. 67.
- 129) Vide nuestras citas anteriores.
- 130) DE BUEN, op.cit., pp. 512 y ss., 5ª ed.
- 131) ESPÍN, op.cit., pp. 320 y ss.
- 132) Este criterio se ha encontrado en abierta oposición con autores actuales.
- 133) Cfra. autores que entienden que la subrogación es por el quantum íntegro del crédito subrogado. El mismo sentido que el expuesto se recoge en el Código de Obligaciones suizo. Vide VON THUR, "Tratado de las Obligaciones", cit., T. II, p. 274, simplemente a modo de ejemplo.

En el B.G.B. alemán, parágrafo 268 y también implícitamente en el derecho suizo de las obligaciones a influjos del Código civil francés (art. 1.252), si el acreedor acepta que el tercero pague sólo parcialmente, el tercero adquirirá la parte proporcional al crédito resarcido. Este fenómeno hace que nos encontremos con un conflicto de pretensiones: El acreedor seguirá con la parte del crédito que le haya sido satisfecha, mientras que el tercero ostentará la parte proporcional del crédito que haya liberado. ¿Cómo se compatibilizan ambas situaciones? Si nos atuviéramos a la normativa general, tanto ambos créditos como derechos de garantía debieran ocupar el mismo rango; por aplicación del principio romano "nemo subroga contra se", hay que reconocer al acreedor rango preferente sobre el tercero subrogado, respecto a la parte no pagada de su crédito. Cfra. VON THUR, op.cit., pp. 27 a 29.

- 134) ESPÍN, op.cit., p. 320.
- 135) El Código brasileño consagra en su artículo 989 el principio de la limitación de la subrogación a lo efectivamente pagado cuando se trata de subrogación legal únicamente; la subrogación convencional se regirá por las reglas de la cesión. ESPÍN, op.cit., pp. 320-321. El mismo criterio sigue el Código argentino.
- Idéntico criterio es el que rige en los Códigos inspirados en el sistema germánico al reconocer sólo la subrogación legal para junto con la convencional darle el tratamiento de un supuesto más de cesión. En el mismo sentido vide MERLO, op.cit., p. 43.
- 135) ENNECERUS, "Tratado de Derecho civil". Trad. española, t. II, 1º, Barcelona, 1935, p. 384 n. 1.
- 136) Cfra. art. 1.527 C.c.
- 137) Vide Sentencias del T.S. 27-II-1891 y 15-IV-1924, comentadas por ESPÍN CÁNOVAS, "Sobre el pago con subrogación...", cit., p. 322.
- 138) Críticas a las teorías expuestas en ESPÍN, "Sobre el pago..." op.cit., p. 323.
- 139) Respecto al sistema alemán puede consultarse sobre esta materia: HEDEMANN, "Schuldrecht des Burgelichen Gesetbuches", 3ª ed. Berlín, 1949, p. 198; LEONHART, "Allgemeines Schuldrecht des D.G.B.", T. 1, Munich, 1929-1931, p. 683; ENNECERUS, op.cit., T. II, 1ª ed., pp. 399 y ss.; HECK, "Grundriss des Schuldrechts", 1929, p. 207, n. 9 y p. 213 n. 6; KRESS, "Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrecht", 1929, p. 516; TITZE, "Recht der Schuldveheimisse", 1923, p. 69; ESPÍN, op.cit., p. 324 y MAGINI, "La surrogazione per pagamento...", cit., pp. 54 a 65.
- En este sentido von Thur concibe la subrogación como el acto en virtud del cual el tercero que salda la deuda pasa a ocupar el lugar del acreedor a quien se le paga, eliminado, por tanto, de la obligación. Op.cit., T. II, p. 322.
- 140) THEZARD, "De la nature et des effets de la subrogation" en Revue de Législation et de Jurisprudence. 1897, pp. 97 y ss.
- 141) TOULIER, "Le droit civil français", T. VII, 6ª ed., p. 102.
- 142) Esta posición mantuvieron ARRAZOLA y PLANAS, "Derecho civil español, común y foral", T. 2, 2ª ed., p. 200; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, "Anotaciones a Ennecerus...",

T. II, 1ª ed., p. 402, que identifican los efectos de la subrogación con la cesión.

- 143) Art. 110 Código suizo de las Obligaciones.
- 144) VON THUR, t. II, cit, p. 27.
- 145) En todos los ordenamientos la justificación reside en el interés personal del que liquida la deuda. No obstante, esta justificación es oscura en el B.G.B. parágrafo 268.
- 146) MAGINI, "La surrogazione...", cit. n. 30, p. 90. ESPÍN CÁNOVAS denomina de esta manera esta teoría; la aceptación únicamente en cuanto sirve para diferenciar la de otras, aunque su esencia no puede quedar limitada con la enunciación de dicha teoría.
- 147) Art. 110 C. suizo de las Obligaciones.
- 148) VON THUR, t. II, cit., p. 27.
- 149) En todos los ordenamientos la justificación reside en el interés personal del que liquida la deuda. No obstante, esta justificación es oscura en el B.G.B. parágrafo 268.
- 150) MAGINI, "La surrogazione...", cit., p. 67.
- 151) Cfra. bibliografía citada por MAGINI, ult. op. cit. y n. 1, 2, 3.
- 152) MAGINI, ibidem.
- 153) MITTEIS y OSZALD a modo de ejemplo.
- 154) MAGINI, op.cit., p. 68.
- 155) Recordemos la cita de los clásicos "Non esset liberatio, sed creditoris mutatio, hoc captiosum esset debitoribus, quorum interest inscios non mutare creditores, quos non numquam habeat propios, ne forte cogantur incidere in manus avari et intractabilis".
También en este sentido RENUSSON, op.cit., cap. X.
- 156) MAGINI, op.cit, p. 75.
- 157) MAGINI, op.cit., p. 90.

- 158) MAGINI, op.cit, p. 91.
- 159) Su argumentación se encuentra justificada en la concepción romana más antigua: "Quodammodo nomen debitoris vendidit". MAGINI, op.cit, p. 92.
- 160) Cita comparativamente los supuestos de retracto y pacto de retroventa en favor de su argumentación.
- 161) Una exposición completa de esta teoría en MAGINI, op.cit., pp. 90 a 105.
- 162) MAGINI, op.cit., n. 33.
- 163) MAGINI, op.cit., p. 99.
- 164) Para una exposición más detallada junto con crítica a la teoría de la expropiación, vide ESPÍN CÁNOVAS, op.cit., pp. 318-319.
- 165) ESPÍN CÁNOVAS, op.cit., p. 327.

CAPITULO III

CAPITULO III

I. CONCEPTO DE LA SUBROGACIÓN.

1.1. VISIÓN DE LOS AUTORES CLÁSICOS.

1.1.1. VINCULACIÓN O SIMILITUD DE LA CESIÓN CON LA SUBROGACIÓN.

1.2. VISIÓN PANORÁMICA ACTUAL DE LA SUBROGACIÓN.

1.2.1. NUEVO SENTIDO DE LA INSTITUCIÓN DE LA SUBROGACIÓN.

1.2.2. ALCANCE Y VISIÓN ACTUALES.

1.2.3. VISIÓN DE LOS AUTORES ITALIANOS.

1.2.4. DEFINICIÓN Y REQUISITOS DE LA SUBROGACIÓN, ALCANCE DE LA MISMA.

1.2.5. ES UN FENÓMENO SUCESORIO.

1.2.5.1. DIFERENCIACIÓN DE LA SUCESIÓN A TÍTULO PARTICULAR.

1.2.5.1.1. SUBROGACIÓN EN LA TITULARIDAD ACTIVA.

1.2.5.1.2. SUBROGACIÓN EN LA TITULARIDAD PASIVA.

1.2.5.1.3. SUBROGACIÓN EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO DE OTRO.

1.2.5.1.4. SUBROGACIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE OTRO O EN GENERAL EN LA ACTUACIÓN DE UN VÍNCULO JURÍDICO ESTABLECIDO Y CORRESPONDIENTE A OTRA PERSONA.

1.2.6. ES UN TÍTULO ADQUISITIVO O DERIVATIVO,

1.2.7. CLARIFICACIÓN DEL "SUBINGRESO" Y DE LA SUBROGACIÓN.

2. MECANISMO.

2.1. ANÁLISIS DEL MECANISMO DE LA SUBROGACIÓN.

2.2. LA SUBROGACIÓN RESULTADO DEL PAGO.

2.2.1. LA SUBROGACIÓN ES UN EFECTO DEL PAGO.

2.3. EL PAGO DE UN TERCERO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.

2.3.1. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DEL CUMPLIMIENTO LLEVADO A CABO CON LA APROBACIÓN DEL DEUDOR.

2.3.1.1. ACCIÓN PARA EJERCITAR CONTRA EL DEUDOR POR EL PERJUICIO PATRIMONIAL SUFRIDO.

2.3.1.2. DERECHO A LA SUBROGACIÓN.

3. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.159 C.C. ESPAÑOL.

3.1. PAGO DE UN TERCERO "EN NOMBRE DEL DEUDOR".

3.2. PAGO CON IGNORANCIA DEL DEUDOR.

3.3. IMPOSIBILIDAD DE SUBROGAR AL ACREEDOR EN SUS DERECHOS Y ACCIONES.

3.4. REQUISITOS DEL PAGO.

4. EL INTERÉS DEL TERCERO.

4.1. EFECTOS:

- EXTINTIVO DEL PAGO.

- LIBERATORIO DEL PAGO.

4.2. INTERÉS COMO ANTECEDENTE DEL PAGO DEL FIADOR Y DE LAS ATRIBUCIONES QUE SE LE CONCEDEN.

4.3. ALCANCE O LIMITACIONES DEL ART. 1.251-3º DEL C.C. FRANCÉS.

4.4. ESTUDIO DE LA SUBROGACIÓN EN RELACIÓN CON EL ART. 1.839. ALCANCE Y CONTENIDO.

CAPÍTULO III

I. CONCEPCIÓN DE LA SUBROGACIÓN.

1.1. Visión de los autores clásicos.

1.2. Visión o panorámica actual de la subrogación.

La definición más idónea sería aquella que pudiéramos encontrar en el Código civil pero en ningún cuerpo legal se recoge especificación de las características de esta institución; en consecuencia, no contamos con una definición legislativa (1).

Ateniéndonos al tenor literal del artículo 1.210 del Código Civil, una primera aproximación podría hacer pensar que se está ante un fenómeno de sucesión a título particular, como algún autor italiano ha señalado, puesto que se trata de una sucesión en los derechos del acreedor por parte del tercero que paga.

Si se pretendiera dar una definición satisfactoria, aduce Merlo con razón, que el legislador podría, a título de ejemplo, decir que "la subrogación consiste en la sucesión de un tercero que paga en los derechos del acreedor satisfecho" (2) o cualquier otra definición cuya pretensión fuera delimitar el ámbito de actuación de la institución misma; pero en todo caso no debiera partirse de un concepto del que no se conoce previamente cuál es su alcance y contenido.

La prosecución de este estudio precisa encontrar una definición que delimite el ámbito de aplicación y alcance de la misma, mediante una interpretación exegética y sistemática de la Ley obviamente, pero también derivada del propio estudio de la institución misma, por su desarrollo histórico

y por su vinculación con otras instituciones, intentando encuadrarlo en el campo de la sistemática jurídica, al mismo tiempo, que pretendiendo conciliar las aparentes contradicciones que el desarrollo y puesta en funcionamiento de la institución conlleva en el ámbito de aplicación práctica de la misma primordialmente.

Las razones de equidad que convirtieron en indispensable la existencia de dicha institución, no se repiten en la actualidad. Jurídicamente no debemos olvidar que el pago es una de las modalidades de extinción de la obligación (3) y que no parece exacto que se puedan ceder las acciones del acreedor por una mera operación ficticia, dejando existente un efecto que ha devenido inexistente, sin explicar el procedimiento escogido para que todos los derechos y acciones se traspasen por el hecho de haber pagado.

La aplicación teórica de la subrogación puede resultar coherente pero su aplicación práctica abre muchas incógnitas, sin facilitar al mismo tiempo las claves interpretativas, quedando en consecuencia, abiertos interrogantes a los que no se acierta a dar respuesta satisfactoria.

1.1. Estudio de los autores clásicos.

Ya Merlin dió una definición genérica que puede servir de utilidad para situar la función que desde un principio quiso darse a la subrogación. Para este autor (4), la subrogación es la acción de poner una cosa en lugar de otra o una persona en lugar de otra; destaca pues un efecto inherente a la institución misma: Su carácter traslativo, la idea de sucesión, de traslado... Únicamente valga esta idea como mera introducción, puesto que el pensamiento y la finalidad que este autor encuentra en la subrogación quedó ampliamente

expuesta en nuestro anterior capítulo.

En todos los códigos de influencia francesa la orientación e incluso el concepto de subrogación es similar si no idéntica. No pudiendo olvidar el legislador todas las discusiones y puntos discordantes que los jurisconsultos de cada época, partiendo de los autores romanos, se dedicaron a hacer sobre dicha institución, pasando por su consagración por la Jurisprudencia francesa (5) y teoría de Dumoulin, que aunque rechazada en su tiempo dejó un residuo que recogieron los grandes jurisconsultos como Domat, Pothier o Renusson, la adaptaron a las necesidades de cada época, dotándola de configuración propia, a lo que contribuyó en gran medida la Jurisprudencia, que prescindió en muchas ocasiones de las construcciones doctrinales existentes para dar criterios equitativos y más acoplados a Derecho y a las necesidades de la vida real.

Olvidando las clasificaciones de las que fue objeto la subrogación, no se entendió como una institución unitaria, sino que atendiendo a distintos aspectos y características, que posteriormente serán vistas, se clasificó en convencional, legal y también parcial; lo que no fue óbice para que se regularan sus efectos con un criterio unitario. Podrán variar las causas; el elemento volitivo por el que se concede la subrogación después del pago, pero sin importar la forma cómo se produzca, los efectos son los mismos.

El origen de la subrogación no importa; evidentemente, el comportamiento y forma de actuación será diferente según quien la promueva, pero, en todo caso, los efectos permanecerán inalterables siempre que se produzca el pago íntegro de la deuda. Si el pago fuera parcial también se produciría con efectos supeditados al acreedor principal, pero aunque en distinta proporción y teniendo en cuenta este orden de

prioridades, los efectos que se produzcan serán similares, no importando el elemento volitivo en la subrogación legal, pues en la convencional se pueden pactar las condiciones que las partes consideren más favorables (6).

Sigue considerándose una institución nacida a remolque de las necesidades del tráfico jurídico; más que tratar de completar algún vacío existente en el amplio espectro de instituciones jurídicas.

Efectivamente esta figura jurídica oscila entre conceptos de arraigada raigambre en los ordenamientos jurídicos. Desde la compraventa, pasando por las ficciones jurídicas parece que llega a encuadrarse en el ámbito de la cesión de créditos, bienes, derechos y acciones; si bien alguna que otra sutileza jurídica no permite que se consideren instituciones similares.

Es destacable, como ya se ha apuntado anteriormente, que esta materia, incluso desde el mismo momento de su codificación y también en sus prolegómenos, suscitó mayores dificultades al jurista francés que al español, el cual en un intento de ahondar y dar una respuesta técnica a esta materia, puede considerarse que ayudó a configurar, e incluso, que con sus comentarios previos y posteriores a la redacción del Código contribuyó a dar forma a esta figura jurídica.

Después de la reforma del Código italiano, sobre todo con la innovación introducida en materia de fianza de cambiar la naturaleza de obligación subsidiaria y accesoria, como en todos los ordenamientos inspirados en el Código francés de Napoleón, a obligación solidaria y por tanto, de carácter similar al de la obligación principal, es cuando la doctrina italiana comienza a preocuparse de la subrogación impri-

miéndole un carácter reformista; sobre todo a partir de la confrontación que hace de la subrogación con la acción de regreso. Criterio que induce al legislador a modificar el orden de los preceptos dándoles un carácter alternativo; debiendo la subrogación preceder a la acción de regreso.

En base a lo dicho, queda expuesto que son mayoritarios los autores clásicos franceses quienes se preocuparon de definir y delimitar la subrogación. Aún lamentando la falta de estudio de nuestros autores clásicos en esta materia, conviene conocer las distintas definiciones que sobre la misma se dieron, acogidas posteriormente por nuestros legisladores.

Ateniéndonos a la interpretación literal, subrogación es "la sustitución de una persona que paga en los derechos del acreedor que ha sido pagado" (7). Concordante con esta idea fue la definición dada por Merlin como "acción de poner una cosa en lugar de otra u otra persona en su lugar" (8). Definición esta de indudable valor, que entraña toda una concepción de la subrogación. Deteniéndonos en su contenido, hay que objetarle que, tal como la concibió dicho autor, no transfiere el crédito, sino únicamente sus garantías y accesorios; lo que implica una descalificación respecto del concepto que al menos en la actualidad se tiene de la subrogación.

En este mismo sentido también se inclinaron Renusson, Domat y Toullier, recogiendo posteriormente el Código estas mismas expresiones (9).

Otros autores ponen el punto de inflexión en su efecto principal, obviando su carácter y su naturaleza jurídica; no definiéndola en suma, sino confundiendo los efectos con el concepto (10).

La configuración de Duranton como "ficción jurídica que coloca a una persona en el lugar del acreedor para ejercitar sus derechos" (11) no supuso ninguna innovación en la teoría de la subrogación. También Gauthier se inclinó por la misma significación (12), al igual que lo hizo Zachariae: "La subrogación es una ficción jurídica mediante la cual, una obligación extinguida, se considera como subsistente en beneficio del tercero que pagó, que se considera como una sola y misma persona con el antiguo acreedor" (13). Este criterio también es sobresaliente en Marcadé (14) que pone especial énfasis en constatar que la concepción técnica de subrogación no puede recaer únicamente en la cesión de un acreedor a otro derecho del perteneciente al primero sino, -y en ello se enfrenta frontalmente con el planteamiento inicial de Larombière (15)-, únicamente en el traspaso de las garantías; puesto que como argumenta Marcadé, de no suceder así, pago con subrogación significaría suprimir, conservando; cesión de un crédito que acaba de desaparecer, mientras que el significado que se le debe dar es el de extinción de un crédito, con cesión de las garantías al nuevo crédito que viene a reemplazarlo.

Las definiciones dadas por estos autores ponen de manifiesto que el efecto más destacado de la subrogación es el traspaso del derecho de crédito con todos sus accesorios, del acreedor a quien se ha pagado al que ha devenido nuevo sujeto activo de la relación obligatoria (16).

Diferencia esta institución de la cesión, como posteriormente siguieron haciendo numerosos autores, en el carácter voluntario de aquella, en contraposición al impuesto por la Ley en esta (17).

Como se pone de relieve igualmente, el elemento de la ficción es también necesario para poder dar una justifica-

ción jurídica a la transferencia de un derecho de crédito que ha satisfecho el tercero y que en consecuencia, consideran estos autores que quedó extinguido, aunque sin embargo, se transmite al que haya pagado.

Sirva esta exposición para subrayar que estos autores se agrupan en torno a una hipotética tesis poco convincente; ficción para intentar expresar o que se produce una ficción de venta, de transferencia del crédito pagado; una reminiscencia del crédito extinguido en beneficio del que paga o en todo caso, la sustitución del tercero en el lugar del acreedor (18).

A todos los autores mencionados se les puede hacer una crítica común. Su preocupación por diferenciarla de otras figuras jurídicas ha contribuido la mayoría de las veces a entender la institución comparándola y a asemejarla más bien a los objetos de referencia que a contribuir a su propia configuración; por otra parte, el talante confuso o ambiguo que desde siempre ha ostentado la subrogación es culpa en muchas ocasiones del planteamiento equivocado de la institución junto con el enfoque que desde su origen ha sufrido; si bien es cierto, que los autores que han pretendido definir la subrogación como una figura jurídica que transmitía o bien el mismo crédito que pertenecía al acreedor o sus garantías o bien que se transferían ambas cosas, es evidente que ningún autor ha dudado en que la subrogación es una consecuencia del pago, fundamentalmente centrándonos en la legal, propia de nuestro estudio.

Establecidas estas premisas, hay autores que se han debatido en torno a si la liberación y consiguiente efecto satisfactorio para el acreedor produce la extinción del crédito.

La exposición de un amplio paradigma de autores sobre la concepción de la subrogación ha ocasionado la constatación de varios elementos comunes.

Se observa una gran preocupación, sin excepción en todos los tratadistas, de dar coherencia jurídica a la supervivencia de un pago que en su estructura jurídica se concibió como extintivo sin mayores dilaciones, y que sin embargo, por el desarrollo de la práctica jurídica se han tenido que ir adaptando estos conceptos o innovaciones, inconciliables con la figura misma del pago. Como la subrogación ya es un fenómeno jurídico existente que viene a ocupar un vacío normativo, las necesidades prácticas en principio quedaron colmadas; será pues la técnica legislativa la que tenga que hacer el esfuerzo de profundizar en sus estructuras para dar cabida a este instituto.

Los elementos que de manera permanente y concurrente preocuparon a todos los autores se pueden resumir en las siguientes líneas de pensamiento.

Como ya se ha dicho, en la ardua tarea de justificar un pago que produce automáticamente efecto extintivo, la justificación de la subrogación con la consideración del pago como operación extintiva vulneraba la institución en sí misma, puesto que el fenómeno extintivo llevaba vinculado la desaparición de toda garantía o derecho que perteneciera a la obligación principal. Era necesario para ser consecuentes, que la institución perdurara, junto con los elementos anexos, puesto que es inconciliable pensar que subsistan las garantías de un crédito cuando este crédito no existe.

Después de intentar superar la primera preocupación en que el elemento decisivo era obviamente el pago, por ser el

fenómeno a partir del cual se puede generar una sucesión a título particular en modo de subrogación, el segundo paso fue justificar el *modus operandi* de transferencia o transmisión de las garantías que rodeaban al crédito.

Se penetró en el campo de la cesión en un fallido intento de delimitar ambas figuras (19). También se intentó sintetizar las teorías que participaban de la opinión que el pago tenía efecto extintivo, con aquellas otras que hacían pervivir las garantías, llegando a soluciones eclécticas de conformarse con la explicación de que si el crédito desaparecía era respecto al acreedor; o también aquella otra teoría que tomando este argumento como premisa inicial entendía que subsistía el crédito evidentemente para el deudor al que no le había desaparecido su compromiso de pago y para el subrogado, el cual, porque perduraba el crédito, podía adquirir los créditos y privilegios del sujeto activo originario (20). Por último, habría que tener presente que, resultante del pago realizado por un tercero, nacía un derecho de reembolso.

Hábiles fueron los autores que pretendieron ahondar en el seguimiento de la subrogación con un reforzamiento del inicial derecho de reembolso, derecho que *a priori* le correspondía por el mero hecho del pago del tercero.

Esta postura que se inició en Italia y que incluso en la actualidad es la adoptada por muchos de sus autores reúne una serie de ventajas que se expondrán al tratar la subrogación en la fianza, y que además se destaca por ser lo más acorde con las necesidades prácticas y con el entramado jurídico que dio vida a la subrogación.

Una última cuestión les quedaba por dilucidar concerniente a la configuración jurídica que debía ostentar el comporta-

miento del tercero que pagaba.

Se regularon tres situaciones que entremezclaron los conceptos de interés/desinterés, ignorancia/conocimiento del deudor, resultando de dicho juego combinatorio tres situaciones jurídicas diferentes a las que correspondieron remedios jurídicos diversos.

En resumidas cuentas, los conceptos jurídicos que manejaron los autores, y siguiendo su influencia los redactores de los distintos Códigos, fueron los de pago; extinción; obligación; interés de las partes concurrentes a la obligación junto con el conocimiento de las mutaciones que se operaban en el mismo; cesión, transferencia de créditos; privilegios y derechos accesorios y, por último, acción de reembolso combinada o en actuación conjunta con la de regreso que se examinarán en páginas posteriores.

Si nos atuviéramos exclusivamente al aspecto práctico de la cuestión sólo se encontrarían ventajas. En estos términos se manifestaba Laurent al explicar los efectos favorables de dicha institución, cuyo valor moral era superior al actual, puesto que recordemos que se concebía la subrogación como una institución de carácter benéfico o, a lo sumo, una práctica que se realizaba para favorecer a un amigo.

Concilia -argumenta Laurent (21)- todos los intereses. La Ley le permite y es más, lo favorece, puesto que su objeto directo es realizar un pago que liberará al deudor, y hay que considerar que esta es siempre favorable.

La lectura de la descripción de Laurent no acarrea más que elogios y congratulaciones por haber encontrado una situación jurídica tan beneficiosa; sin embargo, y eso que dicha manifestación sólo trata de poner de relieve la utilidad práctica de la misma, no la dejemos en un mero enun-

ciado de cualidades, llevémosla al terreno práctico que su pone la aplicación de los principios jurídicos provenientes de la teoría jurídica que la doctrina se encargó de elaborar.

La cuestión que surge de manera inmediata es hasta qué extremo la subrogación permite conciliar todos los intereses; y más en concreto, como queda compensado el interés del tercero. Hipotéticamente es fácil decir que al adquirir el tercero el crédito del primitivo acreedor tiene que ver cumplido su interés. Sin embargo, el interrogante que se abre ante esta cuestión no es el relativo a la efectividad de dicho crédito, problema que por el momento queda postergado a segundo término, sino el del alcance del crédito mismo, al igual que el de las garantías que conlleva el crédito.

Partiendo de opiniones que ayudaron a la puesta en marcha del fenómeno codificador, se pensó, en principio, que se transfería al subrogado el mismo crédito que ostentaba el acreedor junto con todos sus accesorios; criterio que se encargó de confirmar la jurisprudencia y la doctrina.

Los redactores del Código Civil francés, que en esta materia habían seguido a Pothier (22), justifican que este autor en su definición menciona también todos los derechos, acciones, privilegios e hipotecas, puesto que el crédito no puede cederse ya que esencialmente consiste en un vínculo personal surgido de la obligación estipulada entre el acree dor y el deudor (23).

Tomando el punto de partida en Pothier, hay que observar que este autor se refiere siempre a la expresión "cesión de acciones" equivalente a decir que es el crédito mismo lo que se transfiere al subrogado (24); criterio expuesto en

su día por Dumoulin que vino a ratificar posteriormente Renusson (25), todavía más explícito en esta materia. Derechos y acciones son términos que, para este último autor citado, son sinónimos que generalmente están vinculados para indicar que el subrogado tiene el mismo derecho y las mismas acciones que el acreedor sucedido. Va más allá: El deudor permanece obligado respecto al nuevo acreedor, de la misma forma y en iguales condiciones que se encontraba respecto al antiguo y subraya: "Il n'y a pas mutation de droit, il n'y a que mutation du créancier".

Remontándose al primer Edicto de Enrique IV de 1609 ya en él se aludía al crédito que debiera siempre cumplir semejantes o idénticas condiciones: "Voulons qu'ils soient et demeurent de droit aux droits, hypothèques, noms, raisons et actions dedits anciens créanciers, sans autre cession et transport d'iceux" (26).

Como observa Laurent, el Código alude al pago con subrogación para acentuar los efectos que se puedan producir una vez tenga lugar la satisfacción del acreedor. En su opinión, la subrogación acompaña al pago, consistiendo en el pago de una deuda garantizada con derechos accesorios (27).

El problema deriva de nuevo de la postura inicial tomada. Esta valoración se observa sobre todo en los autores franceses, que tenían mayor dificultad en delimitar el alcance de la subrogación por el enunciado de su artículo 1.249: "La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye est ou conventionnelle ou légale", que no añadió, como lo hiciera el legislador español el artículo 1.212 que clarifica el contenido de la subrogación: "Crédito con los derechos a él anexos". Esta redacción, que en principio parece establecer unos criterios claros, originó confusión y divisiones entre los

autores, entendiendo algunos, influenciados por la doctrina francesa, que el subrogado sólo puede reclamar lo que realmente pagó; no el importe nominal del crédito, que es lo que parece desprenderse del tenor literal del artículo 1.212 (28).

Estas afirmaciones nos parecen poco sólidas. La primera de ellas porque no establece una relación acreedor-deudor-tercero pagado, en el que la situación jurídica resurgida no ofrezca dudas. El que paga se subroga en los derechos del acreedor. Se trata de que, en dicho caso, similar al 1.085-2º, el importe sea correcto, puesto que en los supuestos donde intervienen sujetos pasivos hay que entender que existe una doble condición. De un lado, se convierten en acreedores del resto de los codeudores al pagar la totalidad del débito; pero, por otra parte, no hay que olvidar que este tercero también es deudor, no en la totalidad de la deuda, pero sí en la porción correspondiente. Justo y lógico es, pues, deducir del crédito la parte de la deuda que le correspondería, porque, aunque se concediera la cuantía íntegra, el resultado final sería el mismo, ya que el codeudor que hubiera pagado, dispondría de un crédito por toda la deuda, de la que habría que deducir la parte de la que éste era responsable (29).

Nuestra opinión es que, en contraposición a la opinión de otros autores, no cabe duda que el artículo 1.212 está dirigido a limitar el alcance de la subrogación en los supuestos normalmente de subrogación legal y en los de subrogación convencional, a falta de pacto expreso entre las partes. La referencia al artículo 1.158-2º no nos parece adecuada porque nos encontramos dentro de una normativa específica como es la subrogación en el pago y justo es que obedezcan a sus principios en lugar de remitirse a los más genéricos de pago de un tercero, regulado -creemos- con ca-

rácter general y por tanto, con carácter imperativo, sobre todo el segundo inciso, para aquellas situaciones en que no se contemplen supuestos específicos del pago tal como el pago con subrogación; circunstancia que hace inclinarnos por el criterio de que el segundo inciso del artículo 1.158-2º parece establecer un criterio imperativo, mientras que el primer apartado establecería una norma de carácter meramente dispositivo: "... El que pagare... podrá..." y por otra parte, el artículo 1.085-2º no creemos que sea aplicable. En todo caso, cabría una aplicación analógica del mismo en la subrogación que se produce en caso de varios deudores. Cuando analicemos la actuación de varios deudores solidarios podremos percatarnos de que al igual que para la subrogación el legislador haya regulado otros supuestos como los de pago parcial, puesto que, ateniéndonos a la técnica jurídica más estricta, el pago parcial no puede producir nunca los mismos efectos que el pago en su cuantía, siendo esta la más sencilla entre otras razones.

El pago parcial no produce la plena satisfacción del acreedor y consiguiente efecto liberatorio para el deudor; de esta forma, el acreedor originario sigue vinculando la relación obligatoria porque el nexo obligatorio primitivo no se ha extinguido; lo que supone dejar intacta esa parte que no se llegó a pagar por el tercero, puesto que deberá seguir rigiéndose por las mismas disposiciones que antes de efectuarse el pago parcial.

Vemos, pues, cómo un artículo que aparentemente no suscitaba dudas, encuentra objetores a extender el alcance de la subrogación a la totalidad del crédito cedido. Esta opinión viene así expresada probablemente, y algún autor lo da por presumido, a influencias de la doctrina francesa, sin tener, quizás, en cuenta la adición de este artículo en nuestro Código Civil, a diferencia del francés (30).

Esta interpretación restringida motiva a indagar entre los autores franceses las conclusiones a las que llegaron.

Dejando de lado la opinión del jurista Pothier, expuesta ya con suficiente amplitud, podemos pensar que aparte de Dumoulin que con sus célebres lecciones despertó el interés en su tiempo, el interrogante lo abrió Merlin ante una teoría que en principio se expuso de manera involuta en cuanto a los beneficios prácticos que su gestión generaría.

Punto de partida de su planteamiento es que el pago presupone la extinción automática de la obligación, transmitiéndose, en consecuencia, al nuevo acreedor las garantías, tanto personales como reales, que aseguraban el pago del crédito. Este planteamiento avivó las sutilezas de los juristas franceses que empezaron a cuestionarse -y quizás de ahí la confusa redacción del artículo 1.249 del Código civil francés- si en realidad el pago con subrogación transmitía el mismo crédito que venía disfrutando el acreedor, estipulante de la relación obligatoria o si dicho crédito quedaba subsumido en el pago, quedando únicamente, para favorecer al nuevo acreedor, los derechos, privilegios y garantías, al presuponer que era lo que verdaderamente respondía al interés del tercero. A dicha conclusión podríamos añadirle el siguiente apéndice: ¿Es que no puede interesar más al nuevo acreedor adquirir el crédito que poseía su predecesor por ser este superior, por ejemplo, en cuantía al pago de la deuda?. No encontramos beneficio en rechazar *a priori* que los derechos del subrogado se extienden hasta la cuantía íntegra del crédito. Veamos las respuestas que dan los autores, primordialmente franceses a esta cuestión.

El lenguaje del Código afirma Laurent (31) no hace más que confirmar los principios en que se ha inspirado la tradición. Sin ir más lejos, el artículo 1.250 no 1 reproduce la definición de Pothier (32).

Este problema inicial puede subsanarse con la lectura del párrafo 2º del artículo 1.250 que de forma clara manifiesta que cuando el deudor pide un préstamo con la intención de pagar una deuda al prestamista se subroga en los derechos del acreedor. También en otros artículos se recoge el mismo criterio del legislador, como se demuestra acudiendo a fuentes fidedignas como son los comentarios que del articulado del Código hicieron sus propios redactores.

Bigot-Préameneu en la exposición de motivos correspondiente a este título se refiere al modo operativo de la subrogación diciendo taxativamente: "Si celui qui paye se fait subroger, il n'y a plus payement, mais transport de la créance". Esta definición, si bien subraya los efectos de la subrogación, comete el error de no establecer ningún criterio diferenciador entre la cesión y la subrogación, puesto que la única consecuencia que se desprende de la misma es que el mismo crédito se transfiere al subrogado.

Concluimos dichas consideraciones con el informe del Ponente del Tribunal Jaubert: "Si le créancier reçoit son payement d'un tiers, avec tous les privilèges attachés à ces mêmes droits, même la contrainte par corps si la créance en était susceptible". La frase es tan clarificadora que no admite ningún equívoco. Para Laurent (33) la cuestión queda zanjada tras la lectura de dicho párrafo. En opinión de los legisladores el pago con subrogación no extingue la deuda; al acreedor se le transfiere la integridad del crédito con todos sus accesorios.

A pesar de la evidencia, reflejada incluso en un cuerpo legal, la opinión mayoritaria de los juristas defendieron el criterio opuesto, quizás porque la formulación de Merlin dejó una huella tan profunda que sólo el paso del tiempo podría borrar; dicha influencia se denota incluso en el sen-

tir de la Jurisprudencia.

Sigue pues el dilema en torno al alcance de la subrogación, empleando esta institución unos recursos que a buen seguro en otras figuras jurídicas se hubiera calificado de inadmisibles.

La duda no deja de girar sobre el contenido exacto de la subrogación. Hace partícipes a todos los autores del empleo de los medios jurídicos de que disponen. Así los partidarios de que la subrogación es una ficción rebaten las argumentaciones de los que piensan que el pago extingue la deuda. Los adversarios de una tesis mantienen su rechazo, pero queda una verdad inalterable: La redacción definitiva del Código civil francés con su lenguaje ambiguo, que en nuestra opinión queda subsanado en nuestro Código por obra del artículo 1.212 (34).

1.1.1.- Resta por examinar un último problema: La vinculación o similitud de la cesión con la subrogación.

Aunque ríos de tinta han corrido tratando de esclarecer las diferencias y similitudes de ambas instituciones es un tema que desborda el presente trabajo, por lo que sólo apuntaremos los posibles puntos diferenciadores de ambas instituciones, máxime teniendo en cuenta que este trabajo se está encauzando dentro de los márgenes de la subrogación legal.

Los clásicos concebían la cesión como un supuesto más de venta, incluso nuestro Código civil la recoge en el título IV dedicado a la regulación del contrato de compra y venta, y como bien afirma Laurent, es ocioso hablar de subrogación legal cuando se intenta comparar la subrogación con la cesión puesto que es inconciliable con la venta legal (35); mas es importante la diferencia en la obligación de saneamiento o garantía frente al cesionario, lo que no ocurre en la subro-

gación (36), puesto que esta queda configurada, la legal primordialmente, cuando se acuerda de pleno derecho o sin estipulación, por imperativo de la Ley, siempre que no perjudique a terceros (37).

Es esclarecedora la diferenciación que al respecto hace Betti (38). Parte este autor de la distinción práctica existente entre las dos instituciones, resolviéndolas como distintas en función de los intereses que promovieron el fenómeno transmisivo.

El problema en la cesión es transmitir un crédito del anterior acreedor al actual, mientras que en la subrogación, es el de garantizar la recuperación de la suma anticipada al tercero interesado en satisfacer al acreedor anterior.

Con gran acierto pone de relieve Betti que son cuestiones más de orden práctico que teórico. Así el interés a la cesión es un interés a la circulación del crédito, como bien que puede ser objeto de traspaso, siendo el interés en la subrogación garantizar la recuperación del *quantum abest* al tercero que tenía interés en satisfacer al anterior acreedor; resumiendo, en la cesión el problema es transmitir un crédito del precedente al nuevo titular para actuar entre sí combinaciones de interés que pueden ser de muy difícil naturaleza... En la subrogación por el contrario, el problema práctico es garantizar la recuperación de la suma adelantada al tercero que tenía interés en satisfacer al acreedor precedente. Dicha función tiene una finalidad práctica muy importante que es tutelar el interés en la acción de regreso, al contrario que en la cesión que normalmente se produce porque se tiene mayor interés en la circulación del crédito (39).

Corrientes actuales encuadran la cesión y la subrogación en supuestos sucesorios de la parte activa de la relación obligatoria. Hay autores que parten de esta concepción para

diferenciar ambas figuras. De esta manera precisan que la subrogación supone que se cumpla la obligación a la vez que se satisface al acreedor, mientras que la cesión implica que el cumplimiento de la obligación todavía no ha llegado a cumplirse (40).

Autores que siguen esta misma corriente ponen el criterio diferenciador en el aspecto económico sin, no por ello, dejar de aludir que los puntos de vinculación son numerosos, en tanto, que las diferencias meros aspectos microscópicos (41).

La finalidad económica de ambas instituciones son diferentes. Mientras que la cesión se centra en el ámbito del libre comercio de los valores jurídico-patrimoniales pertenecientes a varios sujetos que, como quieran, cediéndolo, cambiándolo... con otros bienes, la finalidad de la subrogación es favorecer al deudor en cuanto que lo libera del deudor más primitivo (42).

Última diferencia es que el cesionario no entrega al acreedor cedente el *quid* debido por el deudor, sino un correctivo del crédito, si fuese a título oneroso y nada, si la cesión fuere a título gratuito. Como dice Sancho Rebullida (43) únicamente cuando el precio satisfecho por el concesionario coincidiese plenamente con el objeto de la obligación cedida, ambas funciones coincidirían en su funcionalidad económica, pero aún así, el consentimiento de los contratantes determinaría su calificación jurídica y la consiguiente aplicabilidad de unas u otras normas.

1.2. Nuevo sentido de la institución de la subrogación. Alcance y visión actual.

Vistos todos los problemas que llevó pareja a su nacimiento la subrogación analizaremos las bases doctrinales del instituto

de la subrogación tal como se entiende en la actualidad.

Seguimos moviéndonos en el mismo campo de conceptos jurídicos; sin embargo, las necesidades del tráfico han ido desarrollándolas y acoplándolas a las necesidades actuales, impidiendo, al igual que sucedió en las etapas anteriores a la codificación, una configuración flexible y sobre todo eminentemente asentada en la realidad práctica. Como algún autor comentó, la dificultad jurídica de justificar esta figura radica en la ausencia de causa que lo justifique (44). Se sabe con certeza que la única opinión aceptada por todos, tanto doctrinal como jurisprudencia, es que es un medio jurídico que tutela los intereses del tercero que paga al acreedor la deuda de otro.

El paradigma jurídico se muestra más complejo cuando se pretende dar una explicación coherente a una sucesión del crédito, queriendo mantener simultáneamente la subsistencia de la primitiva obligación, junto con la pervivencia de las garantías y derechos de carácter accesorio en general, a la vez que se produce una mutación de sujetos activos.

La doctrina italiana ha sido la que principalmente se ha encargado de esclarecer la cuestión primordial, que desde el punto de vista dogmático radica en justificar el poder de disposición que la Ley permite dentro de la relación crediticia previamente constituida, al obligado subsidiario, podríamos añadir para centrarnos en la relación fideiusoria.

Es evidente que los legisladores de los tres Códigos en los que fundamentalmente apoyamos nuestras tesis: Francés, italiano y español partieron en primer lugar de la concepción de la relación obligatoria, pasando posteriormente a delimitar las formas de cumplimiento de la misma, dentro de la cual, el pago, tiene especial relevancia. No obstante, si centra-

mos nuestro estudio de esta manera surgen problema de todo tipo, tanto si nos detenemos en el tiempo de cumplimiento, como en las formas, modalidades... y legitimación; porque la finalidad de los legisladores era ante todo facilitar el tráfico jurídico; agilizar las relaciones crediticias favoreciendo al acreedor, legislando en aras de una tendencia no excesivamente restrictiva, a resultas de lo cual todo tercero, siempre que reúna los requisitos de capacidad exigidos por la Ley estuviera facultado para pagar. De esta permisión derivó a su vez la motivación que conduciría a un tercero a pagar por otro. Así surgió la concepción del interés que se expondrá seguidamente.

Un tercero podría, en consecuencia pagar con interés en la relación obligacional o sin él. Dos derivaciones de las que se desgajan dos situaciones jurídicas radicalmente diferentes ya aludidas: Mandato, representación, donación, fianza...

Por otra parte, el legislador tenía obligación de atender el interés del tercero que pagaba. Para ello reglamentó con carácter general unas disposiciones en las que se reguló la función ambivalente. Al pago interesado correspondía una acción de reembolso y se incentivaba, además, dicho interés concediéndole la posición jurídica en la que se encontrara el acreedor primitivo.

Al pagador no interesado se protegía su acción mediante la de reintegro de lo desembolsado, siempre que el deudor tuviera conocimiento del pago. Si dicha información no se facilitaba, sólo se protegía al tercero en aquello que hubiera resultado útil al deudor; situación difícil de entender aunque configura en principio la medida adoptada de justa, puesto que el comportamiento del tercero puede, en todo caso, perjudicar al deudor.

De aquel deseo de beneficiar al tercero interesado en la

relación obligatoria surge pues, la atribución de garantías suplementarias al crédito inicial, que recogiendo la tradición histórica se centra en la figura de la subrogación. En resumen, beneficios que el legislador atribuye *ope legis* en unos casos y convencionalmente en otros, al pagador interesado con carácter general, cuyo alcance y efectos hay que estudiarlos a partir de estas disposiciones genéricas para analizar posteriormente cómo se adaptan a situaciones individualizadas señaladas explícitamente por la Ley, como sucede en nuestro estudio.

1.2.3. Los autores italianos han estudiado el tema en mayor profundidad, diferenciando supuestos de sucesión en el crédito, del *subingresso* como señala el propio Codice Civile y casos de subrogación; dentro de estos, la división tradicional es convencional más bien por voluntad del deudor que por concesión del acreedor; la legal (45) y la subrogación por pago parcial.

Los autores italianos enfocan el pago con subrogación desde los siguientes puntos de examen:

1. Definición y requisitos de la subrogación. Alcance de la misma.
2. La subrogación como fenómeno sucesorio.
3. ¿Es un título adquisitivo o derivativo?.

1.2.4. Parten los autores italianos fundamentalmente de dos situaciones controvertidas: O bien configuran el fenómeno subrogatorio y en concreto, el pago con subrogación, como un refuerzo de la acción de regreso o bien la configuran como un medio sustitutorio de aquella, aunque rodeado de mayores garantías (46).

Partiendo de una concepción general de la subrogación pue

de decirse que significa sustituir una persona a otra en la posición jurídica que ya ocupaba aquel, o por lo menos, en la que le estaba destinada, añadiendo algún autor como Betti que "sin que el vínculo jurídico del sujeto que se coloca en la posición que ocupaba el anterior sujeto activo tenga que proceder de ningún nexo derivado del título que poseía el sujeto al que reemplaza" (47). Carpino, en un artículo dedicado a este tema, de fecha reciente, se conforma con dar una definición meramente descriptiva de la subrogación. Se basa fundamentalmente, señala dicho autor, en la sustitución de un tercero que satisface al acreedor, en los derechos del acreedor mismo (48); noción que no supone ninguna innovación, ni introducción de elementos nuevos o que pudiera utilizarse como clarificadora del tema. La mayoría de autores, como sucede con los franceses, y con los escasos tratadistas españoles que dedicaron su tiempo al estudio de dicha materia en profundidad, siguen utilizando criterios ya establecidos por autores de principio de siglo (49). En este comportamiento también incidieron autores contemporáneos extranjeros como puede ser Miccio, que no obstante, añade dos elementos nuevos (50) que preocuparon nuevamente a la doctrina: La declaración de que la relación anterior permanecía subsistente y la constatación de la producción de una modificación subjetiva, tema que conseguiría de esta manera, desvincularse del fenómeno novatorio.

No logrando otros autores separarse de las teorías tradicionales recurrieron a la vieja teoría de la ficción legal sin olvidar la mutación de sujetos activos (51); teoría a la que se adscribieron numerosos autores franceses (52).

Por último hay autores que confunden el intento de definir la institución con la descripción de la utilidad de la misma (53), intentando dar una definición basada más en cri-

terios utilitarios que jurídicos.

La mayoría de autores italianos entienden que la subrogación pudiera considerarse parte integrante del fenómeno de la sucesión particular de créditos, del cual, participa también la cesión.

Ya que quedaron apuntadas algunas breves referencias sobre la diferenciación con la cesión, pasemos a continuación a hacer lo mismo con la sucesión a título particular.

1.2.5.1. Diferenciación de la sucesión a título particular.

Consideran algunos autores que el pago con subrogación es una sucesión a título particular en un crédito, pudiendo provenir de un negocio jurídico, de una sentencia o de la Ley.

En la sucesión legal, donde se configura el pago efectuado por otro o por otros en nombre de otro, teniendo interés en la obligación, se genera el fenómeno transmisivo una vez se concrete el supuesto de hecho al que la Ley atribuye dicho efecto directamente.

Hay autores que entienden que todo supuesto de pago con subrogación es un supuesto más de sucesión legal porque no se produce por la voluntad del acreedor sino por obra de la Ley que ordena la transmisión con efecto inmediato (54). No obstante, también sus partidarios modifican, alteran y someten sus presupuestos a serias dudas abriéndose en su explicación ellos mismos interrogantes a la teoría por ellos formulada. Así por ejemplo, Magini precisa que no toda sucesión de derechos en que la voluntad del titular se manifieste en contra hay que considerarla sucesión legal, por lo que resulta necesario distinguir entre transmisión legal y coactiva (55); tesis que encuentra una fuerte oposición y dura crítica por parte de algunos autores que se adhieren a una clasifica-

ción en razón de los comportamientos de los sujetos respecto de la obligación. Distinguen pues en:

- 1.2.5.1.1. Subrogación en la titularidad activa.
- 1.2.5.1.2. Subrogación en la titularidad pasiva.
- 1.2.5.1.3. Subrogación en el ejercicio de un derecho de otro.
- 1.2.5.1.4. Subrogación en el cumplimiento de una obligación de otro o en general, en la actuación de un vínculo jurídico establecido y correspondiente a otra persona (56).

Tomando como punto de partida para su crítica, algunos supuestos aplicativos del concepto de subrogación activa en la titularidad, entre los que se incluye el supuesto objeto de nuestro estudio de subrogación legal a favor del tercero interesado en el cumplimiento que paga en lugar del deudor, Betti entiende que la clasificación que hace en esta materia es incompatible con la concepción, antes citada de Magini, que como sabemos concibe la subrogación en el pago como sucesión a título singular o particular en los derechos de crédito. Sucesión por otra parte, que la Ley vincula inmediatamente a la satisfacción del acreedor por parte de determinados terceros con la finalidad de garantizar la recuperación de la cantidad desembolsada mediante el regreso contra el deudor (57).

Acepta este autor, por razones de política legislativa, que la función de la subrogación sea asegurar al tercero que paga el reembolso por vía de regreso (58), aunque para este sea sólo una cuestión de política legislativa, debido a que centra la cuestión en el medio técnico escogido para realizar dicha finalidad.

El problema debe enfocarse en las consecuencias que produce el crédito mismo y en el análisis de las posibilidades de

subsistencia, requisito indispensable para que opere la subrogación.

El primer requisito necesario para mantener subsistente el crédito sería que a pesar del pago este no extinguiera el mismo (59), lo que es imposible dada la naturaleza extintiva inherente a la esencia misma del pago. Induce todo ello a la conclusión de que cuando se ha efectuado el pago no se puede pretender que no se haya producido la extinción del crédito (60). Negar esta consecuencia supondría aceptar que la tesis de Magini (61) es la acertada; esto es, que al acreedor no se le ha pagado sino que ha sido expropiado de su derecho de crédito y excluido de la relación obligatoria.

Todas estas argumentaciones sólo pueden llevar a dos planteamientos: O enfrentarnos al concepto de cesión para mantener subsistente el crédito o bien penetrar en el ámbito de las relaciones sucesorias a título particular de los créditos.

Dejando de lado la equiparación de la cesión con la subrogación, cuyo ámbito y características se encuentran en líneas fronterizas fáciles de traspasar sin darse cuenta y cuyo acento se pone en los elementos formales y concepciones económicas diferentes, nos encontramos ante un fenómeno que los juristas italianos se vieron en la necesidad de plantearse porque también la cesión de créditos se configura como un supuesto de sucesión a título particular (62), en contraposición a la universal (63) de un crédito, antes que de un *subingresso*, fenómeno del que nos ocuparemos a continuación.

Para Betti (64) la única realidad fuera de duda es que la primitiva relación subsiste, lo que no conlleva a la ulterior consecuencia de que subsista el crédito que correspondía al acreedor originario.

Lo que realmente importa destacar de lo expuesto hasta el

momento es que la relación obligacional subsiste en los supuestos en que se produzca una subrogación por efecto del pago.

En contra de la opinión normalmente mantenida (65), no encuentra Magini, que sea necesario para el funcionamiento de esta institución, la existencia de un derecho de crédito propio, preexistente a la subrogación como presupuesto necesario para poder ocupar la situación del antiguo acreedor, puesto que -y no está falto de razón- si el que pretendiera entrar en dicha situación dispusiera de dicho derecho sería inútil concederle dicho beneficio. Para que se produzca el efecto subrogatorio es necesario un título jurídico propio que legitime al tercero a ocupar la posición del acreedor, pues conviene diferenciar entre el título que legitima para alcanzar el *subingresso* del crédito que se adquiere por efecto del mismo.

El título se constituye en virtud del pago operado por el tercero, siempre que lo haya realizado para salvaguardar su interés en el cumplimiento de dicha obligación, mientras que por el contrario, el crédito nace como consecuencia automática de colocarse en la posición del acreedor. Concluyendo, dos son los conceptos que conviene retener: La subsistencia de la posición del acreedor y correspondiente vínculo obligatorio y respecto al tercero, el título que le legitime para ocupar dicha posición.

Esta distinción ambivalente implica una consecuencia inmediata que se contrapone a una de las teorías antes apuntadas que veían en la subrogación un modo de adquisición de carácter derivativo y no originario (66).

Lo que legitima al tercero a tomar la posición originaria del acreedor, no es el crédito considerado en sí mismo, sino

el título que adquirió desde el momento en que pagó; es decir, la adquisición del crédito por parte del tercero tiene un carácter originario puesto que se fundamenta en un título propio. Así pues, la construcción de Betti rechaza la existencia de nexo entre el crédito adquirido en virtud del pago y el perteneciente al acreedor satisfecho (67). Ello da pie para exponer la definición de la subrogación, aunque sólo tiene carácter indicativo debido a que en un estudio posterior modifica el criterio expuesto anteriormente entendiendo que la adquisición se funda en una relación con el titular que le precedió, en cuya posición se coloca; lo que supone un nexo derivativo, pero no fundado sobre un acto de transmisión que lo haga necesario. El crédito no viene transferido por quien lo tiene a quien lo adquiere, sino más bien, viene definido por la Ley en razón del pago; es decir, de un acto que mira a un fin distinto.

La definición que dio Betti en su primera época fue la siguiente: "Subrogación dentro del amplísimo alcance que tiene este concepto, se puede definir como el fenómeno de *subingresso*, por el que un sujeto sustituye a otro en la misma posición jurídica que este ocupa o, por lo menos, que le estaba destinada -sea en la titularidad del derecho o de la obligación- sin que el título jurídico del derecho o de la obligación, sin que el título jurídico del sujeto que sustenta esté necesariamente unido por un nexo derivativo al título del sujeto precedente" (68).

De la concepción de Emilio Betti interesa destacar algunos aspectos que posteriormente contribuirán a argumentar mejor nuestra tesis.

Para el autor citado la construcción dogmática de la sub-

rogación puede quedar vislumbrada a partir del estudio o del origen histórico de la institución, sobre todo del *beneficium cedendarum actionum* (69); opinión que al igual que la de muchos autores motivó, en parte, nuestra extensa exposición de los antecedentes históricos.

La función de la subrogación versa en asegurar al codeudor o al fiador un medio que le permita recuperar la cantidad entregada en concepto de pago. Remedio que considera más rápido y eficaz que la acción de regreso que puede compelerle en algunos supuestos en relación con el vínculo que estableció dicho ligamen, como pueda ser el mandato o la representación, pero que característicamente, no surge en otros supuestos.

Este planteamiento nos conduce al encuentro de un autor defensor de dos acciones diferentes: Una nacida en virtud de la relación que estableció la vinculación obligatoria entre los sujetos, que es la típica acción de reembolso y otra, con un carácter favorable para el tercero que pagó, que constituye la acción subrogatoria distinta de la que tiene su causa en el artículo 1.111-1º de nuestro Código civil a la que considera más ágil.

Nos interesa destacar otra conclusión de Betti: Subsiste, aunque objetivamente considerado sea otro, el derecho que corresponde a su titular. Sobrevive únicamente la relación obligatoria, de la que queda excluido el acreedor satisfecho, mientras que el tercero que paga le sustituye en la posición del acreedor; argumento que sirve para resolver el problema práctico de distribución de cargas y ventajas.

Entre estas se encuentra la protección que se concede al tercero que Betti califica de "cooperación de gestión", ofrecida con la finalidad de recuperar cuanto se dé para satisfacer al acreedor. Todo ello sólo puede servir de remedio conservador de la relación obligacional con el único fin de ase-

gurar la recuperación de la suma pagada con un medio más enérgico que una común y ordinaria acción de regreso. Se trata, en suma, de un interés en la recuperación, reconocido y protegido, que confiere al pago un carácter de "transmisión ulteriormente onerosa", que le imprime una función ulterior. Razones todas ellas que inducen a la conclusión de que sobre la función satisfactoria, que es la naturaleza del pago, se instaure otra función que puede llamarse de "rescate del débito" (70).

Discrepan los autores ante esta concepción de la subrogación poniendo especial énfasis en caracterizar la institución dentro de los cambios subjetivos de las obligaciones.

Así el cambio en la subrogación es la persona del acreedor en virtud de una sustitución entre el anterior acreedor y el nuevo que es el pagador; requiriendo para que se produzca la sustitución que haya sido un tercero interesado en la obligación. De esta forma se consigue -prosiguen sus partidarios, enumerando las ventajas de la institución y de la concepción que adoptan- que tenga lugar una transferencia de los derechos del acreedor originario al nuevo acreedor y que la relación obligatoria sufra una modificación subjetiva (71). Ponen el acento estos autores en la modificación subjetiva de la relación obligatoria, lo que lleva consigo el planteamiento de otra cuestión que se planteará más tarde ¿Es la subrogación un fenómeno novatorio?. Sobre esta cuestión, tan sólo apuntar, con referencia a nuestro Código civil, que aunque este considera en su artículo 1.203 la subrogación como una forma novatoria, por las razones que veremos posteriormente, nos inclinamos de antemano a anticipar que no puede incluirse dentro de fenómenos novatorios. En este mismo sentido de mutación de la relación preexistente incide Nicolò así como en todos aquellos aspectos que supongan la intervención del tercero (72). Todas estas teorías, tanto la que acabamos de ex-

poner como la descrita anteriormente que sostenía la pervivencia de la obligación en sentido objetivo, dan lugar a ciertas cábalas jurídicas como estas últimas, en la que la posición del acreedor subsiste mutilada de su objeto, lo que originó su falta de capacidad para convencer, por lo que otros autores pretendieron llenar este hueco intentando restablecer un equilibrio jurídico partiendo del reconocimiento de que el pago opera más intensamente en la actuación del derecho y en la realización del interés del acreedor. La posición en la que se coloca, dice Buccisano (73) no representa una situación jurídica efectiva, privada de un sujeto, que se pretende, sin embargo, que permanezca objetivamente inmutable.

Presenta el otro lado de la obligación preexistente y permanente que es la situación activa contrapuesta a la obligación. Es simplemente el contenido normativo del derecho originario, no una situación de hecho relevante, sino una simple expresión jurídica.

La subrogación en los derechos, consecuencia del pago, constituyen una fórmula sintética, equivalente a decir, adquisición *ope legis* de un derecho al subrogado sobre la base de un derecho existente con anterioridad y en el interés que el sujeto tenía al derecho de regreso.

Estas consideraciones llevan implícitas las soluciones a las cuestiones relativas a las relaciones de dependencia entre el derecho de crédito que existía y el del subrogado, llegando Nicolò a la conclusión de que el derecho del subrogado es cualitativamente idéntico al derecho primitivo; de donde se desprende un régimen normativo semejante y cuantitativamente proporcionado al interés del *solvens* (74).

Estas premisas conducen a Buccisano a negar toda posibilidad de pensar que se trata de un fenómeno sucesorio, pues en

la explicación que da este autor se alega que aún cuando se quieran asemejar ambas formas: la sucesoria y la subrogatoria, la pérdida del derecho del primer titular se produce por una causa autónoma respecto a la que determina la adquisición del derecho al sucesor y al subrogado; tanto la muerte en la sucesión *mortis causa* como el pago del acreedor en la hipótesis de subrogación. Excluyen los títulos originarios de la relación y hacen que en ambas instituciones el mecanismo adquisitivo grave al adquirente, pues el crédito se defiere al sucesor sobre la base de un negocio de familia o de un negocio testamentario o bien al *solvens* sobre la base de un título preexistente. Buccisano rechaza esta tesis (75), aunque calificándola de seductora, en razón a que el acto que rompe el nexo existente entre sujeto y derecho excluye al acreedor de la relación, mientras que el crédito que permanece intacto y se transfiere al subrogado, no constituye acto al que pueda dársele la consideración de pago.

No contento con los resultados obtenidos de los estudios de la materia, si bien sin rechazar planteamientos iniciales de algunas tesis, Miccio en una primera aproximación a la subrogación consideró que su característica más peculiar era constituir una hipótesis de permanencia de la relación jurídica inicial sin correlación con el derecho del acreedor; razón por la cual, encontrando el acreedor satisfechas sus expectativas, transmite al tercero, no el crédito porque este se considera inexistente, sino la estructura de la relación que lo vincula al deudor (76). Definición que posteriormente su propio autor rectifica por entender que su primera concepción no se distancia de la posición adoptada por Buccisano (77).

En un intento de definir la institución, parte Miccio de que aunque en líneas generales sea posible distinguir la naturaleza objetiva de la posición del sujeto, resultante de la

titularidad jurídica, consecuencia del efecto, o en palabras más simples, entre la posición jurídica del acreedor y del derecho del que pasa a ocupar dicha posición, resta siempre por explicar la razón y el fundamento de la supervivencia de la obligación que comporta la permanencia de esta posición objetiva que ha quedado privada de su titular desde el momento en que el crédito quedó consumido, y además falta explicar también, la esfera de actuación que evidentemente genera esta situación, cuando se produce la sustitución del titular originario por uno nuevo.

Participando de la idea de que la subrogación es un fenómeno en parte sucesorio y en parte novatorio se decide, después de criticar la configuración de la subrogación en una de estas dos modalidades jurídicas, que únicamente la subrogación sirve para reforzar el crédito originario, de tal manera, y en este punto sigue fiel a su concepción inicial, que no se transmite el crédito sino que únicamente produce un traspaso de las garantías pertenecientes a dicho crédito (78). En una época posterior mantuvo el carácter inconciliable de la sucesión a título particular con la novación, lo que presupone, además de no poder compatibilizar ambas figuras jurídicas, que no se puedan aplicar a la subrogación (79).

Ha quedado ya expuesto el amplio abanico de argumentaciones que se han esgrimido, con mayor o menor exactitud sobre el concepto de subrogación; irrediablemente por la misma actitud de los autores respecto a esta institución, querer delimitar su alcance, así como su ámbito de aplicación se mezcla y confunde con la naturaleza de la institución misma; lo que sólo viene a ratificar nuestro criterio al calificarla de institución más de carácter práctico que jurídico.

Aunque no se haya logrado arribar a una única conclusión, las argumentaciones dadas resultan interesantes, sobre todo cuando tratemos en el siguiente capítulo de la subrogación

dentro de una institución jurídica como la fianza.

Descritos al menos los rasgos característicos sobre los que pende dicha institución, veamos la cuantificación de su contenido.

1.2.7. Clarificación de la subrogación y del *subingresso*.

Una última cuestión queda por plantearnos: El carácter automático o facultativo de la subrogación una vez realizado el pago.

Andreoli, en un intento de delimitar los conceptos de *subingresso* recogidos en el Código civil italiano: artículo 1259 respecto del acreedor en los derechos del deudor; el *subingresso* hipotecario en los artículos 2866 y 2871 y por último, en el artículo 1780 concerniente al *subingresso* en los derechos del depositario, incide de rechazo en el problema que presenta la Ley al emplear un lenguaje poco conciso que propicia dar lugar a equívocos (80).

Al plantearse Andreoli cómo se produce la mutación jurídica que expresamente dictamina la Ley en su artículo 1.259 (81) con las palabras "... Il creditore... subentra", supone que se produce una transferencia que actúa jurídicamente de modo automático, sin intervención de la voluntad del sujeto agente, o lo que es lo mismo, que lo que expresa dicha fórmula sea la manifestación de un derecho potestativo de ejercitar los derechos que la Ley le permita, o por el contrario ¿dicha fórmula expresa un automatismo absoluto en el que no opera evidentemente la voluntad del subrogado, sino que la transmisión del crédito se efectúa *ope legis*?

Para un mejor análisis compara dicha fórmula con otras que

con carácter similar se encuentran dispersas por el Código, tomando como ejemplo la fórmula (semejante a la utilizada en los derechos del fiador del artículo 1949) del artículo 1916-1º cuando afirma: "L'assicuratore... è surrogato... nei diritti dell'assicurato verso i terzi" (82); queda fuera de duda que este supuesto es válido para la investigación del mecanismo de dicha institución puesto que fácilmente se puede llegar a la conclusión que la fórmula "è surrogato" es equivalente al enunciado "subentra". Conclusión semejante podría deducirse del artículo 2038 ó del 1916-3º donde aparece la formulación de derecho de subrogación (83).

Apunta Andreoli (84), en su tesis, que el tratamiento que da el Código no permite ver más allá de un derecho potestativo a la subrogación en todas las fórmulas que utiliza el Código (85).

Empleando la misma argumentación que utiliza Andreoli con el artículo 1916 en que claramente se alega "... è surrogato" podemos por analogía ampliar las conclusiones al artículo 1949 (86), en el sentido de entender que el derecho de subrogación a que se refieren dichas disposiciones no tienen significado diverso que entender que se concede al sujeto subrogado, tanto en la situación aseguratoria como en la fianza la facultad de subrogarse, y que dicha fórmula expresa el efecto del ejercicio de dicha facultad (87).

Esta teoría queda expuesta únicamente en su argumentación. Posteriormente volveremos sobre ella al estudiar su incidencia en la fianza. Sólo señalar que esta tesis no es una mera construcción artificiosa sin resultados prácticos, sino que en principio puede considerarse exponente de un problema

fáctico. Así pues, la subrogación legal atribuye un derecho potestativo, que significa que el Tribunal de Casación estimó que la subrogación, aunque sea de carácter legal, no actúa independientemente de la declaración del tercero, que ha pagado, de querer subrogarse en la posición del acreedor satisfecho; ni opera de manera automática. No obstante, esta sentencia pone en entredicho nuevamente el papel del interés en el pago y abre un interrogante ante la consideración de dicho supuesto como legal y no voluntario, puesto que se da un valor relevante a la voluntad del subrogado (88) sobre los efectos mismos que generaría la actuación de pagar con el consiguiente efecto legal de poder subrogarse en la posición del acreedor.

II. Mecanismo.

Normalmente se concede la subrogación legal con la atribución de un crédito rodeado de unas especiales garantías, que suelen ser de carácter real.

Si bien en principio pudiera aparentar la subrogación que transmite el crédito junto con los derechos accesorios, entre los que hay que incluir tanto las garantías reales, privilegios y demás derechos accesorios, excepción hecha de los derechos de carácter personalísimo, hemos podido observar cómo la doctrina no es unánime en este punto. Mientras algunos tratadistas se conforman con entender que únicamente se transfieren al subrogado las garantías (89); otros autores entienden que se transmite todo el crédito junto con los derechos inherentes al mismo (90); y por último, se encuentran, con carácter mayoritario, los autores que entienden que al subrogado se le traspasan, tanto los derechos accesorios como todos aquellos que acompañen

al crédito primitivo, exceptuando los derechos de carácter personal. Respecto al crédito, por razones equitativas, únicamente el nuevo acreedor estará legitimado para recibir la parte correspondiente del mismo en relación a la deuda pagada (91). A mayor abundamiento de lo dicho se pone como ejemplo el supuesto de pago de un codeudor en una relación solidaria; el que pague podrá proceder contra sus correligionarios por el importe de la deuda menos la cantidad que él mismo adeudaba, puesto que caso contrario se estaría fomentando un supuesto de enriquecimiento injusto permitido la Ley.

Otro de los problemas que presenta la subrogación es el funcionamiento de su mecanismo. Queda fuera de dudas que el elemento que sirve para poner en funcionamiento la subrogación es el pago. No obstante, una vez se efectúe este ¿se produce la subrogación con carácter automático o por el contrario es un derecho potestativo; una facultad más que la Ley concede al tercero interviniente en la relación para favorecerle?.

2.1.- Análisis del mecanismo de la subrogación.

Referirse al artículo 1.210 sin vincularlo inmediatamente a los supuestos generales de pago de un tercero de los artículos 1.158 y 1.159 es imposible. La redacción y significación de estos artículos sólo puede comprenderse teniendo en cuenta los artículos precedentes del pago de un tercero.

Nuestro estudio debemos centrarlo en el tercer supuesto de los enumerados en el artículo 1.210.

Paga efectivamente un tercero interesado porque se ha comprometido mediante la estipulación de una relación de carácter obligatorio. Interés, que en opinión de Manresa es una idea vaga y relativa. Entiende el autor citado (92) que dicha vaguedad es imprescindible eliminarla; en primer lugar, no tomando en cuenta los acreedores del deudor que no comprendiera el primer inciso del artículo 1.210, ya que para ellos la Ley dedica un apartado especial.

Por otra parte, entiende el autor citado que la noción de interés debe concretarse en un interés manifestado en alguna relación de derecho respecto de la obligación o de las cosas a las que afectan y vinculado con la conveniencia del cumplimiento de aquella.

De esta manera resultan interesados los codeudores y los fiadores; los dueños o poseedores de las cosas en que consista la garantía e incluso los que ostenten un derecho real o constituido un contrato de arrendamiento, porque en todos estos casos, la efectividad del crédito logrado por el primitivo acreedor o la probable mutación en la propiedad de las cosas, que por aquellos se realice, puede afectar a personas, acarreando incluso algún perjuicio cierto (93).

Es de notar que no hay verdadera subrogación en el caso de que pague uno de los codeudores solidarios, puesto que según el artículo 1.145 queda extinguida la obligación, si bien el codeudor que pagó puede repetir contra los demás su reclamación, invocando como causa y título el pago y no la novación (94).

La subrogación se producirá de forma automática una vez efectuado el pago, aún con la ignorancia del deudor e incluso contra su aquiescencia, sin que pueda invocarse para

encontrar una solución distinta de la regulación aparecida en los artículos 1.158 y 1.159 porque son la regla general, que quedaron modificados por la normativa específica contenida en dicho párrafo tercero 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 pagase un tercero no interesado. En cualquier circunstancia, hay que observar que la ignorancia o la oposición del deudor no deja de producir efectos en cuanto le permitan oponer al subrogado todos los medios de defensa que contra el antiguo acreedor tuviere.

Puede, por tanto, oponerle la compensación ya causada en la fecha de lo subrogado; el pago anterior a este y cualquier defecto de la obligación, pues si esta es nula o se hallaba extinguida no es susceptible de novación. Los efectos se producirán desde la fecha que aquel tenga conocimiento del pago y consiguiente subrogación (95).

2.2. La subrogación resultado del pago.

Los autores preocupados quizás por configurar una institución que no encajaba en los esquemas jurídicos vigentes, se preocuparán de explicar el nacimiento y funcionalidad de este instituto jurídico sin destacar un hecho jurídico que parece de suma importancia. La subrogación es un efecto, una consecuencia del pago. Es el hecho desencadenante de todo el traspaso o sucesión de derechos y acciones de un acreedor al tercero, considerado en su sentido más lato. Ello es el resultado de la subsistencia de una relación obligatoria en la que hay un compromiso de dar o hacer que para aquel tercero siempre se transformará en una obligación de dar cosa cierta y determinada; esto es, en una obligación de carácter

fungible que en la mayoría de los casos será una obligación dineraria. Deberá producirse, en primer lugar, el vencimiento de la obligación, a consecuencia del cual el deudor incurrirá en mora, resultando de dicho impago la intervención del tercero saldando la deuda. Consecuencia de ello es que el tercero, que hasta aquel momento sólo se encontraba en una situación expectante, interviene para actuar como debiera haber hecho el deudor.

La actuación del tercero pagador sin ser obligado principal plantea problemas de orden jurídico que pueden quedar esquematizados de la manera siguiente:

1. La subrogación como efecto del pago.
2. Configuración de la subrogación si se considera que el pago extingue la deuda.
3. Respuesta al cambio de sujetos en la relación obligatoria principal. Elementos necesarios caso de que se produjera una novación. Para dicho supuesto ¿qué efectos produce?.
4. ¿La causa de la obligación es la misma que la originaria?. Si no fuera así ¿nos encontraríamos ante el nacimiento de una nueva obligación?.

2.2.1. La subrogación es un efecto del pago.

El cumplimiento o pago enumerado como uno de los modos de extinción de las obligaciones (96) es " la realización de la prestación debida (97) que trae como consecuencia la extinción de las obligaciones" (98). No obstante, la equiparación que emplea el Código Civil suele resolverse entendiéndose en el lenguaje vulgar que la palabra "pago" se refiere a las obligaciones de dar, tratando en particular de las obligaciones pecuniarias (99). No obstante, es evidente pensar que como en la mayoría del articulado correspondiente al

pago, las disposiciones van referidas en su práctica totalidad a las obligaciones de dar, sobre todo las dinerarias; problema que no se presenta en la fianza ya que toda obligación se transformará para el fiador en dineraria (100). Es conveniente resaltar, puesto que los artículos 1.158, 1.159, 1.210 y 1.211 junto con el 1.212 están todos ellos estrechamente vinculados con los artículos 1.838 y 1.839 relativos a la acción de subrogación y regreso, que pertenecen al fiador una vez este pague por el deudor.

Es difícil pensar que estos artículos sean de aplicación a obligaciones de dar bienes específicos, entre otras cosas, por la imposibilidad de disponer de bienes ajenos (101). Tan sólo en las obligaciones dinerarias o de bienes fungibles puede funcionar con absoluto sentido, tanto para las acciones de subrogación como las de reembolso o repetición, a consecuencia del pago del tercero. Algún autor (102) se inclina por verle también aplicación en las obligaciones de hacer y de no hacer, supuesto este último que no podemos por menos de encontrar difícil de construir jurídicamente aunque sí hay un supuesto que destacaremos al estudiar el artículo 1.839.

Afirma este autor y con razón (103), que el comportamiento del sujeto pagador de una obligación de hacer o no hacer es que su deudor no repita la prestación que tenía comprometida frente a su acreedor en la obligación originaria; precisamente de ahí deriva la importancia de que en los supuestos de subrogación legal el tercero pueda optar por el reembolso en el momento del pago y también la importancia de que la acción de reembolso tenga como finalidad obtener el valor de lo realizado. Este planteamiento de Bercovitz, admite a nuestro entender una serie de objeciones.

Manifiesta Bercovitz que la acción de reembolso debe traducirse en un valor económico. En ningún momento creemos que se pueda entender que la acción de reembolso tenga otra finalidad que la de resarcir de la pérdida del valor patrimonial en que se haya visto perjudicado el patrimonio del tercero (104).

Por otro lado, parece que en el intento de aplicar a las obligaciones de hacer y no hacer el beneficio de subrogación y la acción de reembolso entremezcla ambas, lo cual es criticable porque la subrogación no supone una cuantificación económica de la obligación sino el reforzamiento de un crédito, atribuyéndole una serie de garantías y privilegios suplementarios que pueden ser ejecutados en unos casos y en otros por el contrario, no poder ni siquiera llegar a realizarse por ser inexistentes. Hay además, que tener en cuenta que la acción de reembolso y subrogación son conceptos e instituciones diferentes. Ambas pretenden no dejar inerte a quien pagó, pero las vías o procedimientos para resarcirse del pago son totalmente diferentes. Por otra parte, no hay razón para privar al tercero de una de ambas acciones cuando el ordenamiento jurídico le está facultando para que ejercite ambas; problema distinto, en el que entraremos posteriormente, es el ejercicio coetáneo de ambas acciones.

El término pago parece querer resaltar el aspecto pasivo de la actividad solutaria, mientras que el vocablo "cumplimiento" destaca el aspecto activo (105).

Cuando se habla de cumplimiento para establecer que una determinada obligación se ha satisfecho de manera liberatoria, habrá que recurrir, en primer lugar, al examen del cumplimen

to de la obligación, contenido al que previamente las partes se comprometieron. Por tanto, la exactitud de la prestación está estrechamente vinculada con el contenido de la obligación en particular.

Nuestro estudio, dentro del extenso ámbito de las obligaciones de dar, hacer o no hacer lo concretamos lógicamente en las obligaciones de dar y dentro de éstas en las pecuniarias.

La satisfacción del crédito normalmente la provocará el deudor pues hay que presumir que tiene *animus solvendi*, aunque también es posible que este pueda asignar a la propia prestación una finalidad distinta de la del pago de la deuda, excepto en el supuesto de que se trate de prestación de cosa específica (106).

Lo dicho sólo sirve para abundar en la finalidad que le otorga el Código Civil de modalidad extintiva de las obligaciones como efecto liberatorio del deudor. Se encontraba ya en la L. 54, tít. 3, libro 46 del Digesto, donde parece que Paulo quiere subrayar que el pago produce la extinción del vínculo obligatorio, intentando generalizar la máxima de que todo pago libera al deudor (107).

No es objeto de nuestro estudio analizar la naturaleza del pago. Nuestro trabajo se centra en el análisis de los efectos que puede producir en el pago de una tercera persona interesada en la obligación, en virtud de una previa relación obligatoria establecida, así como los recursos con los que provee el ordenamiento jurídico a dicho tercero para salvaguardar su indefensión ante el desembolso de una previa

cantidad de dinero.

Partimos pues del pago como un *prius* generador de la subrogación. Establecida esta premisa hay otra que le precede: El pago es generador de efectos jurídicos en general, uno de los cuales se concreta en el beneficio de la subrogación. Beneficio que se concederá no al deudor, sino a otra persona que cumpla por este con el fin de recuperar lo pagado.

Podemos adelantar que en principio los efectos se reparten en dos bandos: Por un lado, el pago intenta la liberación del deudor aunque haya sido efectuado por persona distinta del obligado a título principal. De otro, consecuencia de la extinción de la deuda de un tercero, aparece coetáneamente para el deudor la obligación de reintegrar aquello que desembolsó el pagador (108).

El planteamiento del pago contiene un efecto ambivalente. Siempre que una obligación se pague o cumpla, la deuda se extingue preceptivamente por efecto de dicho pago satisfaciendo a las partes implicadas directamente en la obligación, mientras que el deudor, satisfecho su débito, quedará liberado paralelamente al acreedor que se habrá visto resarcido de su débito (109).

Si nos atenemos a la entrega de la cosa o realización de la prestación objeto de la obligación, se produce como consecuencia entender que la deuda ha sido pagada y por efecto de dicho pago el deudor ha quedado liberado. Armonizando el artículo 1.157 con el antecedente encontramos que el pago extingue la obligación, no quedando más remedio que aceptar, que desde el momento en que se paga la obligación ésta queda extinguida por imperativo legal. Este efecto ha sido constante desde la Codificación, aunque en algún proyecto se enten-

diera que la subrogación expresamente citada también constituiría un medio extintivo de las obligaciones.

A la vista del articulado del Código Civil no puede concluirse más que con la afirmación de que todo pago extingue la obligación y en consecuencia libera a la persona del deudor.

Esta situación parece que es la que se deriva de modo indubitable de la lectura de los artículos 1.156 y 1.157.

Dejando al margen pagos en los que no se atiende de manera directa a la satisfacción del acreedor (110) quedando disociadas las dos funciones del pago, nos encontramos con un pago no satisfactorio de estricto carácter extintivo.

Vamos a detenernos en primer lugar en la situación inversa de la descrita. En un caso donde el pago cumple una función satisfactoria, quedando desligado de la función extintiva del mismo, aunque a expensas de esta última (111).

Entre las situaciones próximas al cumplimiento, que agrupadas al cumplimiento estricto dan lugar al cumplimiento en sentido amplio, se encuentra la intervención del tercero, supuesto que es ahora objeto de nuestro estudio.

2.3. - Pago de un tercero en el cumplimiento de la obligación.

Este cumplimiento, al igual que si el pago lo realizara el deudor principal, produce el efecto extintivo mediante un comportamiento que determina la satisfacción del interés del acreedor. Lo característico de esta situación es que el efecto extintivo de la obligación no se presenta por sí solo, o el medio utilizado no es el mismo o quedan ambas situaciones simultáneamente (112).

El Código legitima a cualquier persona a efectuar el pago, distinguiendo varios supuestos.

Cuando se refiere a la realización de la prestación lo hace de modo impersonal; no resalta el elemento personal sino que se refiere ante todo a que la prestación se cumpla.

Aunque esta concepción no significa que se excluya la idea de realización por el deudor, queda armonizada por la amplitud con que se reconoce la intervención del tercero (113).

Uno de los requisitos fundamentales para que el pago sea válido y eficaz es que se realice por persona capaz legalmente para realizarlo.

En principio el cumplimiento incumbe al deudor, ya que ha contraído con el acreedor el deber jurídicamente exigible por el acreedor de pagar al vencimiento de la obligación (114). Ahora bien, además del deudor hay personas que se encuentran facultadas activamente.

En unos supuestos el acreedor tendrá derecho a exigirles el cumplimiento, por ejemplo en el supuesto de la fianza; no teniendo dicho derecho en otros supuestos. Lo que importa destacar es que en todo caso estas personas pueden efectuar lo válidamente.

Para esta materia son fundamentales los artículos 1.158 y 1.159. El primero de ellos está redactado en un sentido amplio. Así confiere legitimación a cualquier persona (115).

Sólo importa que lo efectúa una persona; es indiferente el motivo por el que lo realice; lo que hace pensar que el fin primordial de este precepto es satisfacer al acreedor (116).

Después de establecer el principio de que cualquier persona puede realizar el pago, diferenciar según esté o no interesada en el cumplimiento de la obligación. El supuesto que nos interesa es el encuadrado en el de pago de un tercero interesado puesto que el fiador está obligado a pagar en el caso de incumplimiento del deudor principal.

Como señala Hernández Gil (117) es difícil imaginar el segundo supuesto, puesto que el hecho de pagar presupone la existencia real de un interés.

La intención del precepto pudiera interpretarse en el sentido de que no se requiere la demostración del interés para intervenir en el cumplimiento, al margen del mismo; importa la información que llegue al deudor del pago. Estos casos se delimitan en la existencia de un previo conocimiento por parte del deudor, lo que presupone su consentimiento; puede ocurrir también que se pague con el asentimiento tácito del deudor; que una vez se haga el pago se dé el asentimiento bien expresa, bien tácitamente; que al deudor le haya llegado conocimiento del pago sin mediar asentimiento ni expreso ni tácito, y por último, que el deudor ignore el pago.

2.3.1. Consecuencias que se derivan del cumplimiento llevado a cabo por un tercero con la aprobación del deudor.

2.3.1.1. El tercero, una vez haya realizado un desembolso por motivo del pago tiene una acción para ejercitar contra el deudor por el perjuicio patrimonial infringido.

Establece Hernández Gil una diferenciación que nos parece digna de ser destacada.

Resultante del pago surge un nuevo derecho de crédito au-

tónomo e independiente del anterior, que llevado a sus últimas consecuencias significa que nace una nueva relación obligatoria entre deudor y tercero que pagó, quedando plenamente extinguida la anterior y consiguientemente con ella, todos los derechos, garantías y privilegios inherentes a la misma que no se transmiten a la mera relación. Resultado de esta argumentación es la conclusión de que la relación inicial quedó plenamente extinguida. Sólo resta como efecto del pago un derecho de reembolso hacia el deudor por la cantidad que satisfizo.

Este efecto, como señala el autor citado, no actúa de forma automática pues el tercero tiene al mismo tiempo un derecho de subrogación que, en opinión de Hernández Gil, (118) supone la pervivencia de la relación obligatoria inicial. Señala además, dándole un carácter opcional a ambas acciones, que en el único caso de que el tercero ejercite el reembolso y no la subrogación será cuando la extinción se haya producido.

No vamos a penetrar en la fundamentación del derecho de reembolso; tal como sucedió en el Derecho clásico romano se viene justificando por razones equitativas que tienen como único fin evitar que se produzca un enriquecimiento injusto por parte del deudor (119), considerando que el tercero que paga interesado en el cumplimiento de la obligación lo hace porque estaba ejecutando una relación de mandato o de gestión de negocios ajenos. Es importante significar que el tercero deberá pagar siempre en su nombre, no concediéndose la acción de reembolso, si se actúa en nombre del deudor, ni si se hace *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.

2.3.2.2. Da derecho a la subrogación.

Uno de los efectos del pago es que al tercero se le concede la facultad de subrogarse, de pasar a la antigua posición del acreedor originario, que implícitamente significa concederle el derecho a exigir el cumplimiento de la obligación.

Dejando para un capítulo posterior las consecuencias del pago del fiador, puesto que una de ellas con carácter automático es la subrogación en los derechos y acciones del acreedor, puede deducirse que el ordenamiento jurídico concede con carácter general la posibilidad de subrogarse a todo aquel que pague siempre que sea con el consentimiento, tácito o expreso del deudor. Esta consecuencia es la que parece desprenderse, en opinión de prestigiosos autores, *a sensu contrario* del artículo 1.159 (120).

Reforzando su posición, se encuentra un apoyo en la Jurisprudencia, siendo de fundamental importancia la sentencia de 30 de diciembre de 1931. Esta sentencia argumenta la interpretación *a contrario sensu* del artículo 1.159 en un sentido diverso de nuestra opinión, que nos proponemos rebatir.

Considera dicha sentencia (121) que entender *a contrario sensu* el artículo 1.159 significa que el pago hecho con conocimiento del deudor faculta a quien lo realizó para ejercer la subrogación, entendiéndose que el artículo 1.159 establece una presunción de subrogación expresada en el sentido expuesto que bien podría encuadrarse como uno de los supuestos de subrogación a los que alude el artículo 1.209 ya que

no sería un supuesto que se presume sino que deviene expresamente definido por la Ley.

El planteamiento, al margen de su grado de certeza, pone de relieve otro de los problemas concatenados a la subrogación.

Los artículos 1.158 y 1.159 tratan de la legitimación para realizar el pago, así como de las acciones que competen a la persona que realice el desembolso patrimonial; de la misma manera que diferencian diversas situaciones jugando con criterios distintos según las conveniencias del momento.

Vemos pues, cómo de la lectura de los preceptos, las acciones y efectos que se derivan son diferentes según que exista o no interés por parte del sujeto legitimado del elemento activo del pago, y en otras ocasiones destaca el elemento cognoscitivo del deudor. Esta confusión de elementos con consecuencias diversas no acaban de comprenderse, sobre todo tras la lectura del artículo 1.159 donde introduce tres nuevos elementos.

Si consideramos el artículo 1.158 como el prototipo de la regla general y el siguiente como el que representa la excepción, los elementos a los que nos referimos son los siguientes:

- Pagar "en nombre del deudor". Supuesto que enlaza con el anterior y que permite estructurarlo dentro de los casos de pago con conocimiento, ignorancia o desaprobación expresa del deudor; aún más, introduce un nuevo elemento que nos remite a un articulado posterior, en concreto a los artículos 1.209, 1.210 y 1.211 referentes a la subrogación.

La introducción de la figura de la subrogación como in-

dicábamos al principio de la exposición, no tiene sentido, puesto que si se introduce una figura que está definida en artículos posteriores, resulta aún más ilógico que lo haga como latiguillo para un supuesto que no debe resultar confuso.

III.- Interpretación del artículo 1.159.

Dicho artículo requiere una explicación aunque sea meramente sistemática.

Varias interpretaciones se han dado al respecto, que se exponen a continuación, si bien queremos anticipar que sea quizás, una llave que obstaculice el ejercicio de las acciones concernientes al que paga y que por alguna razón el legislador no citó en el artículo anterior, que de tener explicación es donde debería figurar; más aún, si así se entendiera deberíamos pensar, y entonces sí tendrá razón los considerandos de la sentencia aludida al principio, que lo que se quiere establecer es, o bien que en todos aquellos casos en que pague el deudor conociéndolo el acreedor hay un derecho por parte del tercero a reclamar la subrogación y se olvidó el legislador de destacarlo en el artículo anterior; o bien, otra interpretación que recordaría la problemática que expusieron los autores clásicos y que ha quedado abierta pero sin explicación posible.

Evidentemente no se puede equiparar interés y conocimiento. No tiene las mismas consecuencias pagar porque se tenga interés en que se cumpla la obligación que contar con el conocimiento o aprobación del deudor.

El primer supuesto tiene mayores consecuencias. Si hay por medio una relación obligatoria, por ejemplo, una fianza

entre el deudor y el tercero, 'el primer efecto será extinguir la obligación entre ambos.

Queda posteriormente, un desembolso patrimonial que hay que resarcir. Si de antemano ya se había constituido una relación obligatoria entre el deudor y el tercero para que pagara la deuda resultante de la obligación nacida entre acreedor y deudor originarios, hay que presuponer que ya existía un interés, bien con fines más o menos benéficos o de carácter especulativo, pero a fin de cuentas no se puede negar la existencia *a priori* de dicha relación con finalidad ajena al cumplimiento de la obligación misma. Esa finalidad puede concretarse en ocupar la posición del acreedor originario, bien porque este ostente un crédito de rango superior o privilegiado respecto al tercero o porque el crédito del primero estuviera rodeado de mayores garantías que las de este último. Por otra parte, el derecho a ocupar la posición del acreedor originario no implica siempre la satisfacción de la deuda (122); por ello, es por lo que se concede una acción encaminada directamente a la obtención del desembolso realizado.

Si no hay interés en el cumplimiento de la obligación, el legislador se preocupa de subrayar el déficit operado en el patrimonio del ejecutor del débito.

Las consecuencias, por otra parte, que se derivan de la aprobación del deudor o desconocimiento inciden directamente en la acción que se concede al tercero para reclamar lo pagado, con la salvedad de hacerlo en contra de su expresa voluntad; supuesto en el que no podrá repetir del deudor más que aquello en que le hubiera sido útil el pago.

La sistemática de los artículos 1.158 y 1.159 no tiene



sentido alejada de los preceptos relativos a la subrogación.

El artículo 1.158 contiene todos los elementos de los que derivará el derecho a obtener la subrogación o no: Pago, interés y conocimiento con aprobación del deudor. No tiene sentido introducir estos tres elementos para incluir en el artículo siguiente las consecuencias de la subrogación, de la que más tarde se vuelve a tratar concordando otra vez interés y conocimiento o aprobación del deudor.

La explicación podría resultar más clara incluyendo el estudio de los distintos anteproyectos y proyectos de Código Civil.

El Anteproyecto de 1851 incluye en su artículo 1.086 como una modalidad de extinción de las obligaciones "... la delegación o subrogación". En el Anteproyecto de 1882-1888 en el artículo 1.173, concerniente a la extinción de las obligaciones, no se incluye la subrogación, sino que figura únicamente la novación, que curiosamente también funcionaba en el Anteproyecto de 1851 (123).

El artículo 1.159 por otra parte, tampoco figuraba en el Anteproyecto de 1851 (124) apareciendo por primera vez en el Anteproyecto de 1882-1888 en el artículo 1.176 (125).

El tratamiento que da el Código Civil es distinto a los supuestos de pago. Según quien lo realizara disponía de las facultades derivadas del artículo 1.099 en el Anteproyecto de 1851. Dicho cambio se produce en el Anteproyecto de 1882-1888 (126) en el que se establece el principio de que cualquier persona puede pagar atribuyéndosele un tipo de acción, diferente según los casos.

El énfasis que el primer Anteproyecto puso en el interés

deja su lugar al elemento cognoscitivo y volitivo del deudor. Bercovitz razona este cambio valorando dichas fórmulas: Interés, conocimiento, como circunstancias merecedoras de consecuencias diferentes; explicación que parece la más razonable y que ciertamente puede llevar como consecuencia facilitar el pago al tercero (127). Concluimos con Bercovitz que la única razón que se puede encontrar actualmente es, que mientras en el artículo 1.099 del Anteproyecto de 1851 tenía sentido mencionar el interés que era indicativo de la necesidad o no de recurrir a un articulado diferente para ver las consecuencias, en la actualidad, el artículo 1.158 engloba todas las modalidades del pago; con lo que la finalidad prevista originariamente quedó perdida con la redacción del artículo 1.175 del Anteproyecto de 1882-1888 y consiguientemente en el artículo 1.158 actual, ya que este artículo regula todos los efectos del pago al margen del interés y del conocimiento de un deudor.

Correlativa a esta modificación también se producen cambios en la regulación de la subrogación.

El artículo 1.117 del Anteproyecto de 1851 queda aminorado en el artículo que pasa a sucederle: El artículo 1.227 del Anteproyecto de 1882 del que resulta posteriormente, sin ninguna alteración, el artículo 1.210 actual. Aspecto importante es que la modificación producida en los anteproyectos varía el primer párrafo en el sentido de atribuirle el carácter de presunción legal de subrogación a lo que en principio se dispuso que fuere subrogación por imperativo legal.

El artículo 1.209 actual tuvo su antecedente totalmente nuevo en el Anteproyecto de 1882: El artículo 1.226 que se apartaba en su integridad del originario artículo

1.116, antecedente del mismo. Llegamos por último a los antecedentes del actual artículo 1.159 que se introdujo como nuevo dando lugar al artículo 1.176 (128), en el que se limita la prohibición de dicho artículo a los casos en que el deudor ignore el pago.

A la vista de las modificaciones operadas entre el Anteproyecto de 1851 y el de 1882-1888 cabe analizar estos a fin de encontrarles alguna interpretación lógica o al menos sistemática. En este sentido Bercovitz (129) ve que pueden ayudar o esclarecer los cambios operados.

El enfoque de estas modificaciones puede interpretarse con dos visiones radicalmente opuestas. O se entiende que las modificaciones repercutieron directamente en el fondo, o simplemente que estas produjeron modificaciones en la forma.

El primer supuesto tendría que interpretarse en el sentido de que la voluntad del legislador fue que el tercero que pagaba pudiera verse protegido por una acción de reembolso propia del efecto normal u ordinario del pago.

La subrogación sólo tendría lugar en supuestos excepcionales que se producirán en los casos en que la Ley así lo disponga o intervenga la voluntad de las partes para establecerlo; en tal supuesto no podría admitirse que se tratara de un efecto directo, sino derivado de la voluntad de las partes. No obstante, después de la modificación operada en el actual artículo 1.210 los supuestos comprendidos en este precepto sólo establecen presunciones de que se ha producido, queriendo de esta manera facilitar la prueba de ello al pagador (130), ya que cuando la Ley quiere conceder la subrogación la otorga directamente, como sucede a título de ejemplo en el artículo 1.839.

El efecto normal del pago es pues, respecto al tercero, conceder un derecho de reembolso al tercero que lo haya efectuado. En todo caso, la subrogación sería una figura excepcional cuya única finalidad en la redacción del artículo 1.210 es facilitar la prueba de que se ha pagado cumpliendo las condiciones que exige cualquiera de estos tres supuestos del 1.210; no obstante, esta interpretación no explica la significación del artículo 1.159.

Una segunda interpretación es ver que los cambios introducidos no supusieron un cambio de mentalidad en la redacción del articulado, sino únicamente un cambio de redacción y de sistemática. Aquí también nos encontramos con que el artículo 1.159 no es concordante con el resto del articulado. Tanto en uno como en el otro Anteproyecto se provocan unos efectos para el tercero según esté interesado o no en el cumplimiento de la obligación y según conozca, apruebe o ignore el deudor su comportamiento. Dicho todo lo cual, sigue sin justificarse la existencia del artículo 1.159.

Si queremos entender la significación del pago de un tercero interesado o no, puesto que el artículo 1.210 lo presume, cabría la posibilidad de que manifestara su intencionalidad favorable a la subrogación, que supondría integrarlo en el tercer supuesto del citado artículo 1.210.

Llegando a esta solución extrema y en todo caso contraria a nuestra opinión, se entraría en un conflicto de Leyes en las cuales habría que valorar la mayor o menor importancia del conocimiento sobre el interés, argumento que también es válido para rechazar la tesis favorable a la interpretación del artículo 1.159 *a contrario sensu*.

A pesar de estas argumentaciones, nuestro criterio se orienta en otro sentido.

Se han expuesto una serie de argumentaciones que a nuestro entender parten de un punto de origen equivocado.

Al referirnos al artículo 1.158 se hace alusión a la reglamentación de las circunstancias y consecuencias del pago, que corresponden a un deudor, en virtud de una relación obligatoria establecida con el acreedor.

Sin entrar en el carácter de la obligación sobre la que hemos dejado apuntadas algunas ideas, hay que recalcar, que se centra la cuestión cuando el pago lo realiza un tercero.

Este puede realizar la función extintiva o bien pagando en nombre del deudor, por lo que su actuación sería la misma que si mediara un mandato o una representación, como si se tratase, en suma, de las mismas actuaciones que pudiera llevar a cabo el deudor, o bien pudiera obrar en nombre propio.

Este último comportamiento produce unos efectos distintos de los anteriores. Esta forma de pago existirá cuando el tercero que realice el pago intervenga en la relación obligatoria, manifestando que tiene un interés propio y directo en la obligación; por lo que pueden no ser coincidentes el interés del deudor y el del tercero; que además no extingue el vínculo obligatorio originario sino que da lugar a otro en el que el tercero se constituye en acreedor frente al deudor; se traduce en suma, en el ejercicio efectivo del interés propio del tercero (131). Con esta formulación se olvidan las argumentaciones aducidas de que no es un supuesto más de pago de un tercero (132).

Se trata de un caso de pago de una persona que no es el

deudor pero que actúa en nombre de este y en consecuencia, lo que se está indicando es que cualquier persona, interviniente en nombre de otro, extingue la obligación por aplicación inmediata del artículo 1.156 del Código Civil. Si además no hay consentimiento del deudor para realizar el pago se está vetando la posibilidad de llegar a una subrogación de carácter no legal, puesto que en dicha circunstancia, no se dan los requisitos para que se produzcan, aunque sí podría convenirse una subrogación de carácter convencional en los restantes casos en que el deudor conozca y dé su beneplácito para el pago (133).

Esta interpretación tampoco es la más satisfactoria, tanto más cuanto que la expresión "en nombre de" parece venir ligada a un determinado efecto del pago del tercero.

Como agudamente indica Hernández Moreno (134) a la hora de elaborar esta materia omitió toda referencia al pago hecho "en nombre de otro", apartándose de los precedentes de nuestro Derecho (135); quizá por temor a que se presentaran los mismos inconvenientes que tuvieron que resolver los legisladores franceses; sobre todo, a la hora de la redacción del artículo 1.236 (136).

Para concluir con este epígrafe concerniente al estudio del artículo 1.159, dar la solución que nos parece más acertada.

Es indiscutible que de la manera como quedó redactado el artículo 1.159 hay que entenderlo como generador de un pago extintivo, ya que según su redacción está prohibiendo la posibilidad de que se opera una subrogación y la óptica desde la que hay que analizar el artículo en cuestión, es la de la ignorancia del deudor. El legislador destaca tres elementos de los que no podemos olvidarnos:

- 3.1.- Pago de un tercero "en nombre del deudor".
- 3.2.- Pago con ignorancia del deudor.
- 3.3.- Imposibilidad de subrogar al acreedor en sus derechos y acciones.

Este artículo junto con el que le precede se inspiraron en el artículo 1.236 del Código civil francés de 1805 (137). De dicho artículo pueden desprenderse dos actitudes: El tercero puede actuar en nombre del deudor con el propósito de extinguir la relación obligatoria o por el contrario, podrá actuar en su propio nombre, siempre y cuando no se subrogue en el lugar del acreedor a quien pagó, presumiblemente porque se hace referencia al pago, con lo que consiguientemente lleva aparejada la extinción de la deuda (138).

No se puede descartar la posibilidad, como apunta Hernández Moreno (139) de que García Goyena suprimiera de la redacción del artículo 1.099 del Proyecto de 1851 la expresión "en nombre". La expresión reaparece en el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 en el artículo 1.176 aunque referida solamente al pago "en nombre del deudor". Ya en el Anteproyecto y posteriormente en el Código Civil de 1889 no se altera dicha expresión adicionando la "ignorancia del deudor".

Del estudio de los artículos 1.158 y 1.159 se desprende que alternativamente conjugan dos términos. El tercero podrá pagar "por cuenta" o "en nombre propio" y también "en nombre del deudor". Tiene su sentido si se entiende que la relación establecida en el 1.158 es una reglamentación de las obligaciones derivadas del pago surgidas entre un tercero y el deudor. Sin embargo, la relación a la que se dirige el artículo 1.159 no es la misma. Establece un ámbito

de aplicación entre el tercero que paga "en nombre del deudor" y el acreedor. Sin restar al tercero en el primer supuesto la posibilidad de resarcirse de lo pagado y además subrogarse en los derechos del deudor. De ahí se deduce que cuando se maneja la expresión "por cuenta" se entiende que el tercero está extinguiendo el pago como efecto inmediato puesto que ocupa el lugar del deudor y a este no le quedan derechos sino sólo la carga del pago (140).

Entendemos que la expresión correcta sería "no poder compeler al acreedor a que le ceda sus derechos si paga en nombre propio" sin conocimiento del deudor. De esta manera tiene coherencia pues al deudor se le concede la posibilidad de que pueda oponer, si hubiera lugar a ello, excepciones antes de pagar; lo que perjudica al deudor si el tercero paga antes de ponerlo en conocimiento del deudor, y además, actuaría con un carácter sancionador o al menos, represor en evitación de supuestos de doble pago: Por parte del deudor y del tercero.

Concluamos con dos opiniones divergentes coincidentes en la conclusión.

Para Bercovitz la justificación del artículo 1.159 se entendería a partir de la premisa de que una vez se realice el pago la subrogación se produce de manera espontánea o automática a partir de aquel momento, sin importar el elemento volitivo de ninguno de los integrantes de la obligación.

El eje de sus tesis gira en torno a que el pago produce, cuando se dan algunos de los supuestos del artículo 1.210, el efecto automático de la subrogación, excepto en los supuestos en que el acreedor pueda oponerse al pago si se dieran algunos de los supuestos del artículo 1.161, cuya facti

cidad será la única excepción a que el que pague no puede compeler al acreedor (141).

Hernández Moreno fundamenta su conclusión apoyándose en una lectura interpretativa del artículo 1.176 del Anteproyecto de 1882-1888 partiendo también de que el pago hecho en nombre del deudor extingue la deuda, y justificado como ha sido hecho en nuestras páginas anteriores; injustificada, por otra parte "la ignorancia del deudor", considera una redundancia establecer que el pago efectuado de esta forma extingue la obligación, no pudiendo, por tanto, obtener la subrogación compeliendo al acreedor a concederla.

Como el pago hecho en nombre del deudor no es la única manera que tiene el pagador de intervenir en deuda ajena, el autor citado se inclina por entender que el pago lo efectúa el interviniente en nombre propio, pudiendo subrogar al acreedor en sus derechos. Lo cual es posible con la legislación vigente al igual que lo fue con el articulado anterior. Efectivamente, el artículo 1.227 del Anteproyecto al que nos referimos presumía la subrogación del tercero no interesado en la obligación, cuando pague "con la aprobación expresa o tácita del deudor". Lo que permite afirmar dos cuestiones: que la subrogación se produce por imperativo legal en el que no opera la autonomía de las partes interesadas para estipular convencionalmente la subrogación y en segundo lugar, que la facultad de aprobación que se concede al deudor únicamente es la de aprobar que el que paga no lo realiza en su nombre sino en "nombre propio" del interviniente.

Prosigue Hernández Moreno su exposición, llegando a la conclusión de que existe una identidad entre el artículo 1.227-2º del Anteproyecto del 82-88 y el actual párrafo se-

gundo del artículo 1.210, lo que le induce a la conclusión de que el legislador fundió los términos de ambos presupuestos, puesto que la subrogación establecida en el párrafo segundo de este artículo requiere la aprobación del deudor por quien se paga, en forma de no ignorancia, para compeler a que el acreedor subrogue al tercero, olvidándose de que no es imprescindible que el deudor consienta el pago de un tercero para extinguir la obligación (142) pero que es exactamente el caso contemplado en el artículo 1.159 (143).

El Tribunal Supremo, en interpretación *a sensu contrario* de la sentencia de 30 de diciembre de 1931 (144) entendió que el pago hecho con conocimiento del deudor faculta al que lo realizó para compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos.

3.4.- Requisitos del pago.

Sin entrar en este apartado puesto que desbordaría nuestra materia, sólo indicar lo siguiente: No todo pago producirá la subrogación sino aquel que cumpla todos los requisitos del mismo.

Ha de ser un pago bien hecho, que presupone capacidad en la persona del *solvens* y del *accipiens*.

El objeto de la prestación reúne todos los requisitos de integridad e identidad, que desde el punto de vista de las circunstancias de tiempo y lugar sean las exactas o por lo menos, adecuadas (145); en resumidas cuentas el pago que realice el tercero debe ser válido y eficaz.

IV.- El interés del tercero.

Es la justificación a partir de la que se origina la obligación de subrogar en el pago (146). En especial, como promotor de que conceda el beneficio de subrogación al fiador u obligado solidario.

4.1. Efectos: extintivo del pago. liberatorio

El actual articulado del Código Civil, además de connotar el efecto extintivo del pago, reúne también el efecto liberatorio para el deudor de la prestación debida.

Dada la vaguedad y amplitud de la redacción primitiva el efecto satisfactorio parece que predomina sobre el liberatorio.

Legitimado para pagar está, en principio, toda persona siempre que reúna los requisitos de capacidad suficientes para ello.

En virtud de la permisibilidad del legislador en esta materia, el ordenamiento jurídico a la vez que permite, también tiene que incentivar o al menos beneficiar a la persona que exponga su patrimonio personal en favor de otra persona.

El principio establecido en el artículo 1.911 de responsabilidad del deudor de todos los bienes presentes y futuros es una expectativa que puede tranquilizar al acreedor, pero si el deudor se encontrare en insolvencia bien manifiesta, bien declarada en sentencia judicial, esta situación siempre resultará perjudicial para el acreedor (147).

Se trata por tanto, de primar el pago de un tercero en términos generales. Evidentemente, pensar que el tercero actúa con finalidades meramente altruistas es justificar la intervención del tercero de una forma que no resulta satisfactoria e incluso en la mayoría de los casos es difícil de creer. De esta manera, se integra en el pago realizado por persona distinta del deudor, un nuevo elemento: El interés.

Este nuevo factor será el desencadenante de dos situaciones completamente diferentes en su fundamentación, aunque por una misma orientación sustentadas.

Las causas que justificaron la intervención del tercero, así como la modalidad: En nombre propio o del deudor serán determinantes de su opción a una u otra forma de reclamación.

Hablar de interés desvinculándolo de la forma de actuación pensamos es una distinción ficticia, fundamentalmente porque como ya se ha repetido reiteradamente, prescindir del interés significa prescindir de la noción de causalidad; imaginar una intervención sin justificación ni motivos, lo que a todas luces resulta imposible justificar.

En este sentido Díez Picazo (148) señala la idea de que cuando se habla de "interés" quizá se explique este concepto al referirse el 1.210 a "interés de la obligación"; aún entendiendo que la redacción del artículo 1.158 es más amplia pues se refiere al "interés en el cumplimiento".

Participo de la opinión de que ciertamente extrayendo el criterio que concede el artículo 1.210-2º *a contrario sensu* en contraposición con el párrafo tercero que habla

De "interés en el cumplimiento", la primera idea, extraída del artículo 1.210-2º *a sensu contrario*, parece tener un alcance mayor que la segunda, por la sencilla razón de que no es difícil imaginar personas que directa o indirectamente puedan verse afectadas por el cumplimiento de dicha obligación.

Esta idea es indicativa de una mayor participación en las vicisitudes o circunstancias que rodean dicha relación obligatoria. Por ello mismo, en principio nos inclinamos a pensar que el concepto que se infiere del artículo 1.210-2º, referente al interés en el no cumplimiento de la obligación, implica una concepción más participativa de las personas interesadas en el pago. De la lectura del artículo 1.158 se extraen consecuencias más amplias para la persona interesada en el cumplimiento que en la obligación, aunque esta última deducción incida en forzar excesivamente el texto del párrafo segundo del artículo 1.210.

Bercovitz (149), por el contrario, sintetiza ambas manifestaciones de interés, entendiendo que en el artículo 1.210, interés en la obligación e interés en el cumplimiento de la obligación son idénticos.

La fundamentación empleada se apoya en argumentos de tipo histórico más que técnicos.

El Anteproyecto de 1882-1888 opta por hacer una síntesis de los supuestos en que se encuentra el tercer interviniente que paga, no exponiendo caso por caso, lo que evita el problema a la hora de redactar la acción de repetición, refiriéndose brevemente al no interesado.

En opinión del autor al que seguimos en esta exposición,

este planteamiento del 1.158 obliga a especificar en el actual artículo 1.210 que se trata del no interesado en el cumplimiento.

Como el actual artículo 1.158 dejó inexistente el antecedente terminológico que existía en el Anteproyecto de 1871 en su artículo 1.117 del no interesado, sabiendo que se vinculaba al artículo 1.099-1º, es en este supuesto cuando para evitar la repetición con el apartado tercero, referente al interés en el cumplimiento de la obligación, se sustituye por "el no interesado en la obligación". De ahí, la importancia de considerar el interés vinculado a la posición jurídica del tercero. Combinando ambos términos pueden resultar las siguientes conclusiones:

Que un tercero tenga interés en el cumplimiento de la obligación en provecho propio; bien porque se hubiera establecido una relación obligatoria anterior, simultánea o posterior al nacimiento de la obligación principal; como sucede por ejemplo en la fianza o en el deudor solidario que está interesado, no en cumplir la función liberatoria del deudor para satisfacer la pretensión sino en satisfacer la pretensión del acreedor pero sin extinguir la relación obligatoria puesto que al tercero le interesa que perviva esta relación precisamente para colocarse en la posición del acreedor.

La diferencia con la actuación del tercero que paga "en nombre del deudor" radica en que el tercero cuando efectúa el pago, está realizando la misma actuación que competiría al deudor; es decir, su actuación es la equivalente a la que debería realizar este último. Normalmente el comportamiento de actuación "en nombre del deudor" viene establecida en virtud de una previa relación jurídica en la que se con-

figura el ámbito de actuación y las atribuciones que corresponden al ejercitante de la prestación.

Estos intereses se pueden perfilar del siguiente modo:

- a) La referencia a la actuación en lugar de otra persona conduce a justificar la intervención del tercero mediando un mandato expreso o tácito o una representación con poder suficiente para actuar.
- b) Interés en el pago realizado en nombre propio.

Siguiendo a Díez Picazo estas situaciones pueden delimitarse en las siguientes posiciones:

1. Porque el *solvens* tiene establecida otra relación de carácter obligacional dependiendo de la primera, que es el caso del fiador por ejemplo.
2. El tercero paga en virtud de una delegación o mandato por parte del deudor, justificada porque su actuación extinguirá la obligación frente al delegante.
3. El *solvens* paga porque es titular de un derecho cuya existencia depende del cumplimiento.
4. Pago del tercero para facilitar, con la intención de agilizar, la realización de su propio derecho.
5. Se paga para beneficiar al deudor.

Para Díez Picazo (150) sólo existirá "interés en la obligación" en el primer supuesto. La explicación es obvia. Imaginemos el caso concreto de la fianza. Al fiador todas las decisiones que puede adoptar el deudor, sea desde el aspecto procesal oponiendo excepciones al pago; sea una actuación

derivada del comportamiento del deudor que pueda afectar a la relación primitiva, le vinculan.

Como supuestos que interesan al *solvens* en el cumplimiento de la obligación se encuadrarían los tres primeros supuestos enunciados.

Los dos últimos enumerados entendemos que en puridad no se puede decir que tengan interés directo en el cumplimiento de la obligación, aunque indirectamente no cabe duda que quedan afectados.

4.2. El interés.- Antecedentes del pago del fiador y de las atribuciones que se le conceden.

Decía Bigot-Préameneu que la subrogación la adquiriría el fiador o codeudor en todos los casos en que pagaba una deuda, por otro o con otros estando interesado en su cumplimiento (151). Este era en esencia el contenido del artículo 1.251-3º, antecedente del artículo 1.117-3º del Proyecto de 1882-1888 (152), justificaba en todo caso dicho artículo en motivos de equidad, haciendo expreso hincapié García Goyena, en su comentario al referirse al artículo 1.099 párrafos 3º y 4º, que si el tercero no interesado que pagó, ignorándolo el deudor, no pueden compeler al acreedor a que le subroge en su lugar, mal podría subrogarse en virtud de esta disposición (153).

Dicho artículo traduce los imperativos de equidad. Fundamenta estos artículos en la atribución que realiza la Ley al margen de una concesión legal, de que la parte afectada ejercite o no su derecho a solicitarla; se prescinde en consecuencia de la Carta de Lasto que hasta el momento exi-

gía el tercero para acreditar su pago y que facilitaba al acreedor, en correlación a verse satisfecho en sus expectativas. En consecuencia, se les concedían a ambos fiadores y codeudores mancomunados en este artículo -que resultaron posteriormente ser los actuales deudores solidarios- la subrogación sin necesidad de requerimiento previo.

La exposición preliminar del artículo 1.117 expone claramente que "la subrogación tiene lugar por disposición de la Ley a favor...". No establecía presunciones sino que establece los supuestos fácticos y sus consecuencias.

Resta por examinar la naturaleza de la subrogación: Si requiere de un acto volitivo de aceptación por parte de los interesados o si se dispuso al efecto por la Ley que su puesta en vigor tuviera un carácter automático, generador de consecuencias distintas.

Con relación al artículo 1.839, cuyo antecedente en el artículo 1.753 del Anteproyecto aludido, se establece su correlativo en el artículo 1.117-3º justificando su subrogación como tercero interesado en la obligación (154). Parece que lo que se quiere subrayar respecto a la convencional es que la legal implica la existencia de un recurso o facultad de que se provea al tercer interviniente pagador, cuya finalidad es garantizar su eficacia, según dispone la Ley (155).

Esta subrogación se caracteriza, además, por operar de pleno derecho por la sola fuerza de la Ley, porque desmembrándose de las raíces históricas no necesita la estipulación previa con ninguna de las partes afectadas en la obligación (156). Se considera como una regla general susceptible de numerosas aplicaciones en la práctica, inspiradas,

tantas veces repetido, en la justicia y en la equidad (157).

4.3.- Alcance o limitaciones del artículo 1.251-3o.

Enfocándolo únicamente en relación al estudio del artículo 1.839, una clara conclusión se puede deducir: Para beneficiarse de la subrogación el deudor debe estar: por una parte obligado al pago de la obligación y por otra, pagar una deuda que no puede considerarse como personal y propia. Se considera, por estas razones, que el fiador no puede invocar la subrogación en ningún caso, ya que antes de la ratificación permanece como único obligado, entendiéndose que si se efectúa el pago libera su propia deuda.

La solución que se desprende, en concordancia con la contradicción entre el texto del artículo entendido en este sentido y el comportamiento del fiador, es el de atribuir a la ratificación el valor de que en los supuestos en que se produzca el tercero cesa de considerarse obligado; lo que permite llegar a la conclusión de que si este paga, libera una deuda, de la que en principio se considera que es extraño a la misma (158).

Esta regla que en Derecho Francés se le puede atribuir el carácter de general, no existe en el Derecho suizo (159), del que es conocido su falta de influencia francesa. En el Código de las Obligaciones se menciona, en artículo aparte, la situación particular del deudor solidario y del fiador en disposiciones especiales sin enmarcarlo dentro de una norma comprensiva de situaciones diferentes aunque con un trasfondo jurídico similar.

Si bien el Código Suizo de las Obligaciones dedica una disposición especial para regular la situación del deudor

solidario no sucede así en el Código francés, que se limita, al igual que sucede en el Código civil español, a darle el marco general de los artículos 1.251-3º y 1.210-3º respectivamente, extrañándose algún autor de la normativa tan restringida que dio el legislador para el supuesto más importante de pago con otras personas (160).

El inconveniente de estos preceptos de redacción tan ambigua es que si bien establecen una consecuencia inmediata derivada del pago que es la subrogación, no amplía su regulación, con lo que queda por dar un tratamiento específico al comportamiento que debe adoptar el deudor que pague para subrogarse.

Para concluir, sólo señalar que de ambos códigos, tanto del francés como del español (161), parece que de su tenor literal es posible derivar que se exige a cada uno de los codeudores que pague la totalidad de la deuda (162).

Los términos "en entier" o "en su totalidad" no se interpretan con criterio unánime como que el codeudor deba pagar la deuda en su integridad, sino que hay quien admite que el pago sea parcial, llegando incluso a aceptar supuestos en los que el pagador se subroga frente a sus codeudores, incluso si paga una parte de la deuda igual o inferior a la cuota que tenía atribuida en el pago de la deuda. Otros en cambio, sólo admiten que el *solvens* pueda subrogarse si pagó más de la porción de la deuda que le correspondía (163).

Una última posibilidad se apunta. La de quienes opinan que el derecho de subrogarse del codeudor comienza desde que se permite que la deuda se pueda pagar en distintos momentos. De ello resulta que si el codeudor ha adelantado parte del pago podrá accionar aunque su pago sea un anticipo y no cul-

mine la cantidad total, puesto que cada cuota puede ser considerada como una deuda distinta (164).

4.4.- Estudio de la subrogación en relación con el artículo 1.839. Alcance y contenido.

La subrogación, que nació gracias a la Constitución de Teodosiano y Valentiniano, sirvió de instrumento diferenciador de la cesión de bienes en el sentido de indicar sustitución de una persona por otra (165). Se divide en tres clases: La convencional, la legal y la judicial (166).

De estas tres categorías de la subrogación nos interesa estudiar primordialmente la legal, puesto que la subrogación del fiador, que paga por el deudor, en los derechos y acciones del acreedor a tenor del imperativo legal del artículo 1.839, tenemos que entender que es una subrogación legal.

El artículo 1.839 del Código civil, como el 2.029 del Code civil francés no introdujeron por vez primera el concepto de subrogación; como ya se ha visto, la figura jurídica en cuestión aparece por primera vez en el articulado referido al pago, como un beneficio que se concede al que paga *a sensu contrario*, con interés y conocimiento del deudor.

En disposiciones posteriores ya se le da una regulación propia, aunque algunos términos empleados en su reglamentación hacen que dicha figura pueda ampliarse a todos aquellos supuestos en que exista un interés en el deudor o acreedor; además de aquellos que expresamente afirma la Ley que se produzca el beneficio de subrogación. Es más el artículo 1.839 es un supuesto de subrogación que nos atreveríamos a denominar "reforzada"; de su comparación con lo prescrito en el artículo 1.210 después de la reforma operada en el

Anteproyecto, establece un supuesto de subrogación legal de manera indubitable, con una salvedad: Se admitirá la prueba en contrario, puesto que lo que se establece son tres presunciones de subrogación legal. Es más, el beneficio concedido al fiador es un supuesto que, aún sin la existencia del precepto, podría aplicarse perfectamente puesto que queda enmarcado dentro de los límites del párrafo tercero del artículo 1.210: "... Se presumirá que hay subrogación: ... 3º. Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación...".

El razonamiento seguido hasta el momento no permite dudar que el tercero interviniente en la obligación tiene un interés directo en todas las circunstancias que atañen a la obligación (167).

Para Giorgianni hay una íntima conexión entre responsabilidad personal y patrimonial. El deudor, en uno de los aspectos que comprende la responsabilidad patrimonial, se ve obligado a hacer frente al pago o bien ofrecer una garantía al acreedor, además de que una de las consecuencias de la responsabilidad patrimonial es que los bienes del deudor tienen la función de garantizar el cumplimiento de la obligación. El ligamen entre el fenómeno de la garantía con el de la responsabilidad personal tiene correspondencia con el funcionamiento de la garantía personal que tiene expresión en la institución de la fianza.

Además, el tercero tendrá mayor interés en que se cumpla la obligación, pues en dicha circunstancia le correspondería el pago (168).

El tercer párrafo del 1.210 se caracteriza, como Manresa (169) puso de manifiesto, por su vaguedad y relatividad, entendiéndose que dicho interés debe manifestarse en su relación de derecho con las cosas u obligación a lo que se encuentra

vinculado. Este interés no queda únicamente reflejado en dicho vínculo sino que cuando adquiere realmente relevancia es en el momento en que la obligación se extingue puesto que su interés directo está en el cumplimiento de aquellas.

En este sentido se pueden considerar principalmente personas interesadas en la obligación y más aún, en el cumplimiento, puesto que en virtud de otro nexo obligacional sería a ellos a quienes correspondería efectuar el pago (170).

También Mucius Scaevola (171), a modo de ejemplo, limita el apartado a las repercusiones que pueda sufrir el fiador o el deudor solidario, oscuridad que conlleva la delimitación del interés. No empero nos olvidamos que el párrafo tercero no sólo se limita a presumir (172) que existirá subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación sino que el último inciso resalta, aún más, que el párrafo aludido se refiere al deudor solidario. La razón es clara. Si nos detenemos en el último inciso "... salvos los efectos de la confusión en la porción que le corresponda". La doctrina es unánime en aceptar que se quiere hacer hincapié en que cuando el que paga es el deudor solidario no se subroga en todo el crédito sino sólo en la porción que le correspondería pagar a sus copartícipes y no han ejecutado (173). Este supuesto no podemos desvincularlo de la acción de regreso en la fianza y en las obligaciones solidarias. Es razonable pensar que el elemento volitivo del deudor no adquiere importancia puesto que en los casos en que hemos centrado nuestro estudio no hay ocasión de preocuparse por la actitud del deudor respecto a los sujetos obligados subsidiariamente al pago en su defecto, puesto que si al deudor no le conviene que intervinieran los terceros en la obligación, cuenta con otros remedios derivados de la relación de fianza o de la propia solidaridad que provee al deudor de las acciones o excepciones pertinentes para que pueda oponerse a dicho pago; por tanto, el artículo 1.210-3º adquiriría el carácter de norma meramente indicativa, debiendo recurrir a los lazos obligaciona

les estatuidos, previa, simultánea o posteriormente a la estipulación de la obligación convenida entre acreedor y deudor (174). En el Anteproyecto de 1.851 el apartado tercero del artículo 1.117 se refería expresamente al deudor solidario que paga sin perjudicar lo prescrito en el 1.068. Este prescribía que la obligación mancomunada respecto al acreedor "se dividiera entre los deudores de la manera que hubieran establecido mediante pacto; si no lo hubiere, se repartirá por partes iguales" (175).

Este último párrafo queda sustituido en el artículo 1.210-3º: "... por los efectos de la confusión..."; quizás con la pretensión de poner de manifiesto el interés en el cumplimiento de las obligaciones contra poniéndola de esta manera a los casos de intereses de la obligación, y consiguientemente, no limitándola o los casos de deuda solidaria; permitiendo la nueva redacción abarcar los casos restantes que vimos contenía el Anteproyecto de 1851 (176).

Los supuestos a que se refiere el párrafo tercero del 1.210 caracteriza el interés del tercero en que siempre se encuentra responsabilizado en mayor o menor grado, pero con una responsabilidad directa en que se cumpla la obligación.

En otras palabras, son responsables del cumplimiento de la obligación, bien sea directa o indirectamente pero lo que importa es que su interés vaya encaminado a que se cumpla la obligación puesto que su ejecución producirá efectos beneficiosos si es el tercero el que paga o en todo caso extintivos y consiguientemente liberatorios tanto para el deudor solidario como para el fiador (177).

Entendemos que la redacción del artículo 1.839 establece un criterio abierto para todos aquellos supuestos que se puedan estimar que interviene un interés en el cumplimiento, no limitándonos a los casos que sólo pueden abarcar los que quedaron suprimidos por las modificaciones operadas en los Anteproyectos del Código (178).

NOTAS AL CAPÍTULO III

- 1) Por ello dice el artículo 1.210 que "La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor..." con lo que se trata de una sucesión en los derechos del acreedor que recae en el tercero que paga.
- 2) MERLO, op.cit., p. 34. La traducción es nuestra.
- 3) Vid. artículo 1.156 C.c.
- 4) MERLIN, "Repertorio universale e ragionato di Giurisprudenza e questioni di Diritto", T. XIII, 1834, p. 1.222.
- 5) Recordemos las cuestiones jurídicas que se suscitaron después de la promulgación del Edicto de Enrique IV en 1.609.
- 6) Esta opinión no refleja el sentir mayoritario de la doctrina.
- 7) LAROMBIÈRE, "Théorie et pratique des obligations...", cit., p. 179. La traducción es nuestra.
- 8) MERLIN, "Repertorio universale e ragionato di Giurisprudenza e questioni di Diritto". Vol. XIII, 1834, p. 1.222. La traducción es nuestra.
- 9) Vide RENUSSON, "Mutation d'un créancier en un autre créancier, quand les droits du créancier qui est payé passent à l'autre qui a fourni ses deniers propres pour le paiement", op.cit., "Della surroga...", cap. 1, nº 10; DOMAT, op.cit, Lib. 3, tít. 1, sec. 6; TOULLIER, op.cit., T. VII, nº 97.
- 10) En este sentido cfra. DURANTON que entiende que es un cambio de acreedor que no produce novación en la deuda; la concibe como una ficción de Derecho mediante la cual una persona sustituye al acreedor al objeto de ejercer los derechos correspondientes al crédito. T. II, nº 108
 DELVINCOURT, M., "Cours de Code civil", T. II, París, 1819, p. 771 y la clásica definición de Dumoulin para quien la subrogación es la fusión de un acreedor con otro en las mismas condiciones o incluso en otras menos onerosas, "transfusio unius creditoris in alium, eandem vel mitiori conditione." De usuris n. 276 citado por Larombière, op.cit., p. 179.

En las definiciones de Duranton y Domat se recoge la idea expuesta por Alphonsus de Olea, "Tractatus de cessione Jurium et Actionum, cum Sac. Rotae Romanae Decisionibus..." donde por vez primera aparece el término "Subingressio", en el sen

tido de dar entrada, ingresar en la posición de otra persona..

- 11) DURANTON, "Droit civil", t. XII, n. 108. La definición en traducción libre nuestra.
- 12) GAUTHIER, "Traité de la subrogation des personnes ou du paiement avec subrogation". París, 1853, n. 8.
- 13) ZACHARIAE, C.S., "Corso di Diritto Civile Francese", trad. del alemán, 5a ed., 1839 revisado con la autorización de Aubry et Rau, 2a ed. francesa 1850. Nueva ed. traducida del italiano, Nápoles 1868, t. 1 y ZACHARIAE-CROME, "Handbuch des französischen zivilrecht", t. II, parágrafo 336. La traducción es nuestra.
- 14) MARCADE, V., "Explication du Code civil", 7a ed., t. IV, París 1873, p. 568, n. 704.
- 15) Vide LAROMBIÈRE, op.cit., pp. 202 y ss.
- 16) POTHIER, "Coutume d'Orléans". Introducción al título XX, op.cit., nº 66.
- 17) Recordemos la frase de Dumoulin: "Non est vera cessio, nec venditio nominis, red cessio ficticia et a iure concessa, quae vim habet a lege et fit beneficio legis, etiam invito creditore, a quo nomen procedit"; y la de Renusson: "N'est pas véritable cession, c'est une cession feinte, qui ne vient pas du créancier, qui ne dépend de lui, et qui se peut faire malgré lui". Trattato della surroga, op.cit., cap. II, n. 13.
- 18) En el último sentido mencionada vide: PACIFICI-MAZZONI, "Istituzioni...", t. IV, 120; RICCI, Francesco, "Corso teorico-pratico di Diritto civile", 2a ed., vol. VI, "Della obbligazioni e dei contratti in genere", Turin, 1886, p. 263.
- 19) THARWAT, K., "Le paiement...", cit., pp. 21 a 27.; ANDREOLI, M., "La cesión del contrato", Madrid, 1956. Trad. por Osset, F.J.; BIANCA, M., "Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento", Milán, 1963, pp. 7-10; MAGINI, "La surrogazione...", cit., pp. 74 a 106.
- 20) MERLO, op.cit., pp. 32 a 65.; VATTIER FUENZALIDA, C., "Notas sobre la subrogación personal", RDP junio 1985, pp. 491 a 514, en especial pp. 500 a 503; GIORGANNI, N.D.I. voz Surrogazione (Pagamento con), p. 1232.
- 21) LAURENT, F., "Principes de Droit Civil français", Bruselas-París, 1878, t. 28, 3a ed., p. 8.

- 22) POTHIER, "Une fiction de droit par laquelle le créancier est causé céder ses droits, actions, privilèges et hypothèques à celui de qui il reçoit son dû".
- 23) Este es el punto de partida de la teoría de la cesión ficticia.
- 24) POTHIER, "Introduction à la Coûtume d'Orléans", cit., titre XX, nº 66; Traité des obligations nº 519 y 522.
- 25) RENUSSON, "Trattato della surroga...", cit., cap. IV, n. 24.
- 26) Citado por LAURENT, "Principes de Droit...", op.cit., p. 9.
- 27) LAURENT, "Les principes du Droit...", op.cit., p. 12.
- 28) Entre los partidarios de dicha limitación se encuentran: SANCHO REBULLIDA, "Comentarios al C.c. y compilaciones forales...", op.cit., p. 674; CASTÁN, t. III, Madrid, 1974, p. 359 y también la sentencia de 26 de junio de 1925 que confirma la opinión aportada por el primer autor citado. Sobre la novación subjetivada vide CORRADO, R., "Il trasferimento del debito", R.D. Privato. Gen.-Feb. 1943, XXI, nº 1-2, pp. 139 a 160, en especial pp. 139 a 141.
- 29) SANCHO REBULLIDA entiende que el artículo 1.085-2º concuerda mejor con el art.1210-3º que con el artículo 1.212 en el sentido apuntado, op.cit., p. 675.
- 30) SANCHO REBULLIDA, Ibidem.
- 31) LAURENT, "Principes de Droit civil français...". op.cit., p. 11.
- 32) POTHIER, "Coutûme d'Orléans...", cit., p. 660.
- 33) LAURENT, "Principes de Droit Civil...", p. 11; FENET, P.A., "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil", T. XIII. Osnabrück, 1968, reimp. de la ed. de 1827, p. 159.
- 34) Al respecto puede verse Laurent, que esgrimiendo la teoría de la ficción, combate la teoría de Merlin basada en que el pago extingue la obligación y consiguiente crédito, pasando únicamente al nuevo acreedor las garantías personales y reales, incurriendo en una subrogación incompleta. LAURENT, "Les principes...", cit., pp. 13 a 15; Th. HUC, "Commentaire théorique et pratique du Code civil", t. VIII, arts. 1234 a 1386, París, 1895, pp. 67 a 79. Este autor asimila la subro-

./.

gación como un "transport-mandat" o cesión ficticia, llegando a la conclusión de que lo que interesa destacar al autor citado es que se traspasa el crédito con todos los derechos anexos, siguiendo la normativa del mandato y no de la cesión.

También Marcadé "Explication du Code civil", 7a ed. t. IV, París, 1873, pp. 576 y 579 a 581 se muestra reacción a conceder que al subrogado se le transfiera el mismo crédito; sólo las garantías que llevaba aparejado el crédito extinguido, limitando la extensión de las mismas que no puede ser superior al crédito mismo. Pueden citarse tres casos como ejemplo:

1. Cuando varias personas estén obligadas al pago de la misma deuda, distinguiendo por otra persona sin estar obligados personalmente o si quedan obligados por o con los otros, siendo al mismo tiempo deudor. Este último supuesto no se le provee de ninguna acción en lo que corresponde a la porción de la deuda. Por el contrario, en la otra situación, el que pague podrá ejercitar todo su derecho contra el resto de deudores por la totalidad de la deuda.

Si se trata de un fiador, la subrogación producirá su efecto pudiendo el subrogado perseguir los bienes por todo aquello que correspondiere al acreedor.

2. Si son varios los fiadores o varios deudores y paga uno de ellos, la acción se limitará a la porción correspondiente a cada uno, pudiendo el acreedor ejercer su acción por la totalidad.
3. Si procede un deudor contra los fiadores la subrogación no tendrá lugar. Larombière, "Théorie et pratique des Obligations...", cit., p. 293, limita los efectos de la subrogación a la cuantía exacta del crédito pagado.

- 35) LAURENT, "Principes de Droit civil français", op.cit., p. 27. Puede consultarse toda la bibliografía en aquellas páginas referentes a la subrogación, teniendo en cuenta que se compara la cesión con la subrogación convencional, pues aunque la razón última de la subrogación legal sea como afirma Larombière (op.cit., p. 348) el pacto tácito de subrogación convencional, casi todos los autores coinciden en atribuir a la subrogación el carácter de pago, contrastando con el de venta que reservan para la cesión; excepción hecha de los partidarios de este tesis que ya ha sido expuesta.

- 36) Un concepto más amplio de la cesión puede verse en DÍEZ-PICAZO, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", op.cit, pp. 789 a 800, en especial esta última.
- 37) TOULLIER, "Droit civil français", T. VII, 5a ed., París, 1830, pp. 178 a 180 que manifiesta su opinión discordante con la creación de la subrogación legal.
- 38) EMILIO BETTI, "Teoria generale delle obbligazioni". Milán, 1953, pp. 59 y ss.
- 39) EMILIO BETTI, "Teoría general de las obligaciones", trad. al castellano, t. II, Madrid, 1970, p. 254; BUCCISANO, "La surrogazione per pagamento", Milán, 1958, pp. 91 y ss.
Para los orígenes históricos de esta institución puede consultarse EMILIO BUSSI, "La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto di obbligazione", Padova, 1937, pp. 322 y ss.
- 40) Cfra. ANDREA TORRENTE; PIERO SCHLESINGER, "Manuale di Diritto privato", 11a ed., revisada y puesta el día, Milán, 1981, p. 434.
- 41) RENATO MICCIO, "Delle obbligazioni in generale". Commentario del Codice Civile, Libro IV, t. I, Turín, 1966, p. 42.
- 42) MERLO, G.M., "La surrogazione per pagamento", cit., Padua, 1933, pp. 41 a 43, donde establece los criterios diferenciales entre subrogación y cesión.
- 43) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, "La novación de las obligaciones", Barcelona, 1964, p. 162.
- 44) RENATO MICCIO, "Commentario del Codice civile", op. cit., p. 150.
- 45) Los supuestos que contempla el Código civil italiano de subrogación legal pudieran considerarse prácticamente similares, en algunos supuestos, a los contemplados en el Proyecto de 1882 en su artículo 1.117.
- 46) Es importante distinguir el concepto genérico que denomina Rodolfo Sacco de "fenómeno surrogatorio" del pago con subrogación que supone una mera modalidad del pago del crédito. Al respecto vide RODOLFO SACCO, "Il potere di procedere in via surrogatoria". Parte generale. Turín, 1955.
- 47) EMILIO BETTI, "Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine". Riv. del Diritto Commerciale, XXV, 1927-I, p. 536, siendo traducción libre nuestra. Otros autores defi-

nen la institución de la subrogación como un fenómeno de "subingresso" que nosotros rechazamos por entender que dicho término es intraducible, en cuanto no tiene correlativo en nuestras figuras jurídicas; máxime cuando dicho término se confunde incluso entre los autores italianos con el de subrogación. En dicho sentido cfr. ANDREOLI, G., "Note critiche in materia di subingresso ex art. 1259 C.c.", en Studi Parmensi, anno III, volume in onore di Gino Solazzi. Milán 1953, pp. 131 y ss. La traducción que algún autor utiliza de la subrogación es la siguiente: "Fenómeno de subingresso por el que un sujeto sustituye a otro en la misma posición jurídica que este 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 intenta sea necesariamente unido a un nexo derivativo al título de sujeto precedente". Definición dada en una traducción al español de "Teoría general de las obligaciones", T. II, EMILIO BETTI, Madrid, 1970, p. 253.

- 48) BRUNETTO CARPINO, "Il pagamento con surrogazione" en Riv. di Dir. Civile. vol. XVII, 1971-19, p. 731; artículo que posteriormente se reprodujo en el Novissimo Digesto Italiano voz Surrogazione (Pagamento con...), p. 964.
- 49) CROME, "Teorie fondamentali delle obbligazioni", trad. it., Milán, 1908, p. 282. Entre nuestros autores pocos han dedicado monografías al tema. Cfr. ESPIN, "Sobre el pago con subrogación", cit. TORRENT, Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, "El pago del tercero en relación con el pago con subrogación", 1950; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, "Comentarios al C.c. español y compilaciones forales", arts. 1209 a 1212 y los tratamientos específicos dados en tratados de carácter general.
- 50) RENATO MICCIO, "Commentario del Codice civile...", op.cit., p. 140.
- 51) Cfr. JORGE GIORGI, "Teoría de las obligaciones", trad. esp. vol. IX. Rev. Gral. Legis. y Juris. Madrid, 1913, p. 295. Es una ficción jurídica por la que se extingue el crédito con relación al acreedor, pero no al deudor, y además, el tercero que paga toma el lugar del acreedor resarcido.
- 52) Cfr. como ejemplo GAUDEMET, E., "Théorie générale des Obligations", reimpression de la ed. de 1937, París, 1965, p. 461. "Il y a subrogation quand dans un rapport juridique à deux termes, l'un des termes change, sans que le rapport lui-même soit modifié".

- 53) RUGGIERO, R., "Instituciones de Derecho Civil", V. II, Madrid, 1931, p. 108. "La función de dicha institución es transferir al tercero que pagó o con cuyo dinero se pagó la deuda, los derechos del acreedor, de modo que el tercero subentrando en el lugar del acreedor, pueda ejercitar contra el deudor las mismas acciones que a dicho acreedor correspondían".
- 54) MAGINI, U., "La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano", Turín, 1924, p. 98.
- 55) Sobre el desenvolvimiento de dichas teorías es conveniente consultar MAGINI, "Le surrogazione...", op.cit., pp. 99 y ss.
- 56) BETTI, E., "Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine", en Riv. Diritto Commerciale. XXV, 1927-10, p. 566.
- 57) BETTI, ult. op.cit., p. 569.
- 58) Tesis a la que se adscribe BUCCISANO, op.cit., p. 27.
- 59) POTHIER, "Introduction aux coútures...", op.cit., t. XX, cap. I, sección 5ª, nº 66 y 67; BARASSI, L., "La teoria generale delle obbligazioni", Vol. I, Milán, 1946, p. 288, a la que también se suma Magini.
- 60) Rechaza Betti la corriente doctrinal que distingue entre pago con efecto satisfactorio o extintivo del crédito y pago recuperatorio efectuado con animus recipiendi, con efecto no extintivo sino traslativo, alegando que hay confusión entre la causa del negocio, que en el pago no puede ser sino el cumplimiento de una deuda o al menos de un deber social indirectamente tutelado por el derecho con una finalidad ulterior, que eventualmente se puede relacionar con la causa del negocio, que califica de "causa remota" del pago. "Sulla natura giuridica della girata...", op.cit., p. 569.
- 61) MAGINI, "La surrogazione per pagamento...", op.cit., nº 31 y 33, pp. 91 a 98.
- 62) Entre los autores, no muy lejanos en el tiempo, que afirmaron que la subrogación constituye una "forma especial de sucesión particular" se encuentran: PUGLIATTI-FALZEA, "I fatti giuridici" pp. 26, 27; TORRENTE, "Manuale di Diritto Privato", 11ª ed., Milán, 1981, parágrafo 234 y 243; BARASSI, "Teoria generale delle obbligazioni", T. I, p. 308, n. 93; DUSI, "Istituzioni

di Diritto privato", Padua, 1956, pp. 542 y 543.

Carpino desarrolla también la idea de la subrogación como una sucesión particular en *Novissimo Digesto Italiano*, pp. 965 a 968 ideas que ya expuso en su mismo trabajo publicado en la R.D. Civ. vol. XVII, 1971-19, pp. 731 a 739.

- 63) En la sucesión a título universal importa la sustitución del nuevo sujeto en la esfera jurídica del otro, *in universum ius*. Sobre el fenómeno de la designación de sucesor en la sucesión *mortis causa*, por ser los autores italianos los que actualmente han trabajado más el tema, puede consultarse: IRTI, "Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui", Milán, 1967, pp. 165 y ss.
- 64) BETTI, "Sulla natura...", *op.cit.*, p. 570.
- 65) Magini entiende que se trata de un verdadero supuesto de sucesión a título singular que puede presentarse bajo diversos aspectos, en el que el tercero toma el mismo crédito que poseía el acreedor originario (*op.cit.*, p. 97) al igual que en idéntico sentido se vino manifestando la doctrina clásica francesa ya desde Molineo "subrogatio est transfusio unius creditoris in alium" puesta posteriormente de relieve por Renusson "... n'est autre chose que la mutation ou le changement d'un créancier".
- 66) En sentido opuesto *cfra.* MAGINI, *op.cit.*, p. 96 quizás partiendo de la clasificación de Dernburg entre sucesión derivativa y originaria "Die hypothekarische Succession" en *Archiv für civilistische Praxis*, 41, 3.
- Son numerosos los autores que por el contrario consideran que la subrogación es un modo de adquisición de carácter derivado, que podría llegar incluso a considerarse como una forma de sucesión a título particular, ya que este término referido a la subrogación hay que entenderlo en un sentido amplio, significativo de que el derecho adquirido no es idéntico al derecho originario. SANTORO-PASSARELLI, "Dottrine generale del diritto civile", Nápoles, 1957, pp. 72 y ss. donde se encuentra una esquematización de los supuestos de sucesión en los que se produce una derivación de la relación preexistente.
- 67) Para ampliar las ideas expuestas, es conveniente consultar BETTI, "Sulla natura giuridica...", *op.cit.*, pp. 565 a 571. En otro estudio posterior Betti modifica este criterio entendiendo que la adquisición se funda en una relación con el titular que le precedió, en cuya posición se coloca, lo

que "supone un nexo derivativo" pero no está fundamentado en un acto de transmisión que lo haga necesario. El crédito no viene transferido por quien lo tiene a quien lo adquiere, sino más bien, viene deferido por la Ley en base al pago; es decir, es un acto que atiende a un fin distinto, de donde viene la analogía con la sucesión que define la Ley basada en una relación de familia. "Teoría general de las obligaciones". T. II, Madrid, 1970, pp. 261-262 que comparte BUCCISANO, "La surrogazione per pagamento...", op. cit., p. 41.

- 68) La traducción española a la definición dada por BETTI, "Teoría general de las obligaciones". T. II, Madrid, 1970, no nos convence, en parte por los argumentos ya esgrimidos y además porque la terminología utilizada no se corresponde con nuestras instituciones; por ello transcribimos la definición literal dada por Betti para que el lector extraiga sus propias consecuencias.
- 69) Véanse las citas relacionadas en los anteriores capítulos donde se comentan las sentencias de Paulo D. 46, 1, 36; 17 y 39 y Modestino D. 46, 3, 76.
- 70) BETTI, "Teoría general de las obligaciones", T. II, op.cit., pp. 259-260. La función que destaca como ulterior fue constituida por Paulo (D. 46, 1, 36) al configurar la solutio como una venditio nominis.
- 71) MICCIO, R., "Commentario al Codice civile...", cit., p. 140.
- 72) NICOLÒ, Rosario, "L'adempimento dell'obbligo altrui", Milán, 1936, pp. 99 y ss.
- 73) BUCCISANO, "La surrogazione per pagamento", op.cit., p. 40.
- 74) NICOLÒ, "Dell'azione surrogatoria" en Commentario diretto da Scialoja e Branca. Bologna-Roma, 1953, 53: "Il diritto del creditore originario si estingue e al suo posto si pone, con carattere di derivatività, il diritto identico di un altro soggetto verso il quale il debitore unicamente risponde".
- 75) BUCCISANO, "La surrogazione...", op.cit., pp. 78 y 79.
- 76) MICCIO, R., "Delle obbligazioni in generale". Turín, 1957, p. 107.
- 77) Nos remitimos a su teoría expuesta en el capítulo anterior.

sicuratore del pregiudicio arrecato al diritto di surrogazione".

- 84) ANDREOLI, "In tema di subingresso...", cit., p. 146.
- 85) Apoya también su tesis en los artículos 2.857-3º, 2.866-3 y 2.857-3º en el sentido de que en todos ellos aparece la locución "può surrogarsi" y art. 2.039 italiano.
- 86) Art. 1.949 C. civil italiano "Il fideiussore que ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore avera contro il debitore".
- 87) ANDREOLI, op.cit., pp. 147 y 150.
- 88) Sentencias del Tribunal de Casación de 7 de julio de 1960 n. 1794 en Mass. Giur. it. 1960 c. 446 citada por MICCIO, op.cit., p. 154 y en Giustizia Civile 1961, I, 118 que también plantea la duda de si es necesario que el solvens ponga en conocimiento del deudor su voluntad de subrogarse en la posición del acreedor.
- TORRENTE, A. y SCHLESINGER, P., "Manuale di Diritto Privato", Milán, 1981, 11ª ed., p. 434.
- 89) SANTAGATA, C., "L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito) en R.T.D.P.C., 1961, pp. 1102 y ss., en especial p. 1.147.
- 90) GIORGI, G., "Teoría de las obligaciones", vol. IX, Madrid, 1913, p. 302. "El objeto de la subrogación concedida al coobligado que pagó es permitirle el ejercicio del regreso con los derechos mismos del acreedor pagado".
- MANRESA, J.M., "Comentarios al Código civil español", T. VIII 2ª ed., Madrid 1907, arts. 1088 a 1314, p. 445 "... transmitiendo el crédito en toda su integridad..." PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos del Derecho Civil", t. I, vol. II, "Derecho general de las obligaciones", Barcelona, 1959, p. 412 "... en la misma extensión y en iguales condiciones que lo tenía protegido el acreedor", "... con el efecto de que el pagador adquiere el crédito contra el deudor"; es decir, "el mismo derecho que tenía el acreedor". Lo que viene a ratificar asimilando la identidad sustancial del pago con subrogación con los efectos de la cesión del crédito, en la edición de 1973, p. 478; GAUDEMET, E., "Théorie générale des obligations", reimpresión de la ed. de 1937, París, 1965, p. 469 apoyándose en Pothier. Sigue el mismo criterio la casi totalidad de la doctrina francesa, observándose

- 78) MICCIO, R., "Commentario del Codice civile". "Delle obbligazioni...", op.cit., p. 152.
- 79) MICCIO, R., ult. op.cit., p. 150.
- 80) No entramos en el concepto de "subingresso". Para un sector doctrinal consiste en la facultad del acreedor de poder ejercitar las expectativas de los derechos correspondientes al deudor. Vid. SCUTO, "Istituzioni di diritto privato", V. II, Nápoles, 1942, p. 126; o los autores que pretenden que el acreedor cuyo derecho se haya convertido en imposible de cobrar tenga además de esta acción, el derecho a exigir del deudor liberado el reembolso; no sólo si se trata de indemnización pagada al tercero, sino también si se trata de cantidades debidas todavía por el tercero. Vide TRABUCCHI, "Istituzioni di diritto civile", Padua, 1948, 4a ed., p. 465. Opiniones ambas que ANDREOLI ("Note critiche in tema de subingresso ex art. 1259 C.c." en Studi Parmensi. Università de Parma. Mián, 1953, pp. 131 y 132) rechaza encontrando la primera definición conducente a confusión con la acción subrogatoria, y en la segunda no encuentra justificación a la prestación a que queda obligado el deudor sino recurriendo a la cesión de créditos. Busca el autor otra definición partiendo de una concepción amplia de subrogación real. Cfra. op.cit., pp. 133 y ss. en torno a una nueva concepción del "subingresso". Vide VATTIER FUENZALIDA, "Notas sobre la subrogación personal", R.D.P., 1985, pp. 491 a 514, en especial p. 506 n. 89.
- 81) Artículo 1.259 C. civil italiano: "Subingresso del creditore nei diritti del debitore.- Se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento".
- 82) Art. 1.916-1º C. civil italiano: "Diritto di surrogazione dell'assicuratore".- "L'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili".
- 83) Art. 2.038 C. civil italiano: "Chi, avendo ricevuto la cosa in buona fede, l'ha alienata prima di conoscere l'obbligo di restituirla è tenuto a restituire il corrispettivo conseguito. Se questo è ancora dovuto, colui che ha pagato l'indebito subentra nel diritto dell'alienante...".
- Art. 1.1916-3º: "... L'assicurato è responsabile verso l'as

que su concepción radica en conceder al subrogado una de carácter personal que es la típica acción de reembolso que corresponde al capital desembolsado; y otra, establecida expresamente para reforzar la posición del tercero pagador, calificada por toda la doctrina francesa de acción beneficiosa para todos y no perjudicial para ninguno (BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. XIII, nº 1516, pp. 616-617). En el sentido antes mencionado destacan por concebir la subrogación como acción distinta de la acción de reembolso: COLIN et CAPITANT, t. II, nº 310, pp. 292-293

MERLIN, DURANTON, TROPLONG, MOURLON, MARCADE, GAUTHIER, LAROMBIERE, COLMET DE SANTERRE, DEMOLOMBE, HUC, LAURENT, AUBRY ET RAU... MANUEL BORJA SORIANO, "Teoría general de las obligaciones", México, 1974, p. 257.

- 91) R. MICCIO, "Commentario del Codice civile...", op.cit., pp. 142 y 155; B. CARPINO, "Il pagamento con surrogazione" en Rivista di Diritto Civile, vol. XVII, 1971-1º y Novissimo Digesto Italiano. Tras apuntar que no es incompatible con la subrogación la datio in solutum, cuestiona dicha institución como una acción distinta de la de regreso, pero limitada la cuantía del crédito a la abonada por el subrogado, pp. 731 a 739 en el primer trabajo citado y pp. 964 a 967 en el siguiente.

ROBERTO DE RUGGIERO, "Instituciones de Derecho civil", v. II, Madrid, 1931, p. 111; LUIS DE GÁSPERI, "Tratado de las obligaciones" en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino. vol. III. Parte especial. Buenos Aires, 1946 p. 79 señala el quantum en que se cifra el empleo de dicho beneficio, precisamente para diferenciarlo de la cesión. Textualmente dice: "Difiere de la cesión, y hasta podría decirse con Babiloni que es su antítesis, porque en ella el derecho no se adquiere en toda su extensión, sino en los límites de la suma desembolsada para la liberación del deudor. El regreso no puede pasar de esta suma, porque no es una compra *lucri faciendi causa*, como lo es la cesión, sino un pago *certet de dominio vitando*". Con lo que concibe la subrogación, además de como un beneficio para el pagador, como un medio de proceder también al regreso con mayores seguridades.

Buccisano por su parte entiende que el derecho del subrogado está cuantitativamente proporcionado al interés del regreso del solvens. Op.cit., p. 41; en idéntico sentido MARGINI, op.cit., p. 105.

- 92) MANRESA, op.cit., p. 440.

- 93) MANRESA, *ibidem*.
- 94) MANRESA, *ibidem*.
- 95) MANRESA, *op.cit.*, pp. 438-439. QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil" comentado y concordado... Redactado por PASCUAL MARÍN PÉREZ, T. XIX, "De las obligaciones", arts. 1088 a 1213, 2ª ed., Madrid, 1957, pp. 1099 a 1120.
- 96) Cfra. art. 1156 Código civil español.
- 97) En dicho sentido ALLARA, "Le fattispecie extinctive", *op.cit* p. 54. Señala que no es exclusiva en materia de obligaciones, sino común a todas las categorías de relaciones jurídicas. SCHLESINGER, P., "Il pagamento al terzo", Milán, 1961, pp. 32-33.
- 98) HERNÁNDEZ GIL, A., "Derecho de obligaciones", 2ª reimpresión. Madrid, 1960, p. 273. En el mismo sentido LACRUZ BERDEJO, J.L., "Elementos de Derecho Civil", T. II, vol. 1, Barcelona, 1977, p. 79.
- 99) Aunque no se queda limitada únicamente a estas cfra. arts. 1445, 1500 y 1555 C.c. Tampoco es justificable que se limite a la realización de lo comprometido.
- 100) Cfra. arts. 1822 y ss: "El fiador se obligará a pagar o a cumplir...".
Art. 1838: "El fiador que paga...".
Art. 1827: "Si fuera simple o indefinida la fianza comprenderá no sólo la obligación principal, sino todos sus accesorios, incluso los gastos...".
- 101) Vide art. 1160 Código civil español.
- 102) BERCOVITZ, R., "Comentarios al C.c. y Compilaciones forales" dirigidas por MANUEL ALBADALEJO, t. XVI, V. 1, arts. 1156 a 1213 del C.c. Pamplona, 1929, p. 23.
- 103) BERCOVITZ, *ibidem*.
- 104) Vide PUIG BRUTAU, J., "Diccionario de acciones civiles en Derecho civil español", Voz Reembolso (acción de...). Barcelona 1984, pp. 243-244 y la ulterior cita de Hernández Gil en el sentido de que al tercero le interesará subrogarse para convertir una obligación de hacer en pecuniaria.

- 105) GIORGIANNI, *Novissimo Digesto Italiano: voz Pagamento (Diritto civile)*, t. XII, 1965, p. 321.
- 106) DI MAJO, A., *N.D.I. voz Pagamento (Diritto privato)*, p. 550.
- 107) "Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam: magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem".
 "El Digesto de Justiniano", versión castellana de ALVARO D'ORS; F. FERNÁNDEZ-TEJERO; P. FUENTESECA; M. GARCÍA GARRIDO y M. BURILLO, T. III, Pamplona, 1975, p. 564.
- 108) A. HERNÁNDEZ MORENO, "El pago del tercero", Barcelona, 1983, p. 74.
- 109) Vide al respecto el art. 1157 C.c. Para el pago en general puede consultarse: J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: "El cumplimiento de las obligaciones", Madrid, 1956; A. HERNÁNDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", t. I, Madrid, 1960, pp. 273 y ss.; A. BORRELL SOLER, "Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles", Barcelona, 1954, pp. 7 y ss.
- 110) Arts. 1164 C.c. y 1527 y 1176 ambos del C.c.
- 111) HERNÁNDEZ MORENO, "El pago...", op.cit., p. 81.
- 112) A. HERNÁNDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", op.cit., p. 278. NICOLÒ, R., "L'adempimento dell'obbligo altrui", Milán, 1936, p. 92, que diferencia ambas situaciones en su causa y forma de actuación. P. 52 sobre la satisfacción al acreedor que consiste en cumplir la obligación.
- 113) Cfra. art. 1158 C.c. Principio reconocido desde el derecho romano. D. 46, 3, 53, "Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantibus invistiquè meliorem condicionem facere".
- 114) También hay que considerar obligado al heredero (arts. 659 y 1082 y ss.). Si hubiere varios la responsabilidad se repartiría entre ellos solidariamente (arts. 1084 y 1085 C.c.); también a título particular puede estar obligado el legatario o cualquier obligado a título particular en la asunción de deudas. Como obligado subsidiario lo estará el fiador.
- La representación en algunos supuestos que requieren unas circunstancias especiales también quedarán restringidas en estos supuestos a tenor de lo establecido en el art. 1161 C.c.; NICOLÒ, op.cit., p. 18 destaca la importancia econó-

mica de la intervención del tercero; SCHLESINGER, P., "El pago al tercero". Trad. de la Esperanza Martínez-Radio. Madrid, 1971, p. 40 subraya la importancia del animus solvendi al dar la prestación; BARBERO, D., "Sistema de Derecho Privado", V. III, Obligaciones. Buenos Aires, 1967, p. 35.

115) El anteproyecto de 1851 distinguía claramente casos de pago en su artículo 1.099 dependiendo de quien lo realizara:

- 1º. Una persona con interés en el cumplimiento de la obligación.
- 2º. Una persona no interesada, con el consentimiento del deudor.
- 3º. Una persona no interesada, ignorándolo el deudor.
- 4º. 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 hubiera pagado; en el segundo supuesto, no tenía derecho alguno a repetir contra el deudor.

Para los dos primeros supuestos se hacía una remisión al artículo 1.117, precursor del actual artículo 1.210 en el que se establecían los supuestos que por imperativo legal se operaba la subrogación.

Estos supuestos eran los siguientes:

- 1º. "Del que siendo acreedor, paga a otro acreedor preferente".
- 2º. "Del tercero no interesado que paga, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor".
- 3º. "Del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.068".
- 4º. "Del heredero que admite la herencia en beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos las deudas de la misma".
- 5º. Del que adquirió un inmueble y paga a cualquier acreedor que tenga hipoteca sobre el mismo inmueble anterior a su adquisición.
- 6º. Del poseedor de una finca hipotecada con otros pertenecientes a diversos dueños que paga en su totalidad un crédito impuesto sobre todas ellas. Lo mismo se entiende respecto del poseedor de parte de una finca hipotecada en su totalidad y perteneciente a varios dueños.

./.



En los casos de este número y del anterior, cuando sean dos o más los poseedores de la finca o fincas hipotecadas, el subrogado sólo podrá ejercitar su derecho contra cada uno de ellos en proporción al valor actual de la finca o de parte de ella que posea, descontándose lo que por el mismo concepto corresponde a la finca o parte poseída por el subrogado".

Se observa que el tratamiento del actual Código Civil es distinto. El cambio se produce en el Anteproyecto de 1882-1888. Se establece el principio general de que cualquier persona puede pagar. Sólo hay diferencia en el artículo 1.175 (antecedente del actual artículo 1.158) según se pague contando con el beneplácito o disconformidad del deudor.

En el primer caso sólo se podrá repetir frente a él aquello en que le hubiera sido útil el pago; en el segundo, sólo se podrá reclamar la devolución de lo pagado. Sobre la legitimación vide LALAGUNA, E., "Sujetos del pago". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Madrid, 5-8, 1985, n. 1391, pp. 10 y ss.

- 116) HERNÁNDEZ GIL, op.cit., p. 199, a lo que añade que probablemente se debió tener en cuenta que el deudor usualmente no experimenta perjuicio alguno sino más bien beneficio, sobre todo pensando que esta ordenación legal está fundamentalmente pensada para pago en dinero, o en general para la realización de las prestaciones de dar, en las que la conducta del deudor no tiene los matices de esencialidad que en otras clases de prestaciones. Autor citado ult. op.cit.; NICOLÒ, op.cit., p. 91.
- 117) HERNÁNDEZ GIL, op.cit., p. 290.
- 118) HERNÁNDEZ GIL, op.cit., p. 292; BARBERO, op.cit., p. 37.
- 119) En este sentido se pronunciaron las sentencias del T.S. de 27 de junio de 1925; 26 de noviembre de 1926; 17 de junio de 1941 y 8 de abril de 1948. Las sentencias de 3 de julio de 1906 y 17 de junio de 1941 rechazan las reclamaciones ejercidas por los demandantes; entendieron que la deuda a la que habían hecho frente era deuda propia y no, como intentaban demostrar, deuda de un tercero; es decir, ajena. BRECCIA, U., "La ripetizione dell'indebito". Milán, 1974, pp. 488 y ss.; CICALA, R., "L'adempimento indiretto del debito altrui", Nápoles, 1968, p. 289.
- 120) Vid. HERNÁNDEZ GIL, op.cit., pp. 292 y 293. Por otra parte no se encuentra ningún antecedente del mismo en el Anteproyecto de 1851. Si figura en el Anteproyecto de 1882-1888 en el art. 1176: "El acreedor a quien un tercero pague en nombre del deudor".

dor, no podrá ser compelido a subrogarle en sus derechos.
Vide GARCÍA GOYENA y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, op.cit.

- 121) Referente al extracto de la sentencia de 30 de diciembre de 1931 comentada por HERNÁNDEZ GIL, op.cit., p. 293.
- 122) En este sentido GIORGIANNI, op.cit., p. 213.
- 123) Sin entrar si este artículo enumera con carácter exhaustivo las formas de extinción de las obligaciones; opinión que en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia entienden que sólo tiene carácter meramente indicativo. Vide sentencias de 5 de diciembre de 1940; 10 de diciembre de 1947; 24 de octubre de 1925; 23 de abril de 1956; 20 de noviembre de 1963 y 13 de febrero de 1965.
- 124) Vide PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Anteproyecto...", cit., p. 369; LASSO GAITE, G.F., "Crónica de la Codificación española", T. IV, V. I, Madrid, 1970, pp. 555 y ss.
- 125) "El acreedor a quien un tercero pague en nombre del deudor, no podrá ser compelido a subrogarle en sus derechos".
- 126) En el anterior Anteproyecto se permitía que pagase:
- 1º. Una persona con interés en el cumplimiento de la obligación.
 - 2º. Una persona no interesada, con el consentimiento del deudor.
- Estos dos supuestos se remitían a otras normas específicas: Art. 1117 para aquellos que tenían derecho a la subrogación. También podían pagar:
- 3º. Una persona no interesada, ignorándolo el deudor.
- Se le concedía el derecho al pagador de repetir contra el deudor lo pagado.
- 4º. Una persona no interesada, contra la voluntad del deudor.
- En dicho supuesto, el pagador se veía desprovisto de toda acción.
- 127) BERCOVITZ, op.cit., p. 25 y HERNÁNDEZ GIL, op.cit., p. 290 que insiste en la posibilidad de que se quiere facilitar al que no se le considere como tercero, que demuestra su interés en la intervención. LALAGUNA, op.cit., p. 11.
- 128) Dicho artículo establecía: "El acreedor a quien un tercero pague en nombre del deudor, no podrá ser compelido a subro-
- ./.

garle en sus derechos". La frase de "ignorándolo este" no existía.

- 129) BERCOVITZ, op.cit., p. 26.
- 130) BERCOVITZ, ibidem.
- 131) En este sentido vide HERNÁNDEZ MORENO, op.cit., pp. 241-242.
- 132) "Extraña" calificarían los clásicos franceses para referirse al tercero que paga; si bien no entienden que pueda pagar alguien una deuda con finalidad distinta de obtener un beneficio, que sería la subrogación, cuyo logro precisa el previo beneplácito del acreedor. En dicho sentido RENUSSON, "Traité de la ...", cit. Cap. X.
- 133) En ese sentido vide BERCOVITZ, op.cit., p. 32 quien ve su antecedente en el artículo 1.118 del Anteproyecto de 1.851 relativo a la subrogación convencional; precisamente aparece cuando se suprime este artículo por la introducción del actual artículo 1.159 con la finalidad de recordar que la subrogación sólo puede ser convencional.
- 134) HERNÁNDEZ MORENO, op.cit., p. 52.
- 135) 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 D. Ignacio Sanpents y Barba, D. Ramón Martí de Eixala y D. José Ferrer y Subirana. Barcelona, 1843. Vide también "Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López". Andrea de Portonaris. Madrid, 1974.
- 136) Cfra. GARCÍA GOYENA, Fl., "Comentarios, motivos...", cit., art. 1.099, pp. 589 y ss. y 598 y ss.
- 137) Art. 1.236 C.c. francés: "Une obligation peut-être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.
L'obligation peut même être acquittée 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". Artículo que no sufrió modificación alguna después de la presentación ante el Consejo de Estado. FENET, A., "Recueil complet des travaux Préparatoires du Code Civil", T. XIII. Osnabrück, 1968, p.

338 y en especial p. 341. GARCÍA GOYENA, op.cit., p. 589 remite a este artículo. Díez Picazo entiende que el artículo 1.159 considera pagar "en nombre del deudor" como requisito de la subrogación y el "pago por cuenta de otro" del artículo 1.158-2º como requisito de la acción de reembolso aunque parece sostener lo contrario en el último párrafo del nº 742, p. 619; COLOMBRES GARMENDIA, I., "El pago por tercero", Buenos Aires, 1971, pp. 143 a 151.

- 138) En este sentido HERNÁNDEZ MORENO, "El pago...", cit., p. 64 y art. 1.234 C.c. francés en el que dispone que el pago es una forma de extinción de las obligaciones.
- 139) HERNÁNDEZ MORENO, ibidem.
- 140) HERNÁNDEZ MORENO, op.cit., p. 66.
- 141) BERCOVITZ, op.cit., p. 41; NICOLÒ, op.cit., p. 97.
- 142) Cfra. art. 1.158 Código civil.
- 143) HERNÁNDEZ MORENO, "El pago...", op.cit., pp.236 a 238 y citas nº 371 y 372.
- 144) Juris. Civil, T. 119, p. 758.
- 145) Sobre este punto vide HERNÁNDEZ GIL, "Derecho de...", cit., pp. 315 a 338.
- 146) No entramos en la manifestación del interés respecto del acreedor por no requerirlo el precepto. Al respecto véase: GIORGIANNI, M., "La obligación (La parte general de las obligaciones)", Barcelona, 1958, pp. 61 y 198 a 215.
- 147) Sin profundizar en este concepto al referirnos a la insolvencia nos atenemos únicamente a la concepción etimológica en sentido extenso; aludimos a la situación del deudor cuando no puede hacer frente a las pretensiones de los acreedores, teniendo siempre presente que los efectos de la insolvencia definitiva son siempre diferentes de los de la provisional. En dicho sentido consúltese SERRA DOMÍNGUEZ, "Efectos procesales de la insolvencia". Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, T. XII, Barcelona, 1965, pp. 868-871.

Sobre la situación de insolvencia provisional puede verse las situaciones en que puede invocarse el embargo de bienes como situación preventiva. Vide CARRERAS, J., "El embargo de bienes". Barcelona, 1957, pp. 358 a 363; 321 a 331 y 531 a 551 centrándose en el desarrollo de la acción subrogatoria las citadas páginas.

"La anotación preventiva de embargo", RIFÀ SOLER, J.M., Madrid, 1983.

- 148) DÍEZ PICAZO, "Fundamentos de Derecho...", op.cit., vol. I, p. 617.
- 149) BERCOVITZ, "Comentarios...", ob.cit., p. 35.
- 150) DÍEZ PICAZO, "Fundamentos...", vol. I, cit., pp. 617-618.
- 151) BIGOT-PREAMENEU, en FENET, t. XII, cit., p. 269: "La subrogation est acquise dans tous les cas où la dette a été payé par un codébiteur, une caution et en général, par tous ceux qui étant tenus avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avaient intérêt de l'acquitter".
- 152) GARCÍA GOYENA, op.cit., p. 592.
- 153) El citado artículo es el antecedente del actual artículo 1.159. Nos remitimos a lo dicho anteriormente sobre la interpretación del artículo. Vide también el comentario de GARCÍA GOYENA, op.cit., p. 597.
- 154) GARCÍA GOYENA, op.cit., p. 912.
- 155) THEOPHILE HUC, "Commentaire théorique et pratique du Code civil", t. VIII, arts. 1.234 a 1.386, París, 1895, p. 102.
- 156) HUC, op.cit., p. 91.
- 157) Este interés se entiende fundamentalmente por la doctrina francesa en destacar el cambio operado con la redacción de este artículo, porque recordemos que el deudor solidario, el fiador y el tercero poseedor no se subrogaban de pleno derecho, sino que necesitaban un requerimiento para que la misma se produjere.
- Las premisas se encuentran en las exposiciones de Dumoulin en sus célebres lecciones, en las que sostenía que tanto el fiador como el coobligado y todo aquel que pagare con otro o por otro se le debía presumirse el animus de subrogarse.
- La opinión de Dumoulin fue duramente criticada durante su pervivencia; encontró sin embargo, aceptación en la elaboración del Código Civil francés de 1804 que consagró dicho pensamiento en el artículo 1.251-3º.
- 158) En este sentido se pronunciaron los clásicos franceses. Vide al respecto LAROMBIÈRE, t. III, p. 358 n. 8 cit.; DEMOLOMBE, t. XXVII, p. 520 n. 593 cit.; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. II, Obligations, p. 671 cit.
- 159) THARWAT, K., "Le paiement avec subrogation en Droit français et en Droit suisse". Ginebra, 1931, p. 106.

- 160) THARWAT, K., ult. op.cit., p. 110.
- 161) Vid. art. 1.214 del C.c. francés y 1.137 C.c. español.
- 162) Art. 1.214-1º C.c. francés: "Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part est portion de chacun d'eux".
- 163) Sobre este punto vide LAROMBIÈRE, t. II, cit., art. 1.214 p. 685; HUC, t. VII, cit., p. 448. En el segundo sentido expuesto JOSSEPRAND, "Cours de Droit positif français", t. 2, 3ª ed., París, 1932, p. 539, nº 883-1º; RIPERT-BOULANGER, t. II, cit., p. 665, n. 1842; MAZEAUD, op.cit., t. II, p. 746, nº 4.
- 164) VON THUR, A., "Tratado de las obligaciones", t. II, pp. 254 a 272 en especial p. 270, 1ª trad. por W. Roces, Madrid, 1934.
- 165) HUC, Th., "Commentaire...", t. VIII, cit., arts. 1.234 a 1.386, p. 67. Crome da una definición más completa del instituto, basada en esta misma idea; destacando que es la sustitución de un tercero que satisface al acreedor en sus propios derechos. "Theorie fondamentale delle obbligazioni", trad. italiana, Milán, 1980, p. 282.
- 166) La división en convencional y legal se establecería claramente en el artículo 1.116 del Anteproyecto de 1882-1888. Vide GARCÍA GOYENA, op.cit., p. 596.
- 167) Para GIORGIANNI, M., "La obligación...", op.cit., pp. 161 a 163, hay una última conexión entre responsabilidad personal y patrimonial. El deudor en uno de los aspectos que comprenden de la responsabilidad patrimonial se ve obligado a hacer frente al pago, teniendo la posibilidad de ofrecer una garantía al acreedor, además de que una de las consecuencias de la responsabilidad patrimonial es que los bienes del deudor tienen que cumplir la función de garantizar el cumplimiento de la obligación. El ligamen entre el fenómeno de la garantía con el de responsabilidad personal tiene correspondencia con el funcionamiento de la garantía personal que tiene expresión en la institución de la fianza.
- 168) Favorece nuestra opinión que el Proyecto de 1851 parece que se refería únicamente, en su artículo 1.157-3º, al deudor solidario y al fiador cuando establece la subrogación ope legis para aquellos que pagan porque están interesados en el cumplimiento de la obligación.

Al interpretar este artículo el propio García Goyena entiende que va dirigido a regular la situación del fiador y

de los deudores mancomunados (equivalentes a los solidarios de la actualidad). GARCÍA GOYENA, Fl., "Concordancias, motivos...", cit., pp. 596 y ss.

169) MANRESA, "Comentarios...", cit., pp. 451 y 452.

170) En el mismo sentido, aunque desvinculado de nuestro tema, resultarían igualmente interesados los dueños poseedores de las cosas en que la garantía consista y a los que sobre estas tengan constituido un derecho real o celebrado un contrato de arrendamiento.

171) MUCIUS SCAEVOLA, op.cit., pp. 1.116 y 1.117.

172) La materia concerniente al carácter presuntivo que le da el Código civil no está reconocido por todos los autores.

Los adversarios a esta tesis ponen de relieve que se parte de la utilización errónea del término técnico "presumir" y que el Código está concibiendo dos clases de subrogación: La convencional donde entra en juego la voluntad de las partes, bien se realice mediante acuerdo con el deudor, bien con el acreedor, y la legal en la que no caben las presunciones, viniendo directamente establecidas por la Ley en el artículo 1.210 que amplía su espectro a tres situaciones diversas y a otras que se encuentran desparramadas a través del C.c. En todo caso, concluye, si fueran presunciones se les debería atribuir el carácter de presunciones iuris et de iure, añadiendo que no caben otras presunciones que regulen unos hechos indiciarios de una manera tan suficientemente expresiva. Subrogación legal será pues cuando se produzca ope legis, sin necesidad de declaración expresa de voluntad; una vez se den los requisitos que establece la norma o también cuando se le atribuya a una persona la facultad de demandar frente al acreedor satisfecho, que el crédito le sea subrogado. A modo de ejemplo véanse los artículos 1.839, 1.186 y 1.897. DIEZ PICAZO, "Fundamentos...", op.cit., p. 801.

Ateniéndose al tenor del precepto no podemos atribuir a los artículos 1.209 y 1.210 valor superior al de una nueva presunción aunque sea iuris et de iure. Pensamos que únicamente establece una presunción de que los supuestos contemplados en la Ley, en concreto el establecido para la fianza (art. 1.839) o en otros supuestos dispersos a través del articulado del Código.

Su efecto es evitar la duda si se está ante un supuesto de subrogación o no, pero dichas circunstancias no son óbice para que el beneficiario pueda, en todo caso, renunciar a ello ya que pensamos se trata de una norma de carácter dispositivo. Por otra parte, los supuestos contemplados en el

amplio panorama de posibilidades derivadas del artículo 1.210 no ofrecen más remedio que atribuirles el valor de presunciones iuris tantum. En este sentido DÍEZ PICAZO, "Fundamentos...", cit., pp. 802-803. Las facultades son tan amplias y diversas que en muchas ocasiones conducen a un campo de ambigüedad jurídica más que de seguridad que es lo que se pretende, resultando sumamente perjudicial.

Ahondando en nuestra tesis, el propio artículo 1.209 secunda nuestra opinión al establecer que los casos no expresamente mencionados en el Código necesitan que se precisen con suma claridad. Esta precisión significa que, en principio, los únicos supuestos de subrogación legal son los que el propio Código especifica, véase artículo 1.839 que no tiene por qué implicar necesariamente la aceptación del fiador pero que no por ello cierran las posibilidades de subrogación. Desgraciadamente, los supuestos que darán lugar a estas presunciones están redactados con ambigüedad, que en ciertos casos puede confundir.

Analicemos, por ejemplo, la situación del deudor solidario que paga la totalidad de la deuda. Ateniéndonos al tenor literal del artículo 1.210-3º hay una obligación de cumplirla; sin embargo, autores de notable importancia como el profesor Díez Picazo entienden que, en principio, el deudor solidario no es un subrogado en la obligación, sino que en virtud de su cumplimiento nace una nueva obligación en la cual aparece un derecho de crédito a favor del deudor que pagó frente a la totalidad de los codeudores por la cuantía que les correspondiera; evidentemente sin tener en cuenta su parte proporcional, puesto que de no ser así, el que se beneficiaría sería el deudor interviniente. Cfra. DÍEZ PICAZO, "Fundamentos...", op.cit., pp. 802-803 y p. 425.

El criterio diferenciador no es ocioso puesto que tiene especial importancia la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 1.839.

Adelantando materia de nuestra exposición podemos dejar esbozada la siguiente conclusión: La subrogación únicamente actúa ope legis en los supuestos en que la Ley misma especifica. En los restantes, y nos referimos a los artículos 1.209 y 1.210, quedan establecidas unas presunciones que no son más que indicios; si bien es cierto que suficientemente expresivas aunque ambigüas, que admiten prueba en contrario o que por su propia configuración ha podido quedar excluida de no haber sido establecida con la claridad suficiente. Creo debe entenderse por voluntad otorga

da manifiestamente y que no ofrezca lugar a dudas. En contraposición, los supuestos expresados en el propio ordenāmiento jurídico, como de pago con subrogación se producirán con carácter automático.

Cuestión distinta es la de saber si la subrogación legal permite la intervención del elemento volitivo. Deteniéndonos en el propio artículo 1.209 "... no puede presumirse fuera de los casos...". Si el artículo 1.209 tiene carácter programático de la subrogación, tendremos que concluir que aún los supuestos de subrogación legal establecen meras presunciones; situación jurídica perfectamente compatible con la aceptación o no del tercero interveniente en la obligación del beneficio de subrogación.

La práctica totalidad de los comentaristas del C.c. francés sobreentendieron que la subrogación se produce de pleno derecho y por imperativo legal únicamente en los casos que establece el artículo 1.251 cuyo apartado tercero comprende el supuesto del fiador y del deudor solidario. Se le atribuye además, la consideración de excepcional puesto que son los únicos casos que se da por entendido que el tercero pagado tiene interés en el cumplimiento de la obligación; poniendo de manifiesto que la concesión de la subrogación se detiene, en principio, en atribuir las condiciones favorables del pago.

La vinculación de pago e interés, en este caso, están estrechamente vinculadas, razón que motivó al legislador francés, en opinión de sus comentaristas, a conceder al tercero que efectúara el pago una subrogación condicionada a no causar un perjuicio a otros acreedores del deudor. Es una concesión, y en este aspecto se pone mucho énfasis, de derecho estricto, como todas las concesiones de favor que realiza la Ley. Supone una derogación del principio general, según el cual la adquisición de un derecho mediante un acto convencional no se realiza normalmente más que mediante el concurso o la participación de las voluntades de una parte del que pretende adquirir dicho derecho y de otra, del que desea transmitirlo. Supone pues, una limitación y una restricción a los casos que expresamente designe la Ley; es más confirman los autores clásicos, con el fin de dejar bien sentado este principio, que si los jueces entendieron por la vía de la analogía que se podría extender a otros supuestos, esta aplicación analógica constituiría una violación formal de la Ley. Vide en este sentido LAROMBIÈRE, L., "Théorie et pratique des obligations ou Commentaires des titres III, IV, livre III du Code Napoléon", T. III, arts. 1.101 a 1.386, París, 1857, pp. 301 y 302; MARCADE, V., "Explication du Code civil", 7ª ed., T. IV, París, 1873, p. 573; en el mismo sentido TOU-

LLIER, "Droit civil français", t. VII, 5a ed., París, 1830, pp. 178 a 203, en especial p. 199.

Difiere TOULLIER ("Droit civil...", op.cit., p. 199) en este último punto, matizando que la redacción del artículo deja poder suficiente al Magistrado para decidir los supuestos que incluye el pagar por otros y establecen, en consecuencia, el criterio donde debe radicar el interés. Señala también este autor otros problemas como el alcance y contenido y efectos que produce la subrogación, de gran importancia práctica como expondremos en su momento.

- 173) En este sentido ALBADALEJO, M., "Derecho de obligaciones", v. II, T. I, Barcelona, 1970-75, pp. 250, 283, 286, 110; SANCHO REBULLIDA, F. de A., "Comentarios al C.c. y compilaciones forales", dirigidos por Manuel Albadalejo, arts. 1.156 a 1.213, t. XVI, Madrid, 1980, p. 662. TORRENT, "El pago de un tercero con relación al pago con subrogación" en Rev. Crít. Derecho Inmobiliario, 1950, pp. 150 y ss.
- 174) ALBADALEJO, ibidem.
- 175) No se olvide que en el Anteproyecto de 1851 las obligaciones solidarias se llamaban mancomunadas.
- 176) Fundamentalmente, los casos omitidos no tratan dos supuestos diversos: El del poseedor o propietario de un inmueble que paga la deuda hipotecaria que lo grava y el del heredero con beneficio de inventario que paga con sus fondos deudas de la herencia. Al respecto BERCOVITZ, op. cit., p. 36.
- 177) Ahondando en el artículo 1.210-1º Bercovitz lo califica de supuesto, cuya única explicación es la histórica; un residuo del Anteproyecto de 1.851 procedente del Derecho Romano y recogido posteriormente en las Partidas como lo señala García Goyena en su comentario al artículo 1.117 y L. 34, tít. 13, Partida 5. Si se considera que el interés en la obligación o en su cumplimiento, mencionado en los artículos 1.158 y 1.210 es el interés de la persona que responde de la obligación pagada. Op.cit., p. 36.
- 178) Sobre las opiniones de este artículo vide BERCOVITZ, op. cit., pp. 37 a 39 en la que inclusive se expone un criterio jurisprudencial.

CAPITULO IV

1. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITAN LAS ACCIONES DE SUBROGACIÓN Y DE REGRESO.
 - 1.1. BREVE REFERENCIA AL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LAS ACCIONES DE REGRESO Y SUBROGACIÓN ANTES DE LA CODIFICACIÓN.
2. GÉNESIS DEL REGRESO.
3. CONTENIDO DEL REGRESO Y DE LA SUBROGACIÓN, APRECIACIÓN CRÍTICA DEL CONTENIDO DE AMBAS, ¿DOS ACCIONES O UNA CORRELATIVA?
 - 3.1. CONTENIDO DE ESTAS DOS ACCIONES.
 - 3.1.1. TESIS DE DUMOULIN.
 - 3.1.2. TESIS DE RENUSSON.
 - 3.1.3. CODIFICACIÓN.
 - 3.1.4. TESIS DE GUILLOUARD.
 - 3.1.5. TESIS DE TROPLONG.
 - 3.2. PAGO DE GASTOS.
 - 3.2.1. TESIS DE MERLIN.
 - 3.2.2. TESIS DE LAURENT.
 - 3.2.3. TESIS DE POTHIER.
 - 3.3. OPERACIONES A REALIZAR UNA VEZ HAYA PAGADO EL FIADOR.
 - 3.3.1. ANÁLISIS ESPECIAL DE LOS INTERESES.
 - 3.3.1.1. MOMENTO A PARTIR DEL CUAL COMIENZAN A COMPUTARSE LOS INTERESES.
 - 3.3.2. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.
 - 3.3.3. PAGO EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL DEUDOR.
 - 3.3.3.1. PAGO EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL DEUDOR CON INTERÉS DEL FIADOR.
 - 3.3.3.2. PAGO POR UN FIADOR SOLIDARIO.

3.3.4. ELECCIÓN DE LAS ACCIONES DE SUBROGACIÓN O DE REGRESO.

3.3.5. ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN ITALIANA.

4. SUBROGACIÓN Y REGRESO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ART. 1839. DIFERENCIAS CON INSTITUCIONES EN LAS QUE APARECE LA SUBROGACIÓN.

4.2. SUPUESTOS FAVORABLES A LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN.

4.3. CASOS EN LOS QUE LA SUBROGACIÓN ES INAPLICABLE.

4.4. APRECIACIÓN ACTUAL DE LAS ACCIONES DE SUBROGACIÓN Y DE REGRESO.

4.4.1. ANÁLISIS DEL ART. 1839 C.C.

4.4.2. DISTINTAS POSICIONES.

I. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS PROBLEMAS QUE SUSCITAN LAS ACCIONES DE SUBROGACIÓN Y DE REGRESO.

1. 1. BREVE REFERENCIA AL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA ACCIÓN DE REGRESO Y DE SUBROGACIÓN ANTES DE LA CODIFICACIÓN.

Si bien en el primer capítulo hemos tratado ampliamente el nacimiento y posterior desenvolvimiento de la acción de regreso al igual que la de subrogación, es conveniente, con el propósito de centrar nuestro tema, hacer una pequeña referencia histórica a efectos de centrar ambas acciones, puesto que nuestra tesis sostiene que ambas acciones nacen por vías diferentes, en reclamo de necesidades creadas por situaciones distintas, con justificación quizás hasta la época codificadora.

Aunque la redacción definitiva de los distintos Códigos civiles conduce a la conclusión diversa, cabe pensar, que tanto el legislador francés como todos aquellos juristas que tomaron ejemplo en él debieron hacer un esfuerzo, si no por sintetizar ambas acciones, que a nuestro entender sería la solución más acertada, al menos por darle un tratamiento más cuidadoso, que no la mera recopilación de la situación histórica creada.

El interés de subrayar dicha evolución, sobre todo a partir de la codificación es importante porque, aún con todo, como veremos a continuación, el pensamiento de los juristas quedó tan fuertemente impregnado de las ideas de los autores clásicos que no logró zafarse de su fuerte influjo. Ello ocasiona que paulatinamente vayan apareciendo dos corrientes doctrinales reinantes aún hoy en día. Según éstas, si nos orientamos hacia

la corriente francesa veremos claramente la existencia de dos acciones con recursos y vías diversas para su ejercicio; mientras que la escuela italiana se pronuncia -sobre todo a partir de la reforma de 1942- por un intento de conciliar ambas acciones, de forma tal que la subrogación consiga reforzar la acción de regreso que por el propio pago corresponde al fiador, cumpliendo de este modo una triple finalidad: Los intereses del acreedor han quedado mejor protegidos al establecer una relación de garantía junto a la obligación principal; el deudor ha podido liberarse de la relación obligatoria originaria, que posiblemente resultaría más gravosa que la obligación surgida a resultas de que el fiador haya cumplido la deuda contraída originariamente por el deudor; y por último, al fiador se le protege garantizando su pérdida patrimonial o favoreciendo la opción de una doble vía. Ventaja que en ocasiones puede conllevar mayores posibilidades de recuperar lo desembolsado o bien, -y es el objeto de nuestro estudio- entender que el procedimiento *ad hoc* es el de reclamar lo desembolsado mediante la acción de reembolso, cauce jurídico de dicha pretensión, aunque con la salvedad de atribuirle un reforzamiento especial para su efectividad proveniente del carácter *sui generis* de la acción, derivada de la subrogación.

2. - Génesis del regreso.

Si el deudor incurría en mora el fiador tenía dos posibilidades: O manifestar su voluntad de no afrontar el pago, o respaldar la obligación contraída por el deudor y responder por ella (1).

En su origen esta responsabilidad se fundaba en un acto de amistad o de beneficencia (2), aspectos estos que inducen 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.

Una de las primeras medidas a considerar, en contraposición a la actitud adoptada hasta el momento, es que el garante se veía desprovisto de toda acción una vez realizado un 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 paga por el deudor que garantiza, no pretende que de su comportamiento se concluya que su *animus* es *donandi*; en consecuencia, puesto que ha satisfecho la deuda contraída por otra persona, es de justicia que se le reembolse la cantidad sacrificada en ejecución de la garantía (3).

En el Derecho Romano (4) 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,

el deudor, a petición propia de éste, se le concedía una *actio mandati* contra el deudor (5).

Dudas no podrían 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* (6).

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

La *actio negotiorum gestorum contraria* es menos extensa que *mandati contraria*. Aunque se diga que la Ley parifica sus efectos no puede afirmarse que lo haga con plena identidad, puesto que no permite que en la primera se pueda repetir del fiador los gastos realizados, a no ser que se consideren necesarios o útiles (7).

Una actitud positiva motivará el contrato de mandato que permitirá proteger al fiador mediante la *actio mandati contraria*. Si la 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 sujetos estipulantes de la relación contractual (8). De otro lado, la diferencia práctica estriba en que la protección que se dispensa al fiador que actúa ignorándolo el deudor, no le

permite 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 cessionum 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* (9).

Tras arduas discusiones entre los doctores en torno a 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 imprescindible 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 acciones adquiridas por el fiador del acreedor (10).

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 (11).

A todo lo dicho hay que añadir la especial relevancia que dos circunstancias inexistentes en la actualidad tenían en el Derecho Romano: No había una diferenciación o clarificación 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, únicamente podríamos encontrarnos ante una subrogación convencional, única, que como algún autor que ya citamos indicó, se puede comparar con la cesión. Y además, porque el alcance de la subrogación se halla limitado por el principio: "*Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse sibi habuerit*".

Un caso en que únicamente el fiador estará legitimado para proceder mediante la subrogación, no estando protegido con

la correspondiente acción de regreso, es el supuesto, difícil en la práctica, del fiador que preste garantía en contra de la expresa voluntad del deudor.

En este supuesto no existirá vinculación entre deudor-fiador, por lo que la acción que deriva del mandato o relación jurídica similar, reguladora del comportamiento de ambos sujetos, no se da; lo que significa que la acción de regreso es inaplicable, puesto que no se da el hecho que origina su nacimiento. Sin embargo, es innegable que aún en contra de la voluntad expresa del deudor, se ha producido un desembolso patrimonial en beneficio de este último, motivado la mayoría de las veces por razones familiares, de amistad e incluso utilitarias; como puede ser actualmente el interés de un socio en pagar a fin de no desprestigiar su sociedad en el mercado, en la comercialización de un producto... 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 enriquecimiento injusto que habrá que subsanar mediante el correspondiente mecanismo (12). 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 este 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*" (13).

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

En todas las controversias que sufrió la subrogación hasta verse en el cuerpo legislativo más importante ya señalado, sólo queda recordar que fue un arduo camino por recorrer hasta que se vio consagrada por imperativo legal sin necesidad de solicitud previa, ni de Carta de Lasto acreditativa del pago efectuado. En nuestro Código Civil el desarrollo legislativo de estos principios quedó plasmado en los artículos 1.838 y 1.839 en la materia concerniente a la regulación de la fianza.

3.- Contenido del regreso y de la subrogación. Apreciación crítica de contenido de ambas. ¿Dos acciones o una correlativa?

Tras la promulgación del Código Civil francés, quedaron definitivamente plasmadas en todos los códigos que le sucedieron dos acciones.

Por una parte se reglamentó una acción de carácter personal. Todos los autores que comentaron los Códigos civiles coincidieron en su apreciación de atribuirle el carácter de acción personal nacida en función de un mandato o gestión de negocios ajenos. La diferenciación de la elección de una u

otra figura jurídica radicaba en el conocimiento o desconocimiento por parte del deudor de la actuación del tercero y en su correlativo beneplácito.

De otro lado, fue configurada como acción cuyo antecedente histórico se encuentra en el Derecho Romano en el *beneficium cedendarum actionum*, cuya especial peculiaridad era conceder al tercero por parte del acreedor todos los derechos accesorios que asistían a su vez al crédito mismo.

Es significativo destacar que tras la promulgación de los diferentes cuerpos legales no se duda de la existencia de dos acciones diferentes que, como parece destacarse de los diversos textos que comentan el articulado que les corresponde, se refieren a ellas con cierto carácter optativo, excepción hecha de los intereses y daños y perjuicios que pudieran derivarse del pago hecho por el fiador (14).

3.1.- Contenido de estas dos acciones.

3.1.1. El criterio es unánime, ya antes de la codificación. En esta se recogen ideas que los clásicos expusieron, recogiéndose fundamentalmente la idea de Dumoulin, duramente rechazada en sus tiempos; convertida posteriormente en idea inspiradora de la construcción jurídica de la subrogación.

El principal obstáculo que opusieron, tanto Pothier como sus seguidores, fue la falta de previa solicitud del fiador, o tercero que pagara, al acreedor para que le cediera sus acciones y privilegios. Si este no se efectuaba antes del pago, el tercero se veía desprovisto de dicho beneficio. Para no dejar desprotegido al fiador que había efectuado el desembolso patrimonial, justo era que se le concediese otra acción a fin de evitar una situación de enriquecimiento por parte del deudor.

Existía otra vía, que derivaba de la relación entre deudor y fiador mediante la cual se entendía que si éste no se había manifestado en contra, el fiador, pagador en cumplimiento de un mandato o en realización de una gestión de negocios ajenos, conservaba la acción derivada del mandato: *actio mandati contraria* que encerraba la regla de Derecho: "*Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*" l. 60, f.f. de seg. jur. (15).

Si se diera el caso extraño de que el fiador se hubiese obligado sin conocimiento del deudor principal, no le correspondía otra acción sino la derivada de la gestión de negocios ajenos, de efectos similares.

El requisito imprescindible para el otorgamiento de dichas acciones era la producción de un pago, no precisando que éste fuera real, sino que se permitía que fuera el resultante de compensación o novación. En todos estos supuestos el fiador gozaba de la correspondiente acción de reintegro en reclamación de la cantidad satisfecha, la compensada o la que se hubiera comprometido a pagar para extinguir la obligación del deudor principal.

Tres requisitos se venían exigiendo, que someramente pueden resumirse en los siguientes:

- Que el fiador hubiera opuesto las excepciones perentorias, en el supuesto de que el deudor principal las tuviera.
- Que el pago efectuado hubiera sido válido, con efectos liberatorios para el deudor.
- Y, por último, que el deudor no hubiera realizado un segundo pago por haber realizado previamente otro el fiador sin haberlo puesto en conocimiento del deudor.

Dos acciones con la misma finalidad: Proteger a quien hubiera sufrido un perjuicio económico para liberar al deudor de la obligación existente.

Renusson ratifica esta opinión. El fiador, dice, que ha pagado pura y simplemente; no le sucede ni se coloca en la misma posición; lo que implica que no puede ejercitar sus derechos y acciones puesto que para poder obtener la subrogación hace falta el requerimiento previo del fiador (16). Se pretende con ello dejar al arbitrio de la voluntad de las partes la cesión de las acciones adheridas al crédito que ostentaba el acreedor originario razonando, además dicho autor, que no se puede conceder lo que no se ha solicitado.

3.1.2. Una segunda argumentación que utiliza en contra de conceder la subrogación, cuando el fiador se ha obligado con el deudor principal sin estipular previamente la subrogación, es que el fiador se ha contentado con la obtención de la *actio mandati contraria* o con la *actio negotiorum gestorum* que la Ley concede directamente. Esta posición implica rechazar que el pago interesado del fiador pudiera supo-

ner adquirir los derechos del acreedor contra el deudor principal.

En tercer lugar, le apoya Renusson en que un extraño (como denomina a toda persona sin vinculación directa con la relación obligatoria) que paga por el deudor parece que no tiene mayor derecho a reclamar que la cantidad que desembolsó.

La última razón en que basa su argumentación es que no se produce la subrogación si no proviene de la Ley o de una estipulación.

No hay Ley que conceda al fiador el beneficio de subrogación, pero sí hay una Ley especial la L. 18 ff. *De fidejussoribus et mandatoribus* que explica con suficiente claridad que para la subrogación del fiador en los derechos del acreedor es necesario la previa estipulación o requerimiento (17).

En contra de dicha opinión, semejante a la de Pothier, una teoría abrió brecha sosteniendo su antítesis. Defendía la posición del fiador que paga, que en todo momento debe entenderse anhelante de los derechos que acompañan al acreedor y subrogación en sus derechos (18).

Renusson critica duramente el planteamiento de Dumoulin (19), valiéndose en sus argumentaciones de las Leyes existentes, para lo que cita la Ley Papinianus ff. *mandati vel contraria*. Papinianus libro 3; similarmente la Ley 37 ff. *De fidejussoribus et mandatoribus* que trata del acreedor que tiene un deudor principal junto con fiadores.

Se dice que el fiador paga al acreedor y que este le subroga; no porque haya pagado pura y simplemente, sino por

haber tenido ánim^os de adquirir los derechos del acreedor y que éste le cediera sus acciones.

Renusson rechaza esta interpretación, argumentando que, *a sensu contrario*, puede entenderse que el acreedor que ha recibido su pago pura y simplemente sin haberse subrogado, no puede aducirse que haya realizado la transmisión de los derechos y acciones, porque no ha podido generar la subrogación.

En este mismo sentido interpreta Renusson la Ley 2 Cod. *De fidejussoribus et mandatoribus*, en oposición a la creencia de que el acreedor que recibe el pago del fiador no pudiendo rechazar la cesión de las acciones, lo subroga, entendiendo -siempre según Renusson, que esta Ley presupone que el fiador haya solicitado y reclamado la subrogación.

También utiliza para su propósito una decisión del Parlamento de Toulouse de finales de Marzo de 1583 (20) que adjudicó para el pago realizado por el acreedor la transferencia al fiador de la hipoteca por el procedimiento de subrogación tácita; criterio opuesto al de las leyes romanas, insistiendo en que no se produce subrogación si no proviene de la Ley o de una estipulación (21).

Ante la actitud inequívoca de Renusson ¿En qué situación quedaba el fiador?. Para este autor nunca quedó desprotegido, puesto que derivado del pago nace la *actio mandati* cuyo efecto es la indemnización y resarcimiento del pago efectuado, según disponía la Ley 20 ff. *mandati vel contra*. Su fundamentación reside en que el comportamiento se refiere a la actuación del fiador a partir de una relación vinculatoria de man

dato o una petición tácita de pagar por parte del deudor, atribuyéndole además a la *actio mandati* el carácter de acción hipotecaria.

Distingue si la fianza se efectúa ante persona pública o privada.

Si la fianza se paga ante persona pública, el fiador ese mismo día obtiene un derecho hipotecario, o en todo caso, la *actio negotiorum gestorum*.

La *actio mandati* proveniente de la actuación del fiador ante persona pública tiene mayores ventajas que la *actio negotiorum* porque ésta es únicamente de carácter personal (22).

3.1.3. Ésta era la situación antes de la codificación. Después de esta se regula en dos artículos diferentes: la acción de regreso o reembolso resultado del desenvolvimiento histórico de la *actio mandati onegotiorum gestorum*, comprensiva de capital más intereses, además de los gastos judiciales e indemnización de daños y perjuicios, si hubiere lugar.

Por el contrario, la acción subrogatoria proveniente del *beneficium cedendarum actionum*, atribuye al subrogado el crédito que disponía frente al deudor, concediéndole además todos los derechos accesorios que reforzaban el crédito principal.

Así pues, en los Códigos se recogen dos artículos cuyos antecedentes históricos, como su causa, son de origen diverso.

En el artículo 2.029 del Código civil francés quedó plasmada esta concepción, según la cual el fiador que ha pagado la deuda "est subrogé à tous les droit qu'avait le créancier contre le débiteur". Tal como se configuró en la Exposición

de Motivos a la Cámara legislativa (23) según afirmó Bigot-Prèameneu, la subrogación legal tendrá lugar en todos los casos en que un codeudor, un fiador o en general, por aquellos obligados con otros o por otros al pago de la deuda, tenga interés en cumplirla. La equidad no permitiría prevalerse de los que no hubieren requerido la subrogación. Estos tendrán pleno derecho, no pudiéndose ni siquiera presumir que el acreedor debiera consentir la subrogación...

Así quedó formulada la subrogación legal en la fianza recogida en el artículo 2.029 y planteada de manera más amplia que la subrogación legal, que en líneas generales ha quedado expuesta al examinar el artículo 1.251 del Código Civil francés.

Según el enunciado de dicho artículo, esta acción faculta al tercero a subrogarse en todos los derechos que hubieren correspondido al acreedor por el mandato de efectuar el pago.

A pesar del enunciado, la doctrina comenzó a polemizar sobre el alcance exacto de esta acción.

Nos encontramos, de esta manera, con autores que se pronuncian únicamente por la comprensión en dicho artículo de las garantías que pudiéramos denominar ordinarias del crédito desembolsado e incluso otras de carácter específico otorgadas a ciertos créditos, como la acción resolutoria si se tratara del precio de una venta... (24).

Después de la promulgación del Código Civil siguió teniendo influencia la doctrina de Dumoulin, de tal forma que tras la normativa específica del Código fue posible que se fallasen sentencias en contra de lo preceptuado (25).

Teniendo presente el artículo 2.029 Guillaouard, junto con la práctica totalidad de la doctrina, entendieron que este artículo permitía la transmisión al fiador de todos los derechos pertenecientes al acreedor respecto del deudor relacionados con el débito nacido del vínculo contractual anterior.

Diferencia Guillaouard entre crédito surgido del comportamiento de pagar, del crédito perteneciente a la relación anterior.

El artículo 2.029, cuando prescribe la transmisión de todos los derechos, no está creando un nuevo crédito sino que está transfiriendo expresamente todos aquellos derechos que ostentaba el acreedor. Esta afirmación implica la negación de la existencia de un nuevo crédito y la necesidad ineludible de adquirir un crédito en las mismas condiciones en que las disfrutaba el acreedor.

Sobre este principio la Jurisprudencia francesa aceptó como consecuencia lógica de esta transmisión de derechos, que un tercero pueda adquirir un derecho dado en prenda al acreedor y recibido posteriormente por el fiador, pudiendo ulteriormente vender este derecho a otro acreedor (26).

Si al fiador se le traspasa una obligación garantizada con una hipoteca sobre los bienes del deudor principal y en el momento del pago estos bienes han pasado al patrimonio de un tercero, esta situación no repercutirá en la posición del fiador, que obtendrá su derecho hipotecario.

Esta postura de Guillaouard queriendo llevar a sus últimas consecuencias la redacción del artículo 2.029 del Código civil francés, fue replicada por Troplong, quien con razón

sostuvo, que de producirse esta situación, no sería el fiador quien se subrogara contra el derecho del tercer poseedor, sino al contrario, sería éste, si se dieron las circunstancias de haber pagado al fiador, quien dispondrá de una acción contra aquel (27). Sin embargo, la conclusión a la que llegó Guillaud, aceptada posteriormente por toda la doctrina que asentirá con él, es que el fiador tendrá siempre derecho a contar en su haber las garantías procedentes de los bienes inmuebles por el deudor. La relevancia de dichos privilegios es tal que no pueden desaparecer si el acto no lo puede impedir el fiador; como por ejemplo, si el deudor procediera a la venta de bienes inmuebles con el desconocimiento del fiador. A este motivo se une un factor más si la hipoteca existía en el momento de convenirse la fianza.

La diferencia entre la acción personal, que se obtiene partiendo del artículo 2.028, y la de subrogación del artículo 2.029 del Código civil francés son las mayores incidencias, que sirven de punto de divergencia y opción según circunstancias y conveniencias (28).

Fuera de duda está que los redactores del Código civil francés en la elaboración del artículo 2.028, tuvieron presente, fundamentalmente, la posición del fiador que se compromete en interés del deudor.

Se pensó este supuesto hasta tal extremo, que cabría afirmar que la disposición dejaría de ser aplicable si el fiador se hubiera obligado para satisfacer el interés del acreedor, con el fin de asegurarle el cobro de un crédito de dudoso pago. Dicho supuesto se podría asemejar al de un cesionario de un crédito o comprador del mismo.

De la acción que le compete, no hay duda, podrá acogerse siempre que le sea favorable el artículo 2.029 puesto que no establece diferenciación en su redacción; sólo exige un requisito: Que se pague de forma válida y eficaz (29).

Las diferencias enunciadas de los artículos comentados pueden resumirse en los siguientes aspectos:

Es importante la diferenciación del comportamiento del tercero a realizar el pago: según sea con el conocimiento o des conocimiento del deudor de la actuación de su garante.

Comenzando con las diferenciaciones hay que señalar que el artículo 2.028 no es aplicable al deudor que realiza el pago, en contra de la voluntad del deudor, tema que con gran amplitud desarrolla Laurent; mientras que contrariamente, la subrogación facultará siempre que realice el pago al deu dor a subrogarse en la posición originaria del acreedor; puesto que el único requisito imprescindible de la subrogaci ón es la realización de un pago válido y eficaz, en todos aquellos casos en que la actitud del fiador sea la de pagar, el efecto automático será la facultad de atribuirse el bene ficio de subrogación.

Otra diferencia sustancial, que posteriormente quedó supe rada en Italia a partir de la reforma operada en 1.942, es la limitación impuesta al subrogante de ejercitar sus dere chos siempre que no perjudiquen los propios derechos del acreedor subrogante. Este principio impone ciertas limitacio nes que hay que respetar, sobre todo, en el pago realizado parcialmente. Dicho supuesto implica que el acreedor de mayor preferencia, forzará en el ejercicio de algún dere cho, o en la ejecución de los créditos privilegiados, en cuanto supone conseguir un rango superior.

Si en lugar de proceder a la utilización de la vía que propicia el artículo 2.029, el fiador opta por la acción personal, dispondrá de mejor situación que ateniéndose a lo preceptuado en el artículo 2.029. El beneficio radica en que podrá hacer que se le pague en concurrencia con el acreedor la parte del crédito que haya satisfecho.

Por último, una diferenciación que suscitó viva polémica entre la doctrina.

3.2. - La acción personal permite reclamar al deudor los gastos además de requerir la indemnización de daños y perjuicios que el impago del deudor pudo ocasionar en el fiador.

3.2.1. Merlin comparte la opinión expuesta, irrogando a favor de la subrogación, en un intento claramente diferenciador de la concepción de las acciones concedidas al fiador como separadas e individualizadas.

La subrogación la entiende como un beneficio concedido por la propia Ley, mientras que para la acción de reembolso exige que el fiador pague en tiempo y con conocimiento del deudor; caso contrario niega este derecho al fiador (30).

Laurent también (31) encuentra la justificación del artículo 2.028 en el mandato asumido expresa o tácitamente, dependiendo estas circunstancias de la forma como se hubiere manifestado el consentimiento. De esta manera, llega a la conclusión de que existe contrato de mandato entre el deudor y el fiador cuya causa es la intervención del tercero en la relación obligatoria ya estipulada.

3.2.3. Pothier entendía que el pago debía hacerse con el conocimiento y beneplácito del deudor (32). El Código tan sólo distinguió la situación de pago realizado con conocimiento o ignorancia del deudor; pero este artículo no consideró la aquiescencia del deudor; esta carencia hizo que se considerara la existencia de un mandato tácito si el fiador se comprometía con el conocimiento del deudor pero sin que mantuviera este último, un comportamiento explícito.

Si el pago se realizó sin que el deudor tuviera conocimiento de su realización, resultará imposible sostener que se trataba de un mandato puesto que en dicha circunstancia, no se producía ninguna de las situaciones conducentes a enmarcar dicho comportamiento como un mandato.

La actuación realizada por el fiador constituía un cuasi contrato; tratándose en concreto de la ejecución de una gestión de negocios ajenos.

Si bien existe entre el contrato de mandato y la gestión de negocios ajenos semejanzas entre las acciones derivadas de ambas figuras jurídicas, no las hay en los efectos producentes para el fiador. Esta manifestación no es infundada, puesto que el mismo Chabot lo hizo constar expresamente en su informe al tribunal (33). Partía Chabot de que la fianza era una institución de beneficencia, por lo que entendía que la pretensión del fiador era ante todo liberar al deudor de su obligación; por lo que el fiador se entendía que se daba por satisfecho con resarcirse de la cantidad desembolsada. Todo lo expuesto se basaba en que al ser una institución benéfica no había por qué concederle mayores atribuciones o incentivos que los propios de su labor humanitaria; aunque no hay que olvidar que el mandato puede ser también

retribuido.

Referirse a que el contrato de mandato pueda ser gratuito u oneroso o de que la gestión de negocios tiene normalmente un carácter gratuito es ocioso, puesto que la Ley les concede el mismo derecho sin importar el título por el que se procedió.

En ambos casos el deudor deberá indemnizar la cantidad desembolsada más los gastos ocasionados al fiador, y si procediere, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el deudor.

3.3. - Ante estos planteamientos descriptivos de la Ley, queda por analizar las operaciones que puedan tener lugar en el momento en que el fiador haya pagado.

El fiador tendrá derecho en primer lugar al principal; esto es, aquello que el fiador estaba obligado a pagar.

Hay una diferenciación en lo concerniente a los intereses. Para el fiador la cantidad que configuraba la deuda formaría la suma total por la que el deudor queda obligado respecto al fiador. No distingue, en consecuencia, ningún concepto: Todo aquello por lo que deba pagar constituirá la obligación principal del subrogado. En contrapartida, respecto del deudor se diferenciará entre capital e intereses.

La acción de reembolso abarcará la cantidad que el fiador pagó; si esta fue inferior, el correspondiente derecho de reembolso también quedará restringido.

Esta acción la considera Laurent (34), acción meramente indemnizatoria. Ponsot adscribiéndose también a calificar

de indemnizatoria la acción derivada del artículo 2.028 entiendo que únicamente el fiador tendrá derecho a una nueva indemnización, limitando incluso esta acción a los supuestos en que la deuda se pagó en papel moneda. Si así se hiciera el fiador no podrá reclamar más que el valor que en el momento del pago tuvieran dichos valores (35).

El alcance del artículo 2.029 engloba, tanto la cantidad principal como los intereses. Si se entiende por principal, dice Laurent (36) lo que el fiador ha pagado por el deudor, debe entenderse que dicho término implica que los intereses que el fiador haya adelantado también se encuentran comprendidos en el concepto de "principal". Consecuencia inmediata de dicha afirmación es que si el deudor debe una cantidad que comprende una suma en calidad de principal, además de otra en concepto de intereses, el fiador tendrá derecho a los producidos por el capital más los intereses (37).

3.3.1.1. El problema mayor que se suscitó, tanto en relación con el artículo 2.028 como en el 2.029 fue llegar a un criterio interpretativo unánime del momento en que comienzan a deberse los intereses del fiador.

Se aparta en este aspecto de la normativa del Derecho Común, que estima que debe contarse a partir del momento en que se produzca la demanda judicial. La divergencia de esta norma respecto del Derecho Común se justifica sobre todo en que el fiador efectúa el pago en virtud de un mandato. En este supuesto se deberán aplicar las normas que regulan el contrato de mandato y en particular el artículo 2.001 según el cual "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 sostuvieron la posición contraria a que el gestor pudiera beneficiarse de la norma contenida en el artículo 2.002 (38). No obstante, el fiador que hubiere actuado como gestor no se vería desprotegido ante el derecho, porque el tenor del artículo 2.028 sirve para resolver el vacío del artículo posterior.

Al decir este artículo que el fiador tiene derecho a los intereses la Ley comprende los intereses de los pagos anticipados (39). Chabot en su informe a la Cámara Legislativa (40) confirma esta interpretación. La finalidad de este legislador es que el deudor debe indemnizar en su integridad al fiador, aunque se haya producido con el desconocimiento del deudor; de lo que puede afirmarse que la intención del legislador era claramente equiparar los efectos de la gestión de negocios ajenos y del mandato (41).

Otro aspecto a tomar en consideración, por venir expresado en el artículo 2.028, es dar una significación exacta al concepto de gastos del que nos habla el artículo 2.028.

Los gastos pueden haberse realizado en una doble vertiente: Por una parte, el acreedor se habrá visto obligado a realizar una serie de gastos contra el deudor. Si los requerimientos han sido fallidos, no tendrá más remedio que dirigirse al fiador, situación que evidentemente generará otra serie de gastos.

La deuda del fiador vendrá incrementada con los gastos que el deudor ocasionó al acreedor integrando el montante

global de la obligación principal (42).

Delvincourt, seguido posteriormente por la mayoría de autores, subraya que hay una negligencia en la redacción de dicha disposición (43). En lugar de decir que el fiador no tiene más acciones que por los gastos que se hayan producido desde la denuncia de los requerimientos, es necesario añadir que el fiador no está provisto de acciones por los gastos ocasionados después de haber denunciado los requerimientos.

Wahl también entiende, al igual que toda la doctrina, que el concepto de gasto comprende en su generalidad los gastos ocasionados, en primer lugar, por culpa del deudor, y que el fiador está obligado a pagar en virtud del artículo 2.016. Sin embargo, introduce una matización en el párrafo segundo del artículo 2.028. Entiende que el segundo párrafo en una restricción formulada de manera defectuosa debiendo interpretar que 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..." (44). La lectura de este párrafo resulta más justa de esta manera, puesto que si el deudor estaba informado de todos los requerimientos realizados por el acreedor, deben pasar a formar parte del *quantum* de la obligación principal y al fiador le corresponderá pagarlas por formar parte de las operaciones que debe responder, ya que el deudor estaba obligado a su pago.

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

que evidentemente es un error que incurre además en contradicción con el artículo 2.016 (45).

La pretensión de la Ley es que el fiador comunique al deudor los requerimientos de que haya sido objeto, puesto que el deudor estará interesado en que se produzcan los menores posibles con la finalidad de evitar gastos inútiles.

Si el fiador ha denunciado al deudor los requerimientos de que haya sido objeto no podrá posteriormente reclamárselos al deudor, puesto que ha incurrido en conducta culposa o dolosa.

3.3.2. - Queda por resolver una última cuestión que suscita el artículo 2.028. El inciso plantea la posibilidad de que el fiador pueda obtener los daños y perjuicios ocasionados (s'il y a lieu); si estos se hubiesen producido, este principio se corresponde con el genérico de que cuando se produce un daño hay que repararlo.

Este artículo no tiene sentido estudiarlo individualizado sino vinculándolo al artículo 1.153 (46), que prevé los casos que los intereses legales no son suficientes para indemnizar al fiador los daños que se le hayan ocasionado y el artículo 1.155 que prohíbe el anatocismo. De ahí, la doble consideración de que los intereses producen intereses a su vez sin que se produzca anatocismo; añadiendo a todo lo referido el pago de prescriptibilidad que es de cinco años (47).

Por aplicación del artículo 1.153, que hace una reserva especial a los afianzamientos, el artículo 2.028 concede especial derecho al fiador; en primer lugar, por las cantidades correspondientes a intereses realizados en pagos anticipados y, posteriormente, deja abierta la posibilidad de indemnizar al fiador si estos no hubieren resultado suficientes porque se hubiesen

producido mayores daños que los previstos para el fiador. La redacción del artículo permite que los intereses de este pagador se vieran suficientemente protegidos en virtud de la concesión de una acción indemnizatoria.

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; lo que permite suponer que el supuesto encuadra perfectamente dentro del contemplado en el artículo 1.153, considerándolo como una causa diferente de indemnización (48).

Respecto a la cuestión que todos los autores califican de ociosa, pero que no por ello dejan de tratar, tan sólo perqueñar unas someras reflexiones.

El supuesto es difícil de imaginar, a no ser que existan motivos poderosos que induzcan al fiador a actuar aún en contra de la voluntad del deudor.

La opinión que prevaleció hasta la Codificación fue la de Paulo, cuyo texto se expresaba de la siguiente manera: *"Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. Sed quidam utilem putant dari (oportet): Quibus non consentio: Secundum quod et Pomponio videtur: (L. 40, ff. Mand. vel contra y también L. 16,*

C. de negot. gest.). Sin embargo, otros autores como Gayo (L. 39, ff. *Negot. gest.*) y Papiano (L. 53 ff. *Mand. vel contra*) atribuían al fiador en este caso una *actio negotiorum gestorum utilis*.

Pont, aún a pesar de valorar la opinión de estos jurisconsultos, se muestra reacio a la admisión de esta tesis, máxime cuando mantiene que es la contraria a la opinión doctrinal dominante.

También se muestra en contraposición a los autores que atribuyen al fiador una *actio in rem verso*, y a la de aquellos otros que niegan toda acción de reclamación por parte del fiador, entendiendo que la actuación del fiador ha supuesto un acto de liberalidad (49).

Se trata, aduce Pont (50), dando forma a las palabras de Marcadé, de 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, de lo que resultará que el fiador podrá ampararse para reclamar la cantidad empeñada en el artículo 2.028 del Código civil francés (51).

3.3.3. Tras destacar la actitud ilógica de una persona que quiere comprometer su patrimonio, aún en contra de la voluntad expresa del deudor, estudian cuál es la situación jurídica en la que se encontraría dicho fiador después del pago, llegando a la conclusión de que no puede contemplarse como una acción que encuentra regulación en el artículo 2.028, puesto que ratifican su opinión que dichos artículos se justifican por la previa existencia de un vínculo jurídico, ya sea mandato o gestión de negocios ajenos (52), rechazando la opinión de quienes atribuyen la *actio in rem verso* porque aunque pueda aducirse

que no se da protección al que realice un desembolso patrimonial, también atenta a la equidad, agrega Laurent. Uno de los principios fundamentales que hay que respetar es no involucrarse en los negocios de otro en contra de su voluntad; lo que compara a la donación que aún a pesar de que lo que priva es el *animus donandi* del donante también requiere voluntad y expresa manifestación de la aceptación por parte del donatario.

Si al fiador se le ofrece la posibilidad de resarcirse de los daños producidos en el desempeño de su función afianzadora, otras ventajas más pueden obtenerse en el ejercicio de la misma.

Baudry-Lacantinerie manifiestan también su conformidad en no atribuir al fiador que pagó contra la voluntad del deudor ni la *actio in rem verso*, dejando el derecho del fiador reducido a lo que pueda resultar de la subrogación prevista en el artículo 2.029.

Es indudable, y así lo afirman todos los autores, que el artículo 2.029 no distingue situaciones especiales, atribuyendo siempre que se produce un pago el efecto inmediato de la subrogación (53).

Un único supuesto existe en el que no se puede generar ningún remedio especial para el fiador.

3.3.3.1. Es el caso que se presenta cuando paga un fiador por su propio interés y además, en contra de la voluntad expresa del deudor.

El mismo caso se producirá si el fiador se comprometió con la intención de que su pago fuese correlativo a una manifestación de liberalidad por su parte (54).

Si en principio hay que admitir que la acción subrogatoria parece más ventajosa por permitir al fiador poseer unos derechos y privilegios que antes no poseía, hay tres casos en que conviene que el fiador opte por la acción personal. Así pues, el fiador puede encontrarse con un crédito que no produzca intereses puesto que, ya se ha explicado, que aquellos que hayan acompañado a entregas de la cantidad principal se consideran parte integrante del *quantum* del crédito principal. Por otra parte, si el plazo de prescripción estaba pronto a vencer, le interesará optar por la acción personal que dura treinta años, puesto que ésta, a diferencia de la subrogación, no implica que el crédito fuera el que originariamente correspondiera al acreedor principal, sino que la ventaja, en este sentido, de esta acción se produce porque nace en el momento de prescripción de la misma. Y por último, debido a que el Código francés, del que tomó ejemplo el español, sienta el principio de que la subrogación no puede perjudicar nunca al que subroga, en caso de pago parcial cabe pensar, que será más acertado optar por la acción personal.

Si el fiador sólo garantizó una parte de la deuda podrá, después de haber cumplido su obligación, reclamar en virtud de la acción procedente del mandato o de la gestión de negocios ajenos, sin que el acreedor pueda rechazar el concurso de esta, en virtud de lo establecido en el artículo 1.252 (55).

3.3.3.2. Conviene añadir que si el fiador es solidario puede ejercer la acción personal derivada del artículo 2.028 ya que se parte de la opinión que el fiador solidario se asimila a un deudor de la misma condición, atribuyéndole las acciones que le corresponden en virtud del artículo 1.216, ya citado (56).

Si el fiador solidario se obligó, con el desconocimiento del deudor, pero sin oposición posterior, puede, incluso antes de haber pagado, actuar contra el deudor para que le libere de la garantía o para obtener las destinadas a garantizar la eficacia de su acción posterior. Estos supuestos en que el fiador solidario se ve legitimado para actuar son los siguientes: 1º. Si el acreedor ha procedido contra él. 2º. Si el deudor ha suspendido pagos o está inmerso en un proceso de quiebra; si el tiempo por el que se estipuló la fianza ha expirado; si la deuda se ha convertido en exigible porque ha acaecido el cumplimiento de la condición o el vencimiento del término, aún cuando el acreedor no haya comenzado sus actuaciones; y por último, si han transcurrido diez años, contados desde la fecha en que se asumió la obligación de afianzamiento, siempre que para la obligación principal no se pueda prever ninguna fecha para su extinción o cesación de la misma (57).

Lo expuesto hasta el momento puede ser aplicable en su integridad a la doctrina italiana que regulaba en sus artículos anteriores, 1.916 y siguientes, los efectos entre el deudor y el fiador derivados de la relación de fianza (58).

Es importante destacar que la doctrina, al tratar estas acciones, les confiere un tratamiento opuesto; es decir, es evidente la existencia de dos acciones; sin embargo, cuando se menciona una de ellas parece deducirse que automáticamente se excluye el empleo de la otra acción.

También se mencionan las ventajas e inconvenientes de alguna de ellas siempre en relación una con otra. Únicamente se deja entrever la posibilidad de utilizar ambas acciones cuando el ejercicio de la acción subrogatoria no incluya to

das las pretensiones del fiador, aunque nuestra opinión es que el tratamiento de las dos acciones hace pensar que son completamente diferentes con fundamentación distinta, si bien la necesidad a cubrir es idéntica: la satisfacción del acreedor.

3.3.3.4. Sobre este tema apuntar únicamente que la acción subrogatoria parece tratarse de una acción que tiende más a garantizar el crédito mediante el incremento de las garantías que pertenecían al acreedor anterior, mientras que la acción de reembolso tiene un origen distinto. Esta última deriva del nexo creado entre fiador y deudor; mientras que la subrogación puede perfectamente acordarse, no siendo éste el caso, pues entonces estaríamos ante un supuesto de subrogación convencional. Lo que es indudable es que crea un vínculo entre acreedor y fiador, que en el caso del artículo 1.839, vendrá impuesto por la misma Ley; aunque no existe impedimento alguno por el que pueda pactarse efectos distintos de los marcados en la Ley, como sucede en el caso de pago parcial, por haber llegado a una transacción entre acreedor y fiador. Es normal que el Código matice este supuesto, porque ya no estamos ante un efecto inmediato del pago realizado por el fiador, si no ha intervenido la voluntad de las partes, manifestándose expresamente la del acreedor de transigir (59) que supone reducir el importe de la deuda. Hemos pasado de subrogación legal a otra convencional, y el Código por coherencia con su mismo enunciado -de que no puede presumirse subrogación fuera de los casos expresamente mencionados en el Código- tiene que dedicar unas líneas a regular el pago parcial, porque de no hacerlo, cabría llevarlo hasta sus últimas consecuencias. Este planteamiento conlleva la conclusión de que el fiador quedaba privado del beneficio de subrogación.

La doctrina italiana por su parte, sigue también la diferenciación entre la acción subrogatoria y la personal.

El único matiz que hace es que su posterior evolución genera consecuencias diferentes. Es la contemplación de la acción proveniente del mandato o de la gestión de negocios como una acción a la que se confiere nombre propio: acción de regreso.

3.3.6. Esta acción, que es una más de reembolso de las cantidades desembolsadas, adquiere todo su sentido si se parte de una pluralidad de deudores o de la fianza solidaria. La diferenciación toma especial relevancia tras la reforma de 1.942 donde pasa a constituir la forma normal de fianza en Italia; por ello, los autores llegan a consecuencias distintas de las conseguidas en otros ordenamientos jurídicos que habían dejado la cuestión zanjada.

Baste el ejemplo de lo dicho en la exposición de los efectos que se producen entre deudor y fiador emitida por Pacifici-Mazzoni (60): tres son los efectos:

1º. El derecho de subrogación, mediante el cual, el fiador que ha pagado puede repetir del deudor todo aquello que el acreedor había podido demandar a este último.

2º. El derecho de regreso con las acciones de mandato o gestión de negocios, que permiten al fiador conseguir sus créditos contra el deudor.

3º. Por último, el derecho de liberación o relevancia de la fianza.

Una única diferencia existe entre las legislaciones franca

cesa e italiana, debido a que el último párrafo del artículo 2.028 del Código civil francés no se tomó en consideración en la redacción del artículo 1.915 del Código italiano (61). De esta manera, 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, sino también los intereses de la cantidad abonada desde el día que se comunicó al deudor que se había liquidado la deuda. Del mismo modo, podrá exigir el reembolso de los gastos ocasionados por él o contra él por el acreedor, que deberán reclamarse por la subrogación legal.

En ayuda de esclarecer el artículo 1.915, basado en el artículo 2.028 del Código Civil Francés, la redacción del fenómeno estaba formulada en términos, que disponían, que al fiador que pagó, competía el regreso contra el deudor principal, aún cuando este fuera conocedor del que prestó fianza por él.

Sobre esta base, la Jurisprudencia confirmó la máxima de que el fiador condenado al pago tiene derecho a que se le releve del deudor también cuando se prestó la fianza con el desconocimiento de este (62).

Reafirmandose en la tesis que acabamos de exponer, Corsi (63) manifiesta que la pretensión del derecho de regreso, equiparando los efectos de dos instituciones distintas, da la mayor seguridad posible para que se pueda obtener una indemnización íntegra por el menoscabo patrimonial que se ha originado. De esta forma, justifica el autor aludido, la razón del artículo 1.915 en su segundo y tercer párrafos, donde se concede el derecho de regreso a los que hubieren pagado

aunque la deuda no produjera intereses; teniendo en cuenta además, que al fiador no se le podrá exigir sino desde el día en que el acreedor notificase su obligación de cumplir la obligación; con lo cual, la redacción de este artículo sirvió de medio para paliar las dudas que suscitaba la incompleta redacción del artículo 2.028, correlativa del entonces vigente artículo 1.916 (64).

Respecto a los daños sufridos por el fiador, se justifica por la disminución del patrimonio, que repercute en el capital del fiador encontrando su apoyo legal en el artículo 1.227 que disponía: "i danni sono in genere dovuti al creditore per la perdite sofferta e pel guadagno di cui gli fu privato". Sin embargo, entiende Corsi, que aún cuando la sutil diferencia que hizo Delvincourt entre fiador, que ofrece su garantía en contraprestación de una cantidad, de aquel otro, que realiza su función garante únicamente en cumplimiento de una finalidad puramente benéfica, parece suficiente y acorde con la propia voluntad del fiador que no pretende más que favorecer al deudor o puede que al acreedor, garantizándole el cobro de la cantidad que desembolsó, con la atribución de la categoría de acreedor común para facilitarle que pueda obtener las cantidades anticipadas más los intereses legales, como el propio artículo 1.153 del Código civil francés reconoce o incluso el artículo 1.231 del Código civil italiano.

El legislador italiano siguió el ejemplo del francés en cuanto a los principios necesarios para que se produjera el regreso, estableciendo, al mismo tiempo, que en la normativa francesa, una excepción a que el fiador pueda proceder a recuperar la cantidad destinada al pago. Si el fiador paga una cantidad superior a la que el deudor debía, no podrá reclamar el excedente por vía de regreso (65).

Debido a la importancia práctica del tema de los intereses, concluimos este apartado haciendo hincapié en una cuestión relativa a la repercusión que puede sufrir el patrimonio del fiador.

Ha quedado expuesto cómo el legislador italiano supo prever el problema de la cuantificación de los intereses, perfeccionando el artículo 2.028 del Código francés en su correlativo artículo 1.915. El fiador tendrá derecho de los intereses de todas aquellas cantidades que hubiera pagado el deudor, teniendo también derecho por los daños si a ello hubiera lugar.

El planteamiento de la atribución de los intereses tiene una notoria importancia práctica. No entrando, por el momento, en el problema actual que presenta este tema.

Puede decirse con carácter general, que toda cantidad prestada, o cuya posesión o disponibilidad, suponga la gravación de la misma con unos intereses puede suponer cambiar sustancialmente el montante de la cantidad inicial, en la que se había comprometido el fiador, lo que incluso puede suponer que este se vea imposibilitado de hacer afrontar la deuda contraída por el deudor principal.

Si el crédito que el fiador pagó era producto de intereses, el fiador poniéndose en la misma situación del acreedor, según prescribe el artículo 1.916 entonces vigente, tenía derecho a que se le reembolsara, no solamente del crédito y los intereses que pagó, sino también los posteriores que el crédito siguiera produciendo, que en igual medida se generarían para el acreedor, antes de haber notificado el pago del deudor.

Si no se le debieran intereses al acreedor, como sucede normalmente con los gastos, el fiador también tendrá derecho a recibir todos aquellos que se produjeran desde el día en que se lo notificó al deudor, lo que equivale a decir: "A partir del día en que el deudor incurrió en mora" (66).

4. Subrogación y regreso en el Derecho español.

En el Proyecto de 1.851, en el artículo 1.752, se regulaba el derecho de reembolso correspondiente al fiador que pagaba en lugar del deudor principal; artículo que no mo dificó su redacción en el Anteproyecto de 1.882 y que se con sagró definitivamente en el Código Civil en el artículo 1.838 (67).

Anteriormente, en el proyecto de Código Civil de 1.836, la redacción era completamente distinta, pudiéndose decir, que respondía por entero, a las preocupaciones del Derecho Romano, como las que estaban continuamente perturbando la mente de los codificadores franceses (68).

La similitud de redacción de estos dos artículos con la del Código Civil francés conduce a interpretar que unos son idénticos a los otros.

García Goyena no se detiene en comentar estos artículos, únicamente se limita a citar las fuentes (69) y a entender que la *actio mandati contraria* es más llana que la subrogatoria, en cuanto comprende desde el total a los intereses de las cantidades anticipadas.

Respecto al segundo párrafo entiende que se refiere al in terés legal, excepto si se viniera devengando un interés con

vencional a favor del acreedor. Los intereses legales para que puedan cobrarse han de ir precedidos de mora por parte del deudor. Presupone este requisito una notificación en forma al deudor como exigencia inexcusable para que se empiece a considerar que el deudor incurrió en mora; postura que según García Goyena no se opone a la disposición del último párrafo.

Respecto este inciso simplifica su exposición allimitarse a citar los antecedentes históricos, contentándose con explicar que por la imposibilidad de considerarlo acción de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la *negotiorum gestorum*, alegando que el artículo, en sí, podía considerarse más sencillo, encontrando ecuánime la solución, pues si el fiador entró y pagó, prohibiéndolo el deudor, no tenía acción alguna, ni en Derecho Romano ni en el actual (70). Manresa va más lejos justificando este artículo con el principio jurídico de que el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este. Subraya este autor lo concerniente al *quantum* en que queda fijada la cuantía recibida por el fiador.

La indemnización correspondiente al derecho del fiador puede saldarse, no admitiendo que quede limitada al reintegro de la deuda subsidiariamente satisfecha por el deudor, sino que además, ha de comprender todos los gastos hechos por el mismo, aumentando la cantidad última, si se hubieran ocasionado daños y perjuicios o si la fianza que se estipuló era de carácter gratuito "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..." (71).

El artículo no plantea ninguna duda a este autor, que entiende que, en primer lugar, habrá que abonar el importe íntegro de la deuda, que comprende también los intereses, si se pactaron por anticipado. Además de la cantidad principal deberá abonársele al fiador los intereses no dependientes de la obligación principal, de los que ya se ha dicho que se integran en el *quantum* total, sino los intereses por la cantidad que dejó de disfrutar y que de haberla poseído, quizás, hubiera podido producir algún beneficio.

Insiste Manresa en que el cómputo de los intereses no tiene por qué presentar dificultades puesto que no es más que una aplicación del artículo 1.108. A falta de pacto expreso, el interés que habrá que computar será el legal (72). Un único requisito se le exige al fiador para contar el cómputo de los intereses. Consiste en notificar al deudor que el pago va a realizarse; caso contrario, su comportamiento determinaría la mora.

También integrará el montante total de la deuda los gastos ocasionados al fiador después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido de pago. La misma razón encuentra la comprensión de los gastos que la de los intereses.

Desde que el fiador da el aviso de pago el deudor no puede alegar ignorancia, y si no paga, siendo el responsable del nacimiento de dichos gastos, estará obligado a reparar el daño. Evidentemente los únicos gastos que tienen cabida en el artículo 2.028 son los producidos al fiador derivados de la relación de fianza.

La última cláusula, redactada con carácter extensivo a las distintas situaciones o comportamientos en que se haya producido el pago, introduce una novedad en nuestro Derecho, ya que hasta la Codificación se había seguido el criterio contrario (73).

Dos apéndices podrían añadirse para concluir este comentario:

Si la fianza que se prestó con el desconocimiento del deudor se concedió después de constituida una obligación libre de fianza, es de suponer que el deudor no se encontrará ligado a todas las obligaciones de pago que incrementen su deuda originaria.

También podría deducirse, que en la fianza constituida contra la voluntad del deudor, hay que entender que no rigen todos los deberes, puesto que el artículo parece que los aplica únicamente a la fianza constituida con el conocimiento del deudor (74).

Interpretación interesantísima hace Manresa del artículo 1.839, opinión que viene a ratificar parte de nuestras exposiciones, lo que es de importancia, no sólo porque dicha opinión es dada por un notorio jurista, sino por ser este autor uno de los comentaristas más próximos a la redacción del Código Civil, lo que siempre cualifica su opinión por atribuirle mayor valor a su exposición que es similar a la voluntad expositiva de los redactores del Código Civil.

El artículo 1.839 tiene sus antecedentes en el párrafo 6º; título XX; libro III de la Instituta y L. 4, título I, libro XLV del Digesto en lo que se refiere a la normativa en su ámbito del Derecho Romano.

Antecedentes más cercanos se encuentran en la L. 11, título XII de la Partida 5ª (75).

En el Proyecto de 1.882 la redacción se corresponde a la que actualmente contiene el artículo 1.839. Se entendió que su redacción era consecuencia lógica del artículo 1.117-3º ya citado, del que destacaba García Goyena la ventaja que suponía al fiador no tener que solicitar este beneficio, puesto que se deriva del mismo hecho del pago; a la vez que se congratulaba de haber dejado las vanas sutilezas que hacían necesario sustituir una subrogación, que no se daba expresamente, por una pretendida acción de mandato (76).

Conocido el alcance de la subrogación en las obligaciones, que es algo mayormente cualificado que el mero pago y algo menos que una cesión de derechos, aún cuando guste denominarla cesión ficticia (77). Antes de entrar en el análisis del objeto de dicha institución, conviene distinguirla de otros preceptos legislativos que emplean el mismo término.

En efecto, además de ser un concepto ambiguo, en cuanto a sus características y delimitación con otras instituciones, el Código utiliza la terminología aplicable a dicha institución jurídica en distintas secciones del Código Civil, aplicable además a instituciones que carecen en todo punto de afinidad entre sí.

Así pues, nos encontramos desde los preceptos que podemos considerar fundamentales en esta materia como los artículos 1.209 al 1.213; el 1.085 de subrogación limitada y referida al adjudicatario de fincas hipotecadas que hubiere pagado la deuda, pues se le autoriza la subrogación en lugar del acreedor contra los coherederos del adjudicatario mismo, pero con la salvedad de que sólo podrá repetir contra cada uno de ellos la parte proporcional a la deuda contraída individualmente.

Pasando por el artículo 1.521 que califica de subrogación el hecho de colocarse el retrayente legal en el lugar y con condiciones del que había adquirido la cosa objeto del retracto, hasta llegar incluso a la subrogación en el artículo 519, del deber del propietario de fincas usufructuadas por otro de ofrecerle y entregarle, en caso de expropiación, por motivos de utilidad pública, otra de igual valor y condiciones cuando el propietario no prefiera abonarle al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización.

Al margen de las distintas disposiciones en las que se concede como beneficio extraordinario la facultad de subrogarse (78) la que interesa a nuestro estudio, es aquélla, en virtud de la cual, el fiador viene a ocupar el lugar o la misma posición jurídica del acreedor con relación al deudor, haciendo suyas todas las acciones que a aquel correspondieren contra éste, surgida de la atribución que la Ley concede expresamente al pago realizado en estas circunstancias y reuniendo las características que puedan encuadrarla dentro de alguna de las figuras que atribuyen la subrogación por ministerio de la Ley, sin necesidad de que el fiador le reclame simultáneamente el pago, ni que el acreedor ceda, porque expresamente manifiesta su voluntad de querer operar la transmisión, sin dependencia a la entrega de la Carta de Lasto (79).

4.2. El problema que posteriormente fue planteándose la doctrina en el estudio conjunto de ambas acciones, lo subsana Manresa

que siguiendo en este punto a Laurent, acepta consiguientemente la opinión tradicional de los romanistas, manifestada ampliamente por Ulpiano en su rotunda afirmación de que existían dos acciones: Una acción que desde el principio se consideró como personal, derivada del vínculo obligatorio surgido a raíz de la estipulación de un contrato de mandato o de la gestión de negocios y, otra acción, que entendieron tenía un carácter privilegiado porque generalmente contiene unos efectos más favorables, motivado fundamentalmente porque asegurando todas las garantías que rodeaban al crédito principal, en principio, hace suponer que su cobro será más fácil (80); aunque también puede suceder que en algunas ocasiones resulte más ventajosa la acción personal que la subrogatoria, como puede suceder en los tres casos siguientes señalados por De Buen (81):

1º. Si el crédito pagado no era productivo de intereses, puesto que los que ha adelantado el fiador le son debidos desde que ha hecho saber el pago al deudor de pleno derecho.

2º. Si la prescripción estaba a punto de cumplirse, puesto que su acción es siempre más reciente en cuanto nace del pago.

3º. Si ha habido pagos parciales, porque no podrá oponerse al precepto del artículo 1.213, como puede ocurrir con el débito hipotecario, cuando el pago haya sido parcial (82).

En estos tres casos es más beneficioso para el fiador utilizar la acción de resarcimiento, que no la de "acreedor pagado" es decir, la de subrogación en el lugar del acreedor, en la que al fiador se le considera como un tercero (83); aunque como certeramente matiza Murlon, la acción personal resultará siempre más ventajosa cuando el deudor sea solvente (84).

A los extremos de De Buen, Díez Picazo añade los siguientes:

En primer lugar, el orden de antigüedad del derecho de crédito. Si se trata de un derecho de regreso o de reembolso, su fecha de nacimiento es el momento del pago, mientras que si es una subrogación, tendrá la consideración del crédito adquirido en virtud de tal subrogación. Además, advierte este autor, al convertir el fiador en adquirente o cesionario del crédito pagado, le atribuye algo más que la acción de regreso o de reembolso, no le da, como son los accesorios de que el crédito estuviese revestido; interesando especialmente los privilegios, preferencias y garantías de otro tipo de que el crédito pagado dispusiera (85).

Siguen distinguiendo los autores dos acciones diversas en razón de los diferentes requisitos exigidos para que el fiador tenga la acción personal distinta de la subrogatoria.

La primera sólo puede nacer en virtud de estipulación previa o tácita en que posteriormente se dé el asentimiento de la gestión operado mediante la realización de un mandato o, caso de no figurar dicho consentimiento, para poder estar legitimado a ejercer la acción personal, mientras que la subrogatoria, entienden algunos autores, se concede en todos los supuestos por la mera actitud del fiador de pagar la deuda contraída por el obligado principal (86).

Entrar en la polémica de los autores clásicos sobre la existencia de una o dos acciones y las diferencias sustanciales entre ambas es ocioso; "cualquiera que sean los fundamentos de aquella (la acción subrogatoria), carece de aplicación en la actualidad en nuestro Derecho, pues prescindiendo el Código de las sutilezas del antiguo derecho, la buena doctrina

ha declarado que el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor" (87).

Es más, agrega Manresa en sus comentarios, que nos vendrán a la mente con la exposición de los autores italianos actuales: "Es ese un beneficio concedido al fiador, por consecuencia del pago, para hacer efectivo el derecho de indemnización que le concede el artículo anterior.

Como ese beneficio depende o se deriva de un acto personal y propio del fiador, no es necesaria para su ejercicio la intervención del acreedor. Por eso, no es precisa la cesión de acciones que consideraba indispensables el Derecho Romano y con él las antiguas legislaciones" (88).

Justifica Manresa la transmisión de garantías accesorias únicamente, por entender que el crédito perteneciente al acreedor se extingue con la satisfacción del acreedor que hace desvincularlo de la relación obligatoria. Se muestra, en consecuencia, contrario a la teoría de la cesión de créditos. El acreedor, prosigue en su explicación, no tiene nada que ceder, lo que ocurre es que surge otro por la misma obligación afianzada, que es lo determinante de la extensión de dicho derecho.

El medio de llegar a la efectividad del derecho de indemnización o de reintegro del artículo 1.838 cree Manresa es el beneficio de subrogación (89).

Compartimos la opinión de Torralba que entiende que el fiador, una vez haya pagado, reuniendo siempre los requisitos de eficacia y validez, tiene derecho a que el deudor le indemnice de todos los perjuicios y consecuencias que en general se desprenden del pago realizado por él, configurando un de-

recho que califica de subrogación, expresado en el artículo 1.839.

La entidad de la indemnización del fiador contra el deudor entiende que es la que especifica el artículo 1.838. Según nuestra interpretación, esta postura supone que el pago del fiador otorga un derecho a resarcirse, añadiéndole unos medios supletorios de reforzamiento al crédito principal para recuperar lo que cedió. Esta cantidad estimatoria es la que viene determinada en el artículo 1.838 del Código civil (90).

4.3. Aceptando la subrogación como medio de satisfacer las pretensiones del deudor, cifradas en el artículo 1.838, el fiador se verá perjudicado en los casos en que no pueda invocar dicho beneficio que son los siguientes:

1º. Si el fiador hubiere pagado con intención de no repetir contra el deudor. En este caso existe una donación o un perdón de la deuda contraída por el fiador para con el fiador.

2º. Si la fianza se constituyó en beneficio del fiador.

3º. Si el fiador asumió la fianza contra la voluntad del obligado principal.

Los dos primeros no presentan especial dificultad puesto que el *animus donandi* es perfectamente compatible con el del fiador, aunque para evitar perjuicios es conveniente una manifestación expresa de la renuncia de los derechos, ya que tienen un carácter renunciabile por el que aquellos principios no pueden ser imperativos sino de cariz dispositivo, siempre que no vulneren ni la Ley, ni la moral, ni el orden público.

El tercer supuesto no resulta tampoco conflictivo, si se tiene en cuenta, que la fianza puede estipularse, aún en contra de la voluntad del deudor, de lo que se desprende que no se precisa la voluntad del deudor.

Por último, recordar que el pago del fiador al acreedor no produce alteración alguna en la situación del deudor. Como consecuencia de la obligación principal, el deudor se obliga con el acreedor o con aquellos que representan sus acciones o sean causahabientes del mismo, hallándose estos mismos obligados con él, cualquiera que sean las condiciones o, circunstancias en que el pago se realice, siendo indiferente el que el pago se haga antes o después de ser requerido el deudor (91).

A continuación, interesa destacar el nuevo planteamiento que se da a estas dos acciones en la actualidad, antes de pasar al estudio de las acciones y excepciones que se pueden oponer antes de pagar. Nos encontramos, por tanto, en el estudio de los medios protectores que el ordenamiento jurídico concede al fiador después de haber pagado.

Posteriormente se estudiarán las causas que justificaron la negativa a tales acciones y excepciones.

Como la principal obligación del fiador es hacer frente a la obligación, caso de no realizarlo el obligado principal, hemos creído conveniente estudiar el supuesto normal de pago del fiador, para conocer posteriormente los casos en que el tercero interesado se encuentra legitimado a negarse en su realización.

4.4. Apreciación actual de las acciones de subrogación y de reembolso.

Nuestro panorama jurídico no se ha visto beneficiado por ningún estudio en profundidad del tema.

Los autores siguen -salvo algunas excepciones que han tratado con detenimiento la fianza- explicando la dualidad de acciones que abren simultáneamente el interrogante influenciados sin duda por la doctrina italiana de analizar, si la sistemática del Código en estos artículos es correcta o si resultaría más satisfactorio darle un tratamiento actualizado y unificado al fiador para que no vea desperdigadas sus acciones, sin tener la convicción ni siquiera de que sus derechos sean ejercitables utilizando una doble vía. Veamos su tratamiento en la actualidad.

El panorama actual oscila en el planteamiento de la posible compatibilidad de ambas acciones. Tres son las variaciones que permiten el juego de estas dos acciones que se exponen seguidamente:

- La primera consiste en un derecho a ser indemnizado por el deudor; derecho que es el componente del artículo 1.838.
- La segunda posibilidad se basa en la dicción del artículo 1.839.

Combinando ambas resultan tres posibles opciones:

- 1º. Que elegida una queda descartada la otra.
- 2º. Entender que son alternativamente concurrentes; es decir, que el empleo de cada una de ellas pueda servir

para completar lo que no se ha obtenido con la otra acción.

- 3º. Que la subrogación en una acción que complementa la acción fundamental del fiador, que entiende Gullón Ballesteros es la procedente del artículo 1.838 (92).

Esta última posición, como indica el mismo autor, significa cambiar el contenido de la acción subrogatoria, puesto que se separan de ella las garantías y derechos accesorios que la rodean para unirla a la acción de regreso. Se cambia, consiguientemente, el contenido que en un principio se pensó debía recoger la subrogación, puesto que el crédito, que es lo que tradicionalmente se consideró fundamental, pasó a ser sustituido por el contenido expreso del artículo 1.838 (93).

Gullón opta por la primera posición, aunque matizando que el legislador da dos salidas de satisfacción al fiador; ahora bien, si la finalidad del legislador fue ésta, debió puntualizar más.

Caso contrario, nos alejamos hacia la otra orientación de que el fiador es titular de dos acciones, aunque hubiere elegido una solamente, quedando a su discrecionalidad el ejercicio de la acción que nace de la subrogación o del regreso (94).

Esta es la opinión dominante entre los autores españoles, puesto que tienen a su favor el apoyo de toda la tradición histórica que permite delimitar claramente la causa que originó el nacimiento de cada una de ellas.

La explicación del segundo párrafo del artículo 1.839 no parece plantear serias dudas. A nuestro entender, la explicación carece de dificultades.

4.4.1. En principio, el artículo 1.839 se presenta como un caso de subrogación legal que opera por mandato legal, por lo que no se le dan mayores explicaciones: Al supuesto de hecho: pago, corresponde un efecto jurídico: subrogación. Sin embargo, introduce la explicación del último párrafo porque se ha introducido un elemento que rompe el efecto imperativo de la Ley: La transacción.

La consecuencia que produce dicho artículo es que se produce una transacción que como negocio jurídico una de las partes voluntariamente se ha conformado con recibir una cantidad menor de la estipulada en principio, según el vínculo obligacional existente. En consecuencia, entendemos que el legislador rompe el esquema de la subrogación legal por entender que se ha dado autoría a la voluntad de las partes; concretamente, la del acreedor y fiador que mediante un acuerdo o contrato posterior han pactado que la cantidad debida sea menor a la valorada en origen; por lo tanto, no se puede hacer referencia a un supuesto de subrogación legal sino convencional, en la que el acreedor libremente recorta el débito y además atribuye los créditos y privilegios inherentes al mismo.

La matización tiene importancia porque de no hacer el legislador esta reflexión no tendríamos dudas en calificar el pago que cubriera la cantidad íntegra, de pago parcial. Pago que, ya sabemos, tiene una dura limitación: no perjudicar al acreedor que lo ha subrogado en la parte de crédito que ha pagado; quedando si de rango se tratara, en una posición de segundo grado respecto al acreedor principal. De otro lado, la dicción del segundo párrafo nos acerca más a las teorías italianas que pretenden confinar la acción de subrogación como mero medio instrumental de obtener la cantidad con el

ejercicio de la acción de regreso, y a la teoría que en su momento expuso Manresa (95).

Por otra parte, el segundo inciso del 1.839 tiene que contar con algún punto de apoyo que le sirva para confrontar su tenor literal: "Si ha transigido con el acreedor". Ya hemos dicho que cambia la vocación a la subrogación legal expresada en el primer párrafo, por lo que se manifiesta claramente convencional a instancias del acreedor en el párrafo segundo.

Y el último inciso: "no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado". Evidentemente, esta frase es perfectamente coherente con el principio general, tantas veces aludido, de que nadie puede enriquecerse a costa de otro o en su perjuicio. Al hacer hincapié en este punto es porque su intención es diferenciarlo de otros supuestos en los que se permite reclamar mayor cantidad. Hemos de pensar, y sistemáticamente tiene su explicación, que la argumentación del artículo 1.839 no tiene otro objeto que diferenciar el *quantum* previsto en el 1.838 cuando dice "La cantidad total de la deuda...". Entendemos que la pretensión del 1.839 no es otra que matizar o reducir el concepto de "cantidad total" de la deuda. El problema podría subsanarse dando igualdad de trato al pago parcial en ambos artículos.

Si bien el legislador se preocupa de regular los efectos en un pago más reducido que el que en principio se debía, hay que pensar que mediante la interpretación analógica, si el pago es inferior al *quantum* total, el fiador, aún cuando emplee la acción personal, no podrá resarcirse más allá de lo que pagó aún en contra del tenor literal del artículo 1.838-1º.

Para concluir el análisis del párrafo 2º del 1.839 sólo resta señalar que rompe el esquema tradicional del acreedor, formándose un conflicto entre el acreedor parcial que ha cobrado una parte del débito y el fiador que pagó sólo una cantidad anticipada. Ambos sujetos no ocupan idénticas posiciones. El acreedor originario es el que disfrutará de la mejor condición; principio que como hemos señalado se rectifica en el Código de 1.942 en Italia (96).

Siguiendo el mismo planteamiento, tampoco alteran la transferencia las relaciones particulares existentes entre el fiador y el deudor principal.

El planteamiento de una acción no extingue automáticamente la otra; queda todavía la posibilidad de que se utilice en la práctica la acción subrogatoria, en tanto en cuanto concede una serie de derechos y garantías que hacen que la ejecución del crédito pueda efectuarse al menos en principio con mayor seguridad. También cuestionar si el fiador debiera pagar intereses por la cantidad que podría, por ejemplo, haber tomado prestada para pagar por el deudor o si se le hubieren ocasionado daños y perjuicios.

En aquella parte que no cubre el artículo 1.839 debiera entenderse que el fiador estaba legitimado para accionar por las cantidades derivadas de dichos conceptos, debido al principio general de la fianza de que el fiador que presta sus servicios no tiene razón de ver perjudicado su patrimonio; además de la aplicación directa del principio general de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro.

De nuevo nos encontramos ante un pago realizado por el fiador. La Ley se limita a exponer los antecedentes históricos; Larenz también justifica la aparición de ambas fi-

guras, si bien, admitiendo a la vez, que se trata de un simple favor o complacencia, entendiendo que dicho comportamiento tendrá su motivación en una gestión de negocios sin mandato.

Cualquiera que fuere la causa que hiciere nacer la relación obligatoria de fianza autoriza al fiador a exigir del deudor principal liberación de su obligación de afianzar, pagando al acreedor o bien haciendo renunciar al deudor al crédito contra el fiador a cambio de la constitución de otras garantías.

4.4.2. La Ley alemana es más permisiva que la nuestra; mientras que aquella establece cuatro supuestos, la nuestra regula uno (97). Se equipara en el ámbito de aplicación del derecho alemán la "relación interna" existente entre deudor y fiador derivada de una pretensión de reembolso de este último contra el deudor principal; semejante a la pretensión de sustitución de gastos que tiene el mandatario, según preceptúa el parágrafo 670 (98). Sobre esta base la doctrina dominante considera que en 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 (99), siendo para Lorenz más exacto admitir "sólo una pretensión de reembolso fundada en igual medida en varios preceptos legales, que únicamente por motivos de técnica legislativa revista la forma de una transmisión de créditos" (100). 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 (101).

Referente a la normativa, cuando se trate de diferencias, por ejemplo, respecto a la duración de los plazos de prescripción, se deberán aplicar las disposiciones más favorables al fiador, en virtud de que el espíritu del parágrafo 774 es favorecer al fiador y no perjudicarlo en ningún caso. La situación variará cuando se presenten conflictos de derechos frente a otros fiadores como veremos posteriormente.

Fiel reflejo de la doctrina italiana actual, Barbero subroga al fiador en los derechos del acreedor frente al deudor, que produce la consecuencia inmediata del ejercicio, en vía de repetición, para recobrar lo pagado.

El derecho de repetición contra el deudor principal le da derecho a reclamar todo cuanto hubiere pagado por capital, intereses y gastos de la deuda garantizados.

Respecto de los gastos, recogiendo toda la polémica que suscitaron los clásicos, está generalizada en la actualidad la opinión de que serán exigibles los gastos que reprodujeran después de la denuncia al deudor principal en la que reclame el pago al fiador.

Los intereses podrán reclamarse según el porcentaje legal; empezando a contar desde el día del desembolso de la cantidad pagada por el fiador.

Un efecto importante se desprende de esta interpretación. Sabido es que la doctrina fue muy propicia a diferenciar consecuencias en base al comportamiento del tercero pagador y conocimiento y actitud del deudor ante un traspaso de responsabilidades. Si bien al hablar de la fianza es ocioso diferenciar según que el deudor tenga conocimiento o no del pago, es esta precisamente una de las incidencias que la aparta

de los artículos que reglamentan con carácter general el pago realizado por tercero y el pago con subrogación. Veremos posteriormente la modificación que sufre la fianza en cuanto inherente a sus propios vínculos obligatorios, que le atribuyen peculiaridades específicas, que extrapoladas de la relación obligatoria de fianza, no podría producirse.

Uno de los efectos que la diferenciará de los generales previstos para el pago efectuado por un tercero es que el su jeto interviniente como obligado subsidiario siempre tendrá derecho a la indemnización de los gastos que acompañen al pa go de la cantidad inicial, teniendo presente toda situación que conlleve el pago de la deuda el efecto automático de la subrogación en los derechos del acreedor (102).

El precepto que aplica estos efectos favorables para el cobro de lo desembolsado al fiador no menciona la regulación que debe seguirse si el comportamiento del fiador se manifiesta contrario a la voluntad del deudor, asumiendo directamente la responsabilidad de este último.

El planteamiento de esta cuestión nos conduce a centrar nuestro tema. Partimos del análisis del pago de un tercero, pasando posteriormente al análisis de las repercusiones que se operaban en el pago.

Consecuentes con que nadie puede enriquecerse a costa o en perjuicio de otro, se estudiarán los medios con que el derecho protege a este tercero que efectuó el desembolso patrimo nial.

Siguiendo este camino, nos encontramos con dos acciones de nuestro interés: La acción de reembolso y la de subroga-

ción. Todo ello visto desde la óptica general de la intervención de un tercero, sin concretar dentro de qué relación obligatoria podría producirse la intervención del tercero. Tras el planteamiento de qué sucede cuando paga el fiador, desconocemos si en el desempeño de sus obligaciones consta la voluntad manifestada expresamente del deudor, no quedando otra posibilidad que encuadrar el tema.

Hasta el momento nos estamos refiriendo a los efectos que produce bien la subrogación, bien la acción de reembolso en unos casos o la de regreso si hay pluralidad de deudores o más técnicamente en los supuestos en que existe solidaridad pasiva dentro de una relación obligatoria específica que es la fianza, por lo que conviene estudiar los caracteres que la distancian o le dan entidad propia.

Consecuencia directa de que la fianza se considere como una acción subsidiaria de la principal, es la permisión que concede el derecho de exigir al deudor principal que asegure el pago de dicha deuda o que lo releve de la fianza, aún antes de haber efectuado el pago, en ciertos casos previstos por la Ley. Sólo existe a favor del fiador en contra del deudor principal, a pesar de los términos del legislador mejicano (artículo 2.836), cuando dicho fiador no se obligó contra la voluntad del deudor, según lo establecen expresamente los Códigos civiles de Argentina (artículo 2.027) y el de Uruguay (artículo 2.199 *in fine*), puesto que se entiende que como el deudor no fue parte en el contrato de fianza, esos derechos excepcionales que nacen antes de que el fiador pague al acreedor (artículo 2.836 mejicano), sólo tienen lugar cuando dicho fiador actuó como mandatario del deudor principal. Acontece cuando la fianza se otorgó con la conformidad expresa del deudor principal, o como gestor de negocios de es-

te último, que sucede si la fianza se otorgó sin el conocimiento del deudor; situación que aclara el B.G.B. alemán en su parágrafo 775 (103); circunstancias que por lo demás no se presentan si la fianza se otorgó contra la voluntad expresa del deudor. Situación que no es la que en la práctica suele ocurrir, siendo uso generalizado que concurra el deudor a la celebración del contrato de fianza entre el fiador y el acreedor (104).

Antes de pasar el estudio de los caracteres de la fianza es importante dejar solventada la cualidad de simple o solidaria de la misma.

Una doble vertiente admite dar respuesta a esta cuestión. O bien cabe plantearse si la actitud del fiador disconforme con la voluntad del deudor puede considerarse como un supuesto admitido en esta relación obligacional; o también cabe la posibilidad de integrarlo dentro de una modalidad de pago a la que corresponden determinados medios protectores de su garantía.

Con el Código civil en la mano, la primera cuestión tendría una respuesta afirmativa, puesto que aunque es difícil encontrar un supuesto práctico semejante, motivo por el cual el legislador no lo contempló, el reembolso corresponde al fiador por la posición que ostenta, que adquirirá, evidentemente, mayor importancia en el momento que se requiere para que pague (105). Desarrollando más esta idea, diremos que la relación obligacional no tiene por qué pactarse entre deudor-fiador, sino que son numerosos los casos en que el propio acreedor estipula una fianza que garantice un crédito.

Esta conclusión induce a pensar que la estructura interna

de la fianza se desdobra en dos aspectos distintos.

Si ha existido una estipulación previa simultánea o posterior a la celebración de la obligación principal, dicha relación derivará de las relaciones propias del contrato. Estas podrán existir entre acreedor-fiador o fiador-deudor o entre los tres sujetos según sea aquél con quien el fiador se haya obligado a pagar de no hacerlo el deudor principal; por tanto, no es necesario llevar esta afirmación a sus más radicales consecuencias: Que el deudor tenga conocimiento de que su obligación está garantizada personalmente por otra persona.

En consecuencia, contestando el interrogante que suscitó la primera cuestión, cabe decir que no influye el beneplácito o actitud adversa del deudor en el comportamiento del fiador, ni tampoco en las medidas protectoras que pueda atribuirle dicho derecho.

Cuestión distinta es sin embargo, justificar su pago. Resultaría absurdo ver en un pago realizado en contra de la voluntad del deudor la realización correspondiente al contrato de mandato. A todas luces es impensable que haya un nexo obligacional entre fiador-deudor.

La doctrina buscó otros razonamientos justificando la actuación del fiador en relación a una gestión de negocios o recurriendo a la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa, pero la cuestión no queda resuelta sino en la oscuridad, puesto que aunque del artículo 1.823 parece en nuestra opinión, que se permite la constitución de la fianza mediante un acuerdo de voluntades entre fiador-creedor, hay autores que piensan que en el caso de que se constituya la fianza con oposición manifiesta del deudor, debe ser aplicable el ar-

título 1.158 en su párrafo tercero (106), lo que hace cuestionarse dos dudas: O bien la interpretación del artículo 1.823 "...consintiéndolo, ignorándolo y aún contradiciéndolo este..." se entiende en un sentido distinto al de negativa expresa del deudor a que se constituya la fianza; o bien, se llega a dicha conclusión por la afirmación del último inciso del artículo 1.828 que omite referirse al comportamiento de rechazo del deudor, extendiendo únicamente los efectos a la actitud ignorante del deudor; por lo que es posible que dicha laguna tenga que suplirse con la remisión al artículo 1.158.

Si la solución es aplicar por analogía el último párrafo del artículo 1.158, sólo corresponderá al fiador una acción de repetición por la cantidad que únicamente le hubiera sido útil al pago del deudor. Todo ello hace pensar si la liquidación del débito por parte del fiador reunía los requisitos de validez y eficacia, pues tan extraño comportamiento sólo podría explicarse con el incumplimiento del fiador al que quizás pudiera impugnar el pago mediante alguna acción o excepción que interesara oponer el deudor; perjudicando, en consecuencia el fiador al deudor con su cobro. Cuestión esta de las acciones y excepciones que dejamos abierta para tratarla posteriormente (107).

A similar conclusión llega Sánchez Medal en la legislación mejicana. Distingue tres situaciones en virtud de las cuales si el deudor ha consentido en la fianza existirá un mandato; si no se ha opuesto a ella se dará una gestión de negocios teniendo ambas figuras jurídicas los mismos efectos como el de dar satisfacción al fiador por lo que pagó, incluyendo, no sólo el capital, sino también los intereses, gastos, daños y perjuicios causados al fiador en virtud de lo establecido en su artículo 2.829.

Rechazar que se trata de una de ambas acciones mencionadas conceptúa que el supuesto es merecedor de una acción personal de enriquecimiento injusto como preceptúa el artículo 2.828 *in fine* y el 1.882.

Argumentación que reduce, no sólo el supuesto, sino también el monto total de lo pagado por el deudor que se queda reducido a la cantidad por la que el deudor principal se hubiera beneficiado con el pago.

Como única condición para que el fiador que pague en contra de la voluntad del deudor pueda resarcirse se requiere que aquel precisamente lo haya puesto en conocimiento del deudor, al efecto de que si este dispusiera de alguna excepción oponible pudiera hacerla valer en su momento procesal oportuno. Caso contrario, el fiador puede verse perjudicado si el deudor para oponerse al pago le aduce todas las acciones y excepciones que tenía derecho a ejercitar (108).

El intento de dar una respuesta válida al pago hecho por el fiador, en contra de la voluntad del deudor, sigue sin encontrar respuesta unánime.

Campogrande (109) en el mismo intento, que compartimos, rechaza de antemano la acción derivada del mandato; basada dicha afirmación en la inexistencia de cualquier relación entre garantizado y garante, y abundando en lo dicho, porque se opone al concepto de mandato tácito la declaración de voluntad contraria del deudor; por lo que la cuestión queda planteada en los términos de si puede corresponderle una *actio in rem verso* o una *actio negotiorum gestorum*. Se descarta la posibilidad de que la voluntad del fiador sea realizar un acto de liberalidad; que de ser así necesitaría la concurrencia de la manifestación de unas formalidades externas.

Si nos decantáramos por conceder al fiador la *actio in rem verso* por motivos de justicia, tendríamos que considerar que este principio se enfrenta con otros también generales del derecho, ya aludidos; en el sentido de que nadie debe entrometerse en los negocios o gestiones ajenas.

La doctrina, no obstante, según donde ponga mayor énfasis, entenderá la existencia o inexistencia de la acción de enriquecimiento. Lo que en ningún caso se pone en tela de juicio es que siempre obtendrá el beneficio inmediato de la subrogación que sin hacer distinciones, únicamente exige que se cumpla un requisito: El pago del fiador.

La doctrina francesa por su parte entiende que el fiador podrá recurrir contra el deudor mediante el ejercicio de la *actio in rem verso*, y adoptando la opinión, que por vez primera expuso Marcadé (110), se piensa que no hay obstáculo que impida pensar, que aún a costa del deudor, si el fiador ha realizado el pago, se está ante un cuasicontrato de gestión de negocios ajenos, que le permitirá tener los derechos enumerados en el artículo 2.028 del Código civil francés; es decir, tendrá pleno derecho a ejercitar una acción de reembolso, en contraposición a los autores que opinan que únicamente le corresponderá una *actio in rem verso*, no teniendo cabida en esta acción, ni derecho a los intereses de la cantidad pagada, más que a partir del día que se le demanden y su acción se extinguirá el mismo día en que prescribe la principal (111).

En el derecho mejicano se introduce la novedad de que el fiador tiene dos opciones: O ser reembolsado de lo que pagó o también optar, al igual que en todas las legislaciones, porque se le releve de la fianza, si hubiere causas fundadas para ello.

Las dos vías que concede el derecho mejicano son las de seguir la vía de reclamación en virtud de la subrogación o -y esta es la novedad- actuar en juicio ejecutivo.

Optar por el procedimiento ejecutivo implica que la sentencia tiene valor de título ejecutivo, y que mediante el mismo podrá exigir siempre por dicha vía el reembolso.

El procedimiento por vía ejecutiva y la subrogación son incompatibles entre sí. La única coincidencia es que al igual que sucede con la subrogación, si se hubiere celebrado una transacción entre acreedor y fiador, sólo podrá reclamársele al deudor la cantidad que realmente pagó (112).

La doctrina italiana en su reforma de 1.942 modificó sustancialmente el Código de 1.865, dando un paso importante en la configuración de la tradicional teoría del regreso legal.

Hasta la reforma del 42 las teorías que habían mantenido los autores de que la subrogación no era más que un medio de hacer valedero el regreso, no pasaba de ser una teoría que intentara clarificar el amplio espectro de teorías que se cernieron sobre la subrogación.

El cambio operado por el legislador tiene la virtualidad de convertir lo hipotético en real; sobre todo, si a mayor abundamiento, se añade la mutación de la fianza de accesoria y subsidiaria en solidaria.

Este cambio respondió a una necesidad práctica; sobre todo derivada del tráfico mercantil, que como veremos seguidamente, exige en la casi totalidad de sus pólizas de afianzamiento mercantil, que el fiador adopte la misma posición que la del deudor. Todo ello encierra la necesidad de mayores

garantías para el acreedor que el tráfico jurídico requiere, y para ello, además de concederle todos los derechos accesorios, que garantizaban la deuda originaria, se situó al fiador en la misma posición que la del deudor con lo que el acreedor ganaba, no solamente en seguridad sino que adquiría la doble posibilidad de dirigirse contra aquella persona que entre los obligados creyera más solvente. Sus posibilidades, no obstante, no culminaron en dicha demanda, pues se añade además, el derecho a dirigirse subsidiariamente contra el otro u otros implicados en la relación.

NOTAS AL CAPÍTULO IV

- 1) Siempre se ha considerado que el fiador es responsable de la obligación principal; de la cual además de responsable, se convertía en deudor, pues como afirma Giorgianni, M. "La obligación". La parte general de las obligaciones. Trad. italiana. Barcelona, 1958, p. 169, no puede dudarse de que el fiador además de responsable es deudor.
- 2) NICOLÒ, R., "L'adempimento...", op.cit., pp. 60 y ss.
- 3) CAMPOGRANDE, V., Trattato della fideiussione nel diritto odierno". Turín, 1902, p. 435.
- 4) Se desconoce si el regreso, que también se concedía al fiador en el derecho griego contra del deudor que había liberado, requería para ejercitarlo de una acción especial o de una acción general 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 este por el incumplimiento del deudor principal. Cfra.: BEAUCHET, "Histoire du droit privé de la République Athénienne", T. IV. Paris, 1897, p. 483 y CANTARELLA, "Sollicitudine reciproca o mutua fideiussione" (Contributo allo studio delle obbligazioni solidari)". Milán, 1965.
- 5) "Si passus sim aliquem pro fidejurebe vel alias intervenire mandati teneor, quapropter fidejussores et si sine indicio solverint habent actionem mandati" (L.L. 6, parágrafo 2; 10 parágrafo 11, ff. mandati vel contra), citado por Corsi, "La fidejussione considerata nei rapporti del Codice civile". Catania 1891, p. 112.
- 6) "Fidejussori negotiorum gestorum est actio si pro absente fidejusserit" (L. 20, parágrafo 1, ff. mandati".
- 7) Vide AUBRY et RAU, op.cit., pp. 688 texto y n. 5; en igual sentido PONT T. IX, op.cit., pp. 224-226.
- 8) PONT, P., "Commentaire-traité...", cit., p. 119.
- 9) "Fidejussoribus succurri solet ut stipulator compelletur ei qui solidum solver paratus est vendere ceterorum nomine" (L., 17, ff. de fidejussionibus", citado por CORSI, op.cit., p. 112.

- 10) Este fue el planteamiento, que tanta influencia tuvo posteriormente, de Paulus en L. 36 ff. de fidejussor "quum is qui et reumet fideiussores habet, ab uno ex fidejussoribus 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 quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones quia tenetur ad is ipsum ut praestet actiones". Extraído de Corsi, op.cit., p. 113. Por otra parte, en el derecho griego no se encontraron en ningún escrito vestigios de la cesión de acciones a semejanza del Derecho Romano. Sin embargo, se opina (CAMPOGRANDE, op.cit., p. 468) que de un discurso de Demóstenes (Contr o Apaturio parágrafo 8) y otro de Isócrates (Trapeziticus, parágrafo 44) tal vez pueda deducirse que el fiador podía precaverse de la insolvencia del deudor mediante distintos remedios según la naturaleza de los actos, como la constitución de una prenda o un depósito hecho por el deudor al fiador en calidad de tal.
- 11) CORSI, "La fidejussione..." op.cit. p. 114.
- 12) La idea expresada debe entenderse en sentido amplio, pues sabido es que el Derecho Romano no contempló el enriquecimiento injusto como fuente autónoma de las obligaciones, sino que bajo la categoría particular de "condictio" fue regulando situaciones específicas. Al respecto puede verse HERNÁNDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", cit., pp. 263-264; PUIG BRUTAU, J., "Diccionario de acciones en Derecho civil español". Barcelona, 1984, pp. 132 y ss.
- 13) PONT, P., "Commentaire-Traité des petits-contrats", T. II. París, 1867, p. 119; POTHIER, op.cit. nº 429.
- 14) Autores que mantienen que son dos acciones son la casi totalidad de la doctrina: PHILIPPE DE RENUSSON, "Trattato della suroga", 1ª trad. italiana. Siena 1846, pp. 116 y ss.; MERLIN, "Repertorio universale e ragionato di giurisprudenza e questioni di Diritto". T. XIII, 1834, vol. II, pp. 766 y ss.; GUILLO ARD, "Traité du Cautionnement et des transactions", Livre III, titres XIV et XV du Code civil" (arts. 2.011 al 2.058). París, 1894, pp. 204 y ss.; PACIFI-MAZZONI, E., "Istituzioni di Diritto civile italiano", vol. V, parte II, 5ª ed., Florencia, 1921, pp. 504 y ss.; PLANIOL, M., "Traité élémentaire de Droit civil", t. II, 7ª ed., París, 1917, p. 731; ZACHARIE, C.S., "Cours de Droit civil français" t. II, Bruselas 1850, p. 79; "Oeuvres de Pothier" por Bugnet "Traité des obligations", t. II, París, 1848, pp. 232 y ss.;

- AUBRY, C. et RAU, C., "Cours de Droit civil français (d'après la méthode de Zachariae)", T. IV, 4ª ed., París, 1871, pp. 672 y ss.; LAURENT, "Principes de Droit civil...", op.cit., p. 243; MIRABELLI, "Contratti varii (Il deposito e il sequestro, il pegno)", 2ª ed., Nápoles-Turín, 1915, p. 550; PONT, P., "Commentaire-Traité des Petits-contrats", T. II, París, 1867, pp. 118 y ss.; HUC, Th., "Commentaire-Traité et pratique du Code civil", T. XII, arts. 1.984 a 2.091, París, 1899, pp. 246 y ss.; BAUDRY, G.-LACANTINERIE, WAHL, A., "Traité élémentaire et pratique de Droit civil", XXIV (Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction)", París, 1907, pp. 566 y ss.
- 15) POTHIER, "Tratado de las Obligaciones", 1ª parte, Barcelona, 1839, p. 285.
- 16) RENUSSON (Ph. d), op.cit., 1ª trad. italiana, Siena, 1846, cit., p. 118.
- 17) Dicha Ley dice que si el fiador tiene algún interés en situarse en la posición del acreedor, el fiador puede obligar al acreedor a subrogarle en sus derechos, aún en contra de su voluntad y acordar la cesión de las acciones y la subrogación en los derechos. Esta consecuencia de la Ley hay que interpretarla atribuyendo al fiador la posibilidad de recurrir al juez para que la conceda "Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compelletur et qui solidum solvere paretus est, vendere coeterorum nomina". RENUSSON, op.cit., p. 119.
- 18) DUMOULIN, "Trattato dell'usure". Cuestión 89, nº 670, citado por RENUSSON, ibidem.
- 19) Dumoulin en 1555 marcó un hito fundamental en relación con la codificación: "Quoties qui solvit est obligatus, sive aeque principaliter, sive accesorie, sive dispariter, sive impariter: tamen eo ipso quod habet jus petendi cessionem actionum primitivorum, vel de hoc excipiendi, solvendo simpliciter censetur tacite pacisci de omni alio jure suo reservando sensibe proejudicio juris sui in aliis, id est, reservato jure cessionis, et sic semper inest tacitum pactum, cum hoc sit de nature actus...".
- 20) RENUSSON, op.cit, p. 121.
- 21) En el sentido de estipular previamente la subrogación o de solicitarla expresamente, cita Renusson un curioso fallo de la Sala 4ª de Apelación el 26 de agosto de 1706, cfra. "De

cissione della Corte di Parlamento" Proferita nella quarta Camera d'Appello il 26 Agosto 1.706. RENUSSON, op.cit., pp. 259 y ss.

- 22) RENUSSON, op.cit., p. 118 y L. 23 Cod. De negotiis gestis. (Negociis gestis, non rem, real in personem est actio) y L. 4 ff. De negotiis gestis.
- 23) FENET, op.cit., T. XV, pp. 269-270.
- 24) GUILLOUARD, "Traité du cautionnement et des transactions", Livre III, titres XIV et XV du Code civil (arts. 2.011 a 2.58). París, 1894, pp. 205 a 207.
- 25) Al igual que la sentencia citada se fallaron otras muchas aún después de la codificación: La Cour de París dio el siguiente fallo: "Attendu que si (les cautions des locataires) sont légalement subrogées dans les droits du propriétaire de la maison en raison du remboursement qu'ils lui ont fait... si, en vertu de cette subrogation, ils sont devenus créanciers (des locataires) et peuvent faire vendre les meubles de leur débiteur, il ne peut en être de même quant au droit d'expulsion, lequel est inhérent à la qualité de propriétaire et ne peut être exercé que par lui". GUILLOUARD, op.cit., p. 207.
- 26) GUILLOUARD, op. cit., p. 210; Cassation 23-12-1, Sirey, 81, I, 149; Dalloz, 80, I, 453 y France Judiciaire, 79-80, II, 198.
- 27) La reflexión sobre la conclusión a la que llegó Guilloard fue aducida por Troplong fundamentando su razonamiento en el artículo 2.170 del Código civil francés, que permite al tercer poseedor exigir la previa exclusión de otros inmuebles que garanticen otra deuda.
La posición de Troplong fue criticada con argumentaciones notables basadas todas ellas en la interpretación del artículo 2.170 del Código civil francés. Puede consultar GUILLOUARD, op.cit., p. 221.
- 28) PONT, op.cit., p. 126.
- 29) GUILLOUARD, op.cit., p. 211.
- 30) MERLIN, "Repertorio universale e ragionato di Giurisprudenza e questioni di diritto", vol. II, 1834.
- 31) LAURENT, "Principes de Droit...", cit., pp. 242 y ss.

- 32) Posición que sería la correspondiente al principio de Derecho Romano: "Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur".
- 33) CHABOT, rapport, n. 19; LOCRÉ, t. VII, p. 426; PONT, op. cit., t. II, p. 119.
- 34) LAURENT, "Principes...", cit., p. 224.
- 35) PONSOT, "Du cautionnement", cit., p. 263, n. 234.
- 36) LAURENT, Ibidem.
- 37) Esta interpretación se adoptó por primera vez por la Cour de Toulouse; aunque se le criticó argumentando en contra la aplicación del artículo 1.154 "Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale pourvu que soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus ou moins pour une année entière".
- 38) En sentido contrario LAURENT, op.cit., p. 245.
- 39) FENET, op.cit., t. XV, p.
- 40) En contra de esta opinión PONT "Commentaire-traité...", cit., t. II, París, 1867, p. 121.
- 41) LAURENT, op.cit., p. 245.
- 42) En concepto de gastos hay que observar lo establecido en el artículo 2.018 "Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la Cour royale où elle doit être donnée".
- 43) PONT, op.cit., t. II, p. 123, nº 239 y 240.
- 44) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, op.cit., p. 570, art. 2.016 Código civil francés: "Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même au frais de la première demande, et à tous aux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution".
- 45) Art. 2.016: "Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les 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". Confrontándolo con una interpretación del art. 2.028 resultaría que la aplicación de este último artículo perjudicaría al fiador que no tendrá derecho a los gastos que está obligado a pagar y a ser reembolsado según el artículo 2.016. En opinión de Zachariae (op.cit., p. 79), en lugar de decir: "néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits..." debería decir: "néanmoins la caution n'a de recours quant aux frais par elle faits, que pour ceux qui ont lieu depuis...".

46) Art. 1.153-1º 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".

47) Art. 1.155: "Néanmoins les revenus échus, tels que fermages, loyers, asièrages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention.

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

Art. 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, 7ª ed., París, 1917, pp. 731 y 732, que comparte el criterio expuesto.

48) LAURENT, op.cit., p.247, n. 1.

49) TOULLIER, op.cit., t. XI, nº 55 y 62; ZACHARIAE, op.cit., t. III, p. 182.

50) MARCADE, op.cit., art. 1.375, t. IV.

51) PONT, op.cit., p. 126.

52) En sentido negativo LAURENT, op.cit., p. 247; aunque la opinión de este autor no es compartida por otros muchos que afirman que se trata de una gestión de negocios, o que le corresponde la actio in rem verso, como manifiestan AUBRY ET

RAU, "Cours de droit civil français", t. IV, 4ª ed., París, 1871, pp. 686 y 690 y ZACHARIAE, "Cours de Droit civil français", t. II, Bruselas, 1850, p. 79. Según este autor sólo tendrá derecho mediante la actio in rem verso, el principal e intereses que hubiere desembolsado por el deudor.

- 53) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, op.cit., p. 502.
- 54) PONT, op.cit., t. II, n. 245; GUILLOUARD, op.cit. n. 176.
- 55) AUBRY et RAU, op.cit., p. 689.
- 56) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, op.cit., t. XXIV, p. 583.
- 57) Supuesto que se está refiriendo a la fianza de duración indefinida.
- 58) Puede consultarse: PACIFICI-MAZZONI, E., "Istituzioni di Diritto civile italiano", vol. V, parte II, 5ª ed., Florencia, 1921, pp. 504 y ss.; MIRABELLI, "Contratti varii (Il deposito, il sequestro, il pegno)", 2ª ed., Nápoles-Turín, 1905, pp. 550 y ss.; CORSI, op.cit., pp. 120 y ss.
- 59) Sobre concepto de transacción vide TORRALBA, op.cit., pp. 690 y ss., arts. 1.809 y ss. C.c.
- 60) PACIFICI-MAZZONI, vol. V, op.cit., p. 505.
- 61) Que remite la cuestión de los intereses al antiguo art. 1.231; y en cuanto a los gastos al art. 1.903 de la redacción original que niega al acreedor el derecho a exigir al fiador los gastos posteriores al primer requerimiento hecho al deudor; si no se le ha notificado al fiador.
- 62) Sentencia del T. de Turín redactada por su primer Presidente el Senador Eula el 31-12-1886 en la causa Fracchia contra Traversa y Cassinari. Foro italiano 1887, p. 256; CORSI, op.cit., p. 120.
- 63) CORSI, Ibidem.
- 64) También tuvo en cuenta a la hora de parificar los efectos de la actio negotiorum gestorum y la actio mandati las concordantes disposiciones de los arts. 1.144 y

1.755 C.c. italiano que tanto al gestor de negocios ajenos como al mandatario concedían los derechos a los intereses de las cantidades anticipadas el día del pago.

65) CORSI, op.cit., p. 127.

66) MIRABELLI, op.cit., p. 554.

67) Proyecto de 1.851 art. 1.752: "El fiador que ha pagado por el deudor, debe ser indemnizado por este.

La indemnización comprende:

- 1º. La cantidad principal de la deuda.
- 2º. Los intereses que ella alude que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjere para el acreedor.
- 3º. Los gastos ocasionados al fiador después de haber puesto en conocimiento del deudor que se le requería de pago.
- 4º. Los daños y perjuicios cuando procedan.

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

Art. 18 del Anteproyecto del C.c. español 1.882-1.888:

El fiador que ha pagado por el deudor debe ser indemnizado por este.

La indemnización comprende:

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

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

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "El Anteproyecto del C.c. español (1.882-1.888)". Centenario de la Ley del Notariado. Sección IV, V. I, Madrid, 1.965, pp. 700 y 701. Si bien la fianza ya se encontraba regulada en las Partidas con la misma orientación que la seguida por las legislaciones francesa e italiana. Cfra. Varias Reso-

luciones de Antonio Gómez. Cap. XII, "De los fiadores", pp. 135 y 137; "Colección de Códigos y Leyes de España" por Alberto Aguilera y Velasco. 1ª Sección 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, 1ª Sección; Códigos antiguos, T. I, Madrid, 1865, pp. 247 y ss.; Índice de las Leyes y Glosas de las Siete Partidas del Rey D. 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 todos 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 otrosi el que avia contra el debdor principal y Ley XII (p. 821).

- 68) Art. 1.822 correspondiente al Proyecto de 1.836: "El deudor principal está obligado a satisfacer al fiador todo lo que este 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 este haya recibido utilidad de la fianza, o que después de haberlo la haya consentido y aprobado".

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:

- 1º. Si el fiador hubiere manifestado, ante dos o más testigos idóneos, que pagaba con intención de no pedir jamás al deudor lo pagado.
- 2º. Si hubiere hecho el fiador la fianza por su propia utilidad.
- 3º. Si demandado el fiador no opusiere las excepciones legítimas con que pudiese 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, este 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 esta, no podrá exigir el reembolso del deudor hasta que se verifique el cumplimiento de dicho plazo".

LASSO GAITE, F.F., "Crónica de la codificación española". Codificación civil (Génesis e historia del Código), V. II, Madrid, 1970, p. 270.

- 69) "Si quod autem fidejussor pro reo solverit, ejus reus perando causa habet cum eo mandati judicium", párrafo 6, tít. 21, libro 3 de las Instituciones y L. 12, título 12, Partida 5, que exceptúa al igual que los todos los Códigos tres casos.
- 70) L. 4, título 1, libro 45 del Digesto y 12, título 12 de la Partida 5. GARCÍA GOYENA, op.cit., pp. 157-158.
- 71) MANRESA Y NAVARRO, G.M., "Comentarios...", op.cit., t. XII; pp. 291 y 292.
- 72) Art. 1.108: "Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de los daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio en el interés legal".
- 73) Conforme a la L. 6ª del párrafo 2º, tít. 1º, Libro 45 del Digesto y a la L. 12, tít. 12 de la Partida 5: "El fiador que pagó prohibiéndolo el deudor, no tenía acción alguna para reclamar lo pagado.
El Código prescindiendo de esos antecedentes, estableció el criterio de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro. MANRESA, op.cit., p. 295.
- 74) MUCIUS SCAEVOLA, "Código civil" redactado por Vázquez Gundín, T. XXVIII, arts. 1.790 a 1.856, pp. 617 y ss.; manifestando además su disconformidad con la sistemática del Código, que en su opinión debería haber empleado por estudiar los derechos eventuales del fiador contenidos en el art. 1.843.
- 75) "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 debbo contra los fiadores que fueren sus compañeros en aquella fiadura.

E Otrosi el que avia contra el debdor principal e el dévelo otorgar. e despues que le fuere otorgado este poder, en su escogencia es de demandar a cada uno de los otros fiadores aquella parte que pagó por ellos. E si alguno y aviesse tan pobre que la han puddiessse entonce pagar, deve tomar de tal recabdo que le pague cada que pueda. E pueda aún demandar la parte que pagó por si el debdor principal. E si esto non quisiere facer assi, puede demandar el por si mismo el principal debdor, todo el debdo, maguer el señor del debdo non le otorgasse el poder que avia contra él...". MUCIUS SCAEVOLA, "Código...", op.cit, p. 623.

76) GARCÍA GOYENA, op.cit., p. 158.

77) MUCIUS SCAEVOLA comentado por VÁZQUEZ GUNDÍN, op.cit., p. 625.

78) MUCIUS SCAEVOLA, op.cit., p. 626.

79) MANRESA, op.cit., t. XII, pp. 296-297.

GONZALO DE LAS CASAS, J., "Diccionario General del Notariado de España", t. II, Madrid, 1853, p. 315.

Carta de Lasto es "el instrumento o recibo que ordinariamente por medio de escritura pública da el acreedor al que le 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".

80) MANRESA, Ibidem.

81) SANTAMARÍA, G., "Comentarios al C.C.", T. II, art. 1.088 a disposiciones transitorias y Apéndice foral de Aragón. Madrid, 1958, p. 868.

82) AUBRY ET RAU, op.cit., t. IV, p. 589, n. 9, parágrafo 427.

83) SANTAMARÍA, op.cit., p. 867. Es el primer autor que encontramos hace la precisa distinción entre acción de resarcimiento y acción de regreso aplicable a los supuestos en que exista pluralidad de deudores; quizás por no haber estado influenciado por la doctrina italiana, que dada su configuración de la fianza como solidaria, a partir de la reforma de 1942, pierde su carácter accesorio para integrarla como una acción solidaria, si bien con peculiaridades propias de la institución dentro de la que opera. Se deja sentir en cambio, la influencia francesa; sobre todo, la del no

./.

table jurista francés Planiol, al que cita continuamente

- 84) MOURLON, "Répétitions...", cit., T. III, p. 456, n. 1.158.
- 85) Díez Pícazo, "Fundamentos...", T. I, cit., p. 597; subrayada igualmente por Fuzier-Herman, "Code Civil Annoté...", cit., p. 813.
- 86) En este sentido Santamaría, op.cit., p. 868, y Manresa, op.cit., p. 298.
- 87) Manresa, Ibidem.
- 88) Manresa, op.cit., p. 299.
- 89) Manresa, Ibidem. Teoría que encajaría en la del regreso legal que suscribimos, entendiendo que la única forma de realización posible o viable de ambas acciones es fundiendo ambas al servicio de recuperar el patrimonio desembolsado o invertido por el fiador.
- 90) Torralba, V., "Lecciones de Derecho civil", V. II, Barcelona, 1984, pp. 687 y 688. Sobre la transacción vide p. 690 y arts. 1.809 y ss.
- 91) Manresa, op.cit., pp. 301-302; de Diego, C.L., "Instituciones de Derecho civil español", t. II, Madrid, 1930, p. 286.
- 92) Gullón Ballesteros, D., "Curso de Derecho civil". Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual". Madrid, 1968, p. 440.
- 93) Gullón siguiendo la doctrina italiana, op.cit., p. 441.
- 94) Gullón, Ibidem.
- 95) Vide nuestras anteriores referencias.
- 96) Puig Peña, F., "Compendio de Derecho civil español", t. IV. Contratos. 2ª ed. Pamplona, 1972, pp. 457-458 que en un lenguaje técnico engloba los dos artículos dentro de la "acción de recobro contra el deudor principal".
- 97) Parágrafo 776 B.G.B.: "Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag

wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von dieses Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1. wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;
 2. wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen wie des Aufenthaltsorts oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;
 3. wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;
 4. wenn der Plänbiger gegen dem Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.
- 98) 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 ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet".
- 99) LARENZ, K., "Derecho de obligaciones", T. II, Madrid, 1959, p. 456.
- 100) LARENZ, Ibidem.
- 101) Además de ser el sentir general así lo expresa el parágrafo 774.1º: "Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des gläubigers gegen den Hauptschulder auf ihn über. Der Übergang kann nicht gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt.
- 102) BARBERO, D., "Sistema de Derecho Privado". T. IV, Contratos. Buenos Aires, 1967, p. 526.
- 103) Parágrafo 775 B.G.B.
- 104) SÁNCHEZ MEDAL, R., "De los contratos civiles", México, 1976, p. 397.
- 105) DELGADO ECHEVERRÍA, G., "Elementos de Derecho Civil", T. II, Derecho de obligaciones. V. III de LACRUZ VERDEJO, J.L., Barcelona, 1979, p. 336.
- 106) DÍEZ PICAZO, op.cit., T. I, p. 589.
- 107) GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentarios al C.C. y Compilaciones forales", dirigidos por Manuel Albadalejo, T. XXIII, arts. 1822 a 1886 del C.C., Jaén 1980, p. 68.

- 108) CAMPOGRANDE, V., "Trattato della fideiussone nel diritto odierno", Turín, 1902, p. 442.
- 109) SÁNCHEZ MEDAL, op.cit., p. 405. En el mismo sentido BRUGI, B., "Instituciones de Derecho Civil", México 1964, p. 376, que da un excesivo valor al deber del fiador de notificar el pago al deudor; criterio que asume en su integridad FUZIER-HERMAN, "Code Civil annoté", t. VI arts. 1708 a 2091. París, 1949, p. 811, n. 2., junto a otros autores que admiten la misma posición: COLIN ET CAPITANT, op.cit.; AUBRY ET RAU, op.cit, t. 6, parágrafo 427; PLANIOL ET RIPERT, "Droit Civil", t. XI, y T. II, nº 1540 y 1541, op.cit.
- 110) PONT, R., op.cit., p. 126.
- 111) MARCADÉ, op.cit., t. IV;cfra. art. 1375.
- 112) AGUILAR CARVAJAL, L., "Contratos civiles", Méjico, 1977, p. 252.

CAPITULO V

CAPITULO V

PECULIARIDADES DE LA FIANZA SIMPLE

1. LA ACCESORIEDAD EN LA FIANZA.
2. LA SUBSIDIARIEDAD EN LA FIANZA.
 - 2.1. NOCIÓN.
3. EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN.
 - 3.1. CONCEPTO.- SUPUESTOS DE APLICACIÓN.
 - 3.2. NATURALEZA DEL BENEFICIO DE EXCUSIÓN.
 - 3.3. GASTOS DEL BENEFICIO DE EXCUSIÓN.
4. GARANTÍA O CAUCIÓN DE AFIANZAMIENTO Y ASEGURAMIENTO DE FIANZA. CRITERIOS DELIMITATIVOS.
5. ACTUACIÓN DEL FIADOR EN LA FIANZA SIMPLE.
 - 5.1. REQUERIMIENTO DE PAGO AL FIADOR.
 - 5.2. COMPORTAMIENTO DEL FIADOR.
 - 5.2.1. EXCEPCIONES OPONIBLES ANTES DEL PAGO.
 - 5.2.1.1. POR EL DEUDOR.
 - 5.2.1.2. POR EL FIADOR.
 - 5.2.1.2.1. ESTUDIO DEL ART. 1852 C.C.
 - 5.2.1.2.2. AMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO COMENTADO.
 - A) RENUNCIA A POSTERIORI.
 - B) RENUNCIA ANTICIPADA.
 - C) ACTOS DEL ACREEDOR.
 - NEGLIGENCIA DEL ACREEDOR RESPECTO DE LA CONSERVACIÓN DE LA GARANTÍA.

6. ACCIÓN DE SUBROGACIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

6.1. CONTENIDO DE LA ACCIÓN DE SUBROGACIÓN.

6.2. EJERCICIO DE LA MISMA.

7. ACCIÓN DE REGRESO: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

CAPÍTULO V: PECULIARIDADES DE LA FIANZA SIMPLE

La configuración de la fianza, en el actual Derecho italiano, abre otro nuevo tema.

Por vez primera el Código Civil italiano, en sus artículos 1.936 y, en especial, el 1.944, declara expresamente el carácter solidario con el deudor principal de la fianza (1).

En el tenor literal de la definición de fianza se encuentra una diferencia sustancial con la enunciada en nuestro Código Civil. El Código italiano delimita la estructura de la relación obligacional entre el fiador y el acreedor (2), mientras que nuestro Código Civil deja abierta la libertad de estipulación del fiador, que puede obligarse, bien con el acreedor, con el deudor o incluso, con una persona ajena a la relación existente entre acreedor-deudor, pero interesada en que la misma se cumpla.

Este criterio no es compartido por la doctrina, que con unanimidad afirma, que una de las características generales de la fianza es la existencia de una situación jurídica con intervención de tres sujetos: Acreedor, deudor y fiador; dándole incluso al fiador la calificación de tercero (3).

Los argumentos de la doctrina son válidos puesto que no es imposible imaginar una relación entre un vendedor de un inmueble por ejemplo, y un comprador en la que, el vendedor, para garantizar el precio del local vendido, exige que una entidad bancaria o cualquier otro ente de solvencia categóricamente reconocida afiance su crédito(4).

Ateniéndonos a la estructura tradicional de la fianza, el vínculo fideiusorio se establecerá entre la entidad que se hubiese

responsabilizado del débito contraído por aquel particular frente al acreedor o deudor, para pagar la deuda contraída por éste.

Si otro tercero paga extinguiendo la relación, quedará sustraído al ámbito de aplicación contractual de la relación de fianza, teniendo a todos los efectos, el carácter de tercero interviniente en la relación, con o sin interés, en el cumplimiento de la misma; debiéndose someter a la normativa general de los artículos 1.158 y 1.159, coordinándolos con los artículos 1.210 y 1.211.

Esta argumentación, no obstante, puede quedar rebatida a la vista de la doctrina, máxime cuando éste ha basado también su planteamiento en el resultado de los antecedentes históricos, a fin de establecer, que los sujetos implicados en la relación fideiusoria son el acreedor y el fiador; con ello, toda posibilidad de considerar al fiador como tercero puede quedar excluida. La doctrina aduce, además, en su favor, la desafortunada redacción del artículo 1.823 entendiéndolo que su redacción está destinada al afianzado y no al fiador (5).

También sin relegarse a los antecedentes históricos se puede llegar a la misma conclusión.

El segundo párrafo del 1.823 se está refiriendo a la subfianza entendiéndolo que tendrá lugar -ateniéndonos al propio tenor literal del precepto- aún constituyéndolo a favor de otro fiador: "Consintiéndolo, ignorándolo y aún contradiciéndolo éste". Interpretando analógicamente la situación de fianza y subfianza pudiera llegarse a la conclusión de que si la subfianza puede efectuarse aún en contra de la voluntad del subfiador, por la misma razón, podrá estipularse una fianza en contra del deudor principal, puesto que las figuras de la fianza y la subfianza tienen la misma regulación.

La definición del Código clarifica los vínculos entre los

sujetos afectos a la relación, pero al igual que sucede en los restantes Códigos, se limita a fijar el objeto y contenido de la institución, olvidando dar la naturaleza y condiciones a las que se compromete el fiador.

Campogrande, respetando los requisitos que, en su opinión, debería cumplir toda obligación, definía la fianza como: "Obligación accesoria, subsidiaria y dependiente, mediante la cual una persona, llamada fiador, se obliga respecto a un acreedor a satisfacer en todo o en parte, una obligación asumida por un deudor principal, en el supuesto de que éste no lo hiciera" (6). La definición compartida por numerosos autores como Guillaouard (7) que la concebía como: un contrato unilateral, accesorio, gratuito por su naturaleza, en el que una persona, llamada fiador, se obliga respecto a un acreedor a satisfacer las obligaciones contraídas por el deudor, si aquél no cumplía la obligación.

Estas definiciones se apartaron de las sucintas descripciones que los autores destinaban a la fianza, respondiendo a una preocupación única, centrada en delimitar el objeto, quizás siguiendo el ejemplo de la definición de Pothier, que entendía que la fianza no era más que un contrato por el que alguien se obligaba por el deudor respecto del acreedor, a pagarle la totalidad o una parte de lo que debe el deudor, participando de su obligación (8).

Hay otros autores (9), que definieron la fianza partiendo del artículo 2.011 del Código francés, aún cuando añaden pequeños retoques a alguna característica para darle una configuración propia. Es importante conocer la concepción francesa de la fianza, pues la influencia del Código francés en la reglamentación de la fianza, resulta manifiesta en el Proyecto de 1.851 (10).

Ahora bien, en el aspecto sustantivo, la regulación que hace nuestro Código, reproduce en líneas generales y con escasas alteraciones la doctrina romana en la fase final de su evolución justiniana, que posteriormente, con ligeras modificaciones, se recogió en los textos que regularon el Derecho histórico (11). No obstante, la casi totalidad de las definiciones recogidas en los distintos ordenamientos jurídicos, como la del Código italiano de 1865 en su artículo 1898 o nuestro mismo artículo 1.822, siguen el ejemplo del artículo 2.011 del Código francés, limitándose a fijar el objeto de la obligación, sin tener en cuenta que la delimitación del mismo conlleva el interrogante de si se está ante una misma obligación para deudor o fiador o si ambas responden a motivaciones diferentes. Evidentemente, la finalidad de la fianza es garantizar la obligación principal.

La fianza es una de las instituciones más maltrechas en nuestro ordenamiento civil. Desde su origen, puramente benéfico, pasando posteriormente a convertirse en una institución protectora del tráfico jurídico y facilitadora del mismo, muchos avances ha sufrido esta institución.

En la práctica puede decirse que ha pasado de ser un mero instrumento puesto al servicio de los particulares para convertirse en un uso corriente y habitual en el derecho bancario, que evidentemente traspasa los límites de la fianza civil, puesto que, a tenor del Código de Comercio, todo contrato celebrado con una entidad bancaria tendrá carácter mercantil. No obstante, hay que tener en cuenta que, aunque se le otorga el carácter mercantilista, su regulación, del Código de Comercio, contenida en escasos preceptos, motiva, que en muchos aspectos, tenga que regirse por las normas del Código Civil; máxime si la fianza se estipulare con entidades bancarias, normalmente mediante la suscripción de pólizas de afianzamiento de carácter siempre solidario, a semejanza del aval (12).

1. LA ACCESORIEDAD EN LA FIANZA

La fianza es un medio de garantía (13) que establece un tercero en favor del acreedor (14). Se establece, por tanto, una relación obligatoria cuya causa es garantizar o avalar el crédito de un tercero (15). En consecuencia, quedan ya establecidos dos puntos importantes: Es una obligación de carácter accesorio puesto que no se puede conceptuar tan sólo de garantía ya que si no existiera un vínculo de carácter obligatorio cuya causa fuera precisamente garantizar el crédito, no podría existir la obligación (16).

Por otra parte, es importante destacar que la función que cumple la fianza es la de reforzar la obligación añadiendo al crédito algo que no tiene por sí mismo, de tal manera, que incrementa al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho (17), puesto que, en virtud del artículo 1.911, responderá con todos sus bienes presentes y futuros de la satisfacción de la deuda.

Todas aquellas situaciones que se produzcan para hacer frente a esta responsabilidad no se pueden configurar como garantías sino como actuaciones directamente encaminadas a conseguir que la responsabilidad sea efectiva.

Dejando a un lado este aspecto, y por establecido que es una garantía de carácter personal, finalizar este punto diciendo que estas situaciones tienen como finalidad dar una mayor seguridad al tráfico jurídico, procurando que el acreedor vea satisfecho su derecho de crédito, que en principio el deudor se ha comprometido a pagar, ampliando su esfera de poder (18) jurídico.

Analícemos a continuación la situación del fiador.

El fiador es un deudor subsidiario del llamado deudor principal (19), que contrae la obligación de responder ante el

acreedor en una posición subsidiaria con respecto a la del deudor. Se dice que el fiador "responde" y "debe" (20) con lo que se rechaza las opiniones de los que veían en la fianza un supuesto de responsabilidad sin deuda, lo que debe interpretarse en el sentido de haber contraído una obligación con el acreedor, por la cual podrá constreñir al deudor a que cumpla, puesto que con ello se fundamenta la relación obligatoria.

Respecto a la materialidad de la responsabilidad, si es en las obligaciones de dar de carácter dinerario no presentará problemas, puesto que se traducirá en pagar hasta donde alcance el valor de la fianza.

En las obligaciones de hacer o no hacer, tendrá que equipararse también la obligación del fiador a una contraprestación de carácter económico.

Actualmente se entiende que cualquier tipo de obligación, fungible o no; de dar; hacer o no hacer; resulta susceptible de ser garantizada mediante fianza, tema que conduce al de la identidad de prestaciones de la relación obligatoria. La fianza existe a partir de un acuerdo de voluntades de dos partes, una la del acreedor con la pretensión de que se le pague la deuda que ha concedido al deudor y otra del fiador, que es un tercer sujeto sin interés directo, en principio, en el cumplimiento de la obligación, pero que se compromete bien con el acreedor, sin intervención del deudor, o bien con el deudor, en garantizar la deuda de este último, simplemente con esa finalidad: servir de contrato de garantía y, por tanto, como remedio subsidiario frente a la obligación principal.

La justificación de por qué una persona, extraña en principio a la obligación existente, se ha querido comprometer tiene su causa en la garantía con la que éste puede beneficiar al deudor. En compensación del sacrificio que el ordenamiento jurídico requiere del fiador, le concede una serie de prerro-

gativas que garanticen la totalidad de la cuantía del crédito comprometido. Así pues, nos encontramos con disposiciones, por ejemplo, el beneficio de excusión y con la subrogación en los derechos y obligaciones del acreedor que tienen la única finalidad de contrarrestar el sacrificio económico del fiador (21).

La fianza, como contrato de garantía subsidiario de la obligación principal, servirá para incrementar no la responsabilidad del deudor, que ya sabemos que responderá con todos sus bienes presentes y futuros, sino que aumentará las expectativas de asegurar un crédito recurriendo a una tercera persona. Circunstancia que será de gran utilidad, sobre todo, en los supuestos en que el acreedor vea que el patrimonio del deudor es insuficiente para cumplir su prestación.

Para garantizar la obligación principal no se gravará ningún bien, sino que se utilizará a una persona extraña para garantizar la obligación. Aquí radica, pues, la diferencia entre los contratos de garantía real y los de garantía personal (22).

Por lo que decíamos antes que pretender por el legislador contrarrestar el sacrificio del fiador, es por lo que se le concede la subrogación, cuya finalidad es precisamente proteger al tercero que pagó una deuda ajena (23).

Finalizamos con las siguientes conclusiones: Los contratos de garantía tienen como finalidad asegurar el crédito frente a la intervención parcial o total del deudor. Así, mientras que en la prenda o en la hipoteca, el deudor o un tercero por él vincula una cosa al acreedor (24), en la fianza se vincula un tercero que asume subsidiariamente la obligación del deudor.

Lo esencial es la accesoriedad de la obligación, por lo que tal vínculo no tiene nunca existencia autónoma e independiente. Sino que, como todos los bienes de garantía, se halla

condicionado en su existencia a la relación crediticia principal. De tal forma, que si no existiera aquélla, tampoco podría existir esta última. Por ello, el garante o fiador sólo estará obligado en el caso de que el acreedor no satisfaga su crédito al deudor principal.

Antes de pasar a exponer los caracteres de la fianza que interesan a este tema, conviene recabar una breve referencia a Díez-Picazo, que define la garantía como una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que éste no tiene por sí mismo. De ella, lo que más nos interesa destacar es la definición que hace de garantía, que la califica de nuevo derecho subjetivo o facultades con función de garantía que se le concede al acreedor (25).

Las garantías constituyen un derecho subjetivo adicional que se yuxtapone al derecho de crédito (26); por tanto, hay que considerar que existe una relación de subordinación de uno a otro, de forma que existe un derecho principal, que sería el derecho de crédito, y un derecho accesorio para referirse al de garantía. La idea de que las garantías son accesorias se recoge en el Código civil, artículo 1.212 y 1.528.

Podríamos concluir el apartado diciendo que, a nuestro entender, la garantía de carácter personal puede configurarse como una atribución que le concede el ordenamiento jurídico al acreedor, que necesita constituirse previamente con el consentimiento del acreedor, a menos que se establezca con la finalidad de dar mayor protección jurídica del deudor con respecto a su patrimonio.

Con este intento de definición se observan distintos aspectos, tanto las garantías que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para salvaguardar su prestación, como en los modos de su constitución.

La afirmación de que la fianza tiene un carácter accesorio, es fácil de entender si se parte de la existencia de dos prestaciones: Una, la relación obligacional existente entre el acreedor y el deudor, con su correspondiente contraprestación; y otra, que nace una vez existente ésta, precisamente para garantizar esta primera obligación, y que no tiene razón de ser en la obligación principal, de tal forma que si no se hubiera producido la primera, no hubiera nacido ésta, o que si desaparece la obligación principal también dejaría de existir esta última.

Algunos autores, sobre todo de los que podríamos calificar de clásicos del Derecho, exponen la fianza como una obligación de tipo condicional, puesto que consideran que la actuación del fiador no se ponía en funcionamiento hasta que el deudor no pagara; por tanto, la consideraban como una condición con carácter suspensivo (27), puesto que hasta que el deudor no se manifiesta en el sentido de pagar o no, el fiador no empezará a actuar. Le objetamos que la obligación del fiador producirá su eficacia desde el mismo momento de su constitución, y como prueba de lo dicho, encontramos que el mismo ordenamiento prevé disposiciones que atribuyen al acreedor la facultad de dirigirse contra el fiador aún antes que contra el deudor, si bien es cierto que el ordenamiento jurídico también da medidas protectoras al fiador para salvaguardar sus intereses (28).

Cuando hablamos de accesoriedad tenemos que tener presente el artículo 1.824 (29). Necesita, por tanto, la fianza de otra obligación para fundamentar su existencia.

El artículo 1.825 que habla de las obligaciones futuras es el que introduce un aspecto dudoso a lo anteriormente dicho.

Las obligaciones futuras se permite que queden afianzadas, y debiendo configurar la fianza como una condición, en virtud de la cual quedará comprometido el fiador desde el momento en que contrajo la obligación.

La posibilidad que tienen los interesados de convenir válidamente la supervivencia de la fianza aún cuando se declare inválida la obligación principal, siempre por supuesto distinto del artículo 1.824-2º y, en cierta medida, el afianzamiento de deudas futuras y los supuestos que vamos a exponer, hacen que se considere la afirmación de que es una obligación que sigue la suerte de la principal o que se relativice y limite la accesoriedad de la institución y, en consecuencia, sus defensores le quitan el valor de tener un carácter esencial en la fianza.

Estos matices adquieren su sentido una vez estudiado el carácter específico que se le da a la accesoriedad en la fianza.

- 1) La obligación de fiador se configura y existe para constituir un valor auxiliar de garantía en beneficio de otro negocio.
- 2) La calificación de accesoria no es homogénea, respondiendo a situaciones muy diversas, ya que surgen de ellas nexos de dependencia de características propios y con base en causas distintas. La cualidad de accesorio se manifiesta más como dependiente que como secundaria en base al cumplimiento de una finalidad, ya que, como sabemos, desempeña un cometido meramente instrumental reforzando el derecho principal que da lugar al correspondiente nexo de unión funcional entre obligación de garantía y garantizado. La subordinación propia de la fianza se explica por su servicio al mismo fin perseguido por la obligación principal; por tanto, hay una dependencia funcional al vínculo fiador (30), pero a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de accesoriedad, el subordinado no llega nunca a fusionarse, siendo posible en todo momento identificar las dos relaciones obligatorias.

La dependencia de la fianza se manifestará siempre que persista el interés del acreedor, al que la garantía sigue hasta su satisfacción plena. Ello explica que cuando no lo sea, la obligación principal se convierte en subjetivamente fungible (31) o que el cumplimiento de una cualquiera de las dos obligaciones extinga la restante, ya que tal interés no se puede satisfacer doblemente para no incurrir en enriquecimiento injusto; afirmación que no queda contrariada en la hipótesis de que pague el fiador, en cuyo caso, manteniéndose viva la acción de éste contra el deudor, para reintegrarse de cuanto pagó, hace que la obligación principal no quede extinguida, con todas sus consecuencias (32).

Efectivamente, en la práctica jurídica se habla indiferentemente del carácter accesorio de la fianza para definir tanto sus condiciones de existencia como de ejecución (33).

Con la teoría de Demogué (34), la nueva fase de existencia no parece depender del contrato principal, pues se puede decir que serían dos obligaciones que caminan por vías paralelas, y como es obvio no llegarían a confluir.

Cuando empieza a ponerse en funcionamiento la institución de la fianza, propiamente dicha, es en el momento de su ejecución.

Para que se pueda ejecutar es necesario que primero se hayan dirigido las acciones pertinentes contra el deudor, pues en caso contrario, el fiador -a no ser que haya hecho renuncia expresa de la misma- podrá oponer el beneficio de excusión.

El contrato accesorio tendrá una vida independiente, con la salvedad que se pone a este principio de que no se pueden valer de él para pagar una deuda cuando no existe todavía, puesto que ya hemos dicho cuando empieza a tener efecto y tomar vida.

A esta exposición se le puede dar un alcance general, pues será precisamente en el momento en que se pretende la ejecución cuando se tendrá ocasión de averiguar si la obligación garantizada existe o, si más bien, esta obligación presenta un carácter futuro en la conclusión del contrato accesorio.

Con referencia a la exposición de Demogué, conviene añadir que, en la fase de existencia, las dos obligaciones: la accesorias y la principal pueden perfectamente concurrir. En concreto, en la fianza no se interpondrá un conflicto de intereses, pues al fiador no se le puede recabar ningún perjuicio, ya que hasta dicho momento permanecerá en situación expectante. Esta situación demuestra al deudor que no puede pagar o que se encuentra en una situación de insolvencia total o parcial. Según las circunstancias, el ordenamiento jurídico también permite al acreedor actuar directamente contra el tercero pagador si hay indicios fiables de que el deudor no pagará. En consecuencia, se puede decir que, durante la existencia de la obligación principal, ésta subsistirá a su lado; incluso en ocasiones, habrá sido requisito necesario para que se llegase al acuerdo de voluntades de la obligación principal.

Es importante destacar que una de las características de la obligación accesorias es seguir las vicisitudes de la obligación principal.

La existencia y la validez de la obligación principal son los puntos problemáticos que presenta la nota de accesoriedad. Respecto a la existencia, el principio general debe ser no admitir fianza más que para garantizar obligaciones existentes. No obstante, sin ir más lejos, el artículo 1.825 dispone que también se podrá prestar fianza en garantía de deudas futuras de importe desconocido, no pudiendo reclamársela el fiador hasta que la deuda sea líquida. Por ello, este principio que se basa en que antes de constituirse la fianza debe existir

una obligación principal, quiebra en este punto.

Como dijo Puig Peña, en este artículo falta la nota de accesoriedad. Siguiendo esta línea, la Jurisprudencia sentó un principio en base a que la fianza será válida siempre que afecte a deudas ya contraídas y todavía no liquidadas y exigibles (35). De todo ello parece desprenderse, como consecuencia inmediata, que el fiador haya prestado su consentimiento para garantizar que una obligación existiera en el momento de prestar el fiador su consentimiento. Se puede deducir, consiguientemente, que no se refiere la fianza a obligaciones aún no constituidas, pues equivaldría a dar a esta situación un *status*. La Ley no reconoce una obligación accesoria sin ninguna principal, lo que originaría una antinomia entre los artículos 1.824 y 1.823 (36).

Además de una deuda principal o el vínculo que haya de generar dicha deuda, precisa la fianza, que se trate de una obligación válida.

Mientras que la obligación nula lleva consigo la nulidad de la fianza, la anulable tolera la coexistencia con la fianza.

Este comportamiento queda ratificado por el hecho de que no pudiendo oponer el fiador las excepciones personales del deudor, la obligación personal se podrá convalidar por otra del deudor, quedando de esta manera garantizada la exigencia del débito afianzable (37).

De lo expuesto se deduce, que la obligación principal será la que señalará los límites de contenido y validez de la fianza.

Los límites del objeto de la fianza vendrán impuestos porque la fianza no puede exceder de lo que el deudor debe, ni prestarse en condiciones más onerosas que la de la deuda principal; en conclusión, el fiador se podrá obligar *in minus*, es decir, por una parte tan sólo de la deuda o en condiciones menos onerosas.

Volviendo a la existencia, el principio general debe ser el de no admitir fianza más que para garantizar obligaciones existentes, aunque contraviene este principio el artículo 1.825 (38).

En cuanto a la normativa del Código civil, nos encontramos que viene regulada en los artículos 1.824-1º, 1.826, 1.828, 1.847 y 1.212. De todos ellos se deduce el principio de que antes de constituirse la fianza debe existir una obligación principal. Confirma la regla general esta excepción. En palabras de Puig Peña (39), se caracteriza porque falta la nota de accesoriadad.

La Jurisprudencia sobre este aspecto sentó el criterio de que la fianza será válida siempre que afecte a deudas ya contraídas, aunque todavía no liquidadas y exigibles (40), lo que debe entenderse en el sentido de que la fianza no se puede establecer sobre obligaciones no constituidas, pues significaría que la Ley reconoce como obligación accesoria una obligación carente de vinculación con otra principal, originándose una antinomia entre los artículos 1.824 y 1.825 (41). Sin embargo, hay que tener presente que la mayor parte de la doctrina se inclina por la tesis contraria (42).

Se puede extraer un principio al que ya hemos hecho referencia al hablar de Puig Peña, pero hay cosas que parecen contravenirlo. Como ejemplo de ello, citamos el que se permita garantizar una obligación cuya nulidad se pueda pretender en cualquier momento.

Con respecto a la capacidad, Pérez González y Alguer (43) distinguen entre el efecto de vinculación y el de la obligación. Parece por consiguiente, evidente que el fiador se encontrará en un estado de vinculación con el acreedor o deudor, según con quien haya constituido la fianza, pero en su calidad de fiador no quedará obligado mientras no cumpla la condición del nacimiento de la obligación principal.

Para Planiol y De Buen será preciso distinguir, si se trata de incapacidad del obligado o de vicio del consentimiento; pues si en el primer caso se produce una excepción puramente personal del deudor, cuando se trata de un vicio del consentimiento, la excepción deja de ser personal del deudor, y por tanto, lo podrá invocar el fiador para exonerarse de la fianza, alegando la nulidad de la obligación principal.

Un tercer criterio es el sostenido por Pérez González, Alguer y Valverde, para quienes es preciso distinguir según que el fiador conozca o no el vicio que puede determinar la anulación de la obligación principal, no pudiendo ser alegada por el fiador si éste la conoce; fuera de este caso, el fiador puede alegarla, ya que si la fianza es un contrato de interpretación restrictiva no se puede presumir que el fiador consienta en enervar o aminorar su fundamental derecho de repetición contra el deudor principal (44).

El apartado segundo del artículo 1.824 sufre una excepción en el caso del "préstamo hecho al hijo de familia".

Para Castán esta frase ha de entenderse referida únicamente al hijo de familia menor de edad (45).

Las cuestiones que se han suscitado en la práctica relacionadas con la nulidad o anulación de la obligación afianzada, son las siguientes:

1a. Una vez transcurrido el término señalado por la Ley para reclamar la nulidad de la obligación principal, ¿El fiador podrá eximirse de su responsabilidad, alegando que la fianza prestada por él es ineficaz por referirse a una obligación principal o nula.

2a. ¿Puede el fiador liberarse de su responsabilidad con el acreedor, pidiendo la anulación de la obligación principal, con las acciones del deudor?

3a. En el caso de ser válida y existir legalmente la obligación principal garantizada por la fianza, ¿Puede pedir el fiador la nulidad de ésta, liberándose de la obligación por él contraída?

Manresa expone sobre las cuestiones dichas que la nulidad de la obligación principal no excluye la fianza y que no habiendo pedido aquélla dentro del término establecido al efecto, la nulidad se entiende subsanada, comprendiendo la subsanación tanto la obligación principal como la subsidiaria que deben correr la misma suerte respecto a la segunda cuestión, aprovechando el fiador la anulación de la obligación principal, porque para extinguir la fianza debe hacer valer los motivos de nulidad de la obligación garantizada para eximirse de la responsabilidad que contrajo. Sólo estará legitimado para pedir que se anule la obligación, el obligado en primer término, y si no lo hiciere, la fianza surtirá todos sus efectos, sin que pueda oponerse a ello el fiador.

La accesoriadad origina las consecuencias siguientes:

- a) Se puede el fiador obligar a menos, pero no a más que el deudor principal (artículo 1.826).
- b) Aunque la fianza no pueda extenderse a más que la obligación principal, se admite que constituya un vínculo más fuerte, al ir acompañada de garantías como prendas... de las que carezca la deuda principal.

Si el fiador se hubiere obligado a más, el artículo 1.826-2º dispone que se reducirá su obligación a los límites de los del deudor. Conviene tener presente que, no es lo mismo obligarse a más, que responder de las consecuencias que se deriven del incumplimiento de su obligación por parte del deudor (46).

- c) Con respecto a la jurisdicción, el fiador estará sometido a la Ley del Juez del lugar donde la obligación principal deba cumplirse (artículo 1.828) (47).

- d) El deudor se liberará cuando por cualquier circunstancia se produzca la extinción de la obligación principal (artículo 1.847).
- e) Del carácter accesorio se desprende que no puede ser cedida, embargada ni denunciada sin el crédito principal (48).

La consecuencia de la accesoriedad es que sigue las vicisitudes de la obligación que garantiza: en su nacimiento (artículo 1.824); en su transmisión (artículos 1.212 y 1.528) y en su extinción (artículo 1.847) (49).

2. LA SUBSIDIARIEDAD EN LA FIANZA.

2.1. Noción.

Cuando se dice que la fianza es un contrato de carácter subsidiario, se está indicando que el fiador sólo se obliga a pagar en el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación (50).

La obligación contraída por el fiador no tiene un carácter principal, lo que es equivalente a decir que al vencimiento de la obligación el acreedor no estará facultado para dirigirse indistintamente contra el deudor con el que tenía estipulada una deuda a su favor, o contra aquél que en función subordinada se haya comprometido para complementar su responsabilidad dando unas garantías que el deudor pueda ofrecerle al acreedor. Como ya se ha expuesto, entre sus caracteres destaca su carácter accesorio, pero no le atribuye la facultad de superponerse a la obligación principal y actuar como si compartieran estas atribuciones. La fianza es una figura típica contractual que cumple una función de garantía y que, como tal, queda en su función y efectividad, subordinada a la obligación principal y que, por lo tanto, la subsidiariedad es un elemento esencial de la fianza, puesto que es inherente a ella; aspecto distinto será el problema de su aplicabilidad o no.

Esta argumentación nos sirve como punto de partida para exponer las diferentes teorías que se han construido de esta característica.

La primera tesis configura la subsidiariedad como nota caracterizadora de la fianza, de tal modo que se pueda afirmar que el fiador sólo debe entender que queda obligado si el deudor incumple su obligación. Se exceptúan, naturalmente, los supuestos de fianza solidaria o cuando el fiador haya renunciado expresamente al beneficio de excusión.

Es criterio amplio mantenido en la doctrina española y extranjera que el fiador es un tercero garante que paga en nombre o en lugar de otro; en este sentido también se pronuncia el Código civil al definir la fianza en su artículo 1.822.

Precisamente, como consecuencia de ello, se justifica la existencia del beneficio de excusión, como obligación que se impone al acreedor de dirigirse primeramente contra el deudor principal para la satisfacción de su deuda y posteriormente contra el fiador (51); tanto es así que los partidarios de esta tesis sostienen que este beneficio es la única manifestación de subsidiariedad (52), afirmación a la que se une el criterio de la jurisprudencia (53). Ahora bien, la nota de la subsidiariedad existirá tan sólo cuando no se renuncie al beneficio de excusión, que remite la pretensión del acreedor a los bienes suficientes del deudor para que pueda cobrar en prestación equivalente, o no se haya estipulado la modalidad de la fianza solidaria (54). En consecuencia, se llega a la conclusión de que no es una característica esencial de la fianza, puesto que cuando se renuncia al beneficio de orden o el fiador sea solidario, ocupará la misma situación que el deudor principal en lo que se refiere al pago. Por tanto, en principio el fiador siempre se beneficiará de la subsidiariedad de la fianza, no pudiéndolo hacer el fiador fuera de esta circuns

tancia. Hay ordenamientos jurídicos que atribuyen el beneficio de excusión con carácter general, mientras que otros lo atribuyen con carácter excepcional, bien porque lo pactaran las partes o lo fijó la Ley (55).

La segunda tendencia doctrinal, de menor difusión, niega que la subsidiariedad sea una nota típica y característica de la fianza, para ello toma como punto de partida la equivalencia entre condicionalidad y subsidiariedad (56).

Esta tendencia la rechazamos desde un planteamiento inicial. Sus partidarios mantienen que la efectividad de la fianza comenzará a partir del cumplimiento de la condición o de la realización del hecho futuro e incierto del incumplimiento del deudor principal. Aunque autores clásicos han compartido esta opinión (57), y el mismo criterio siguió la Jurisprudencia (58) sus detractores son muchos. Parten de la concepción de que la fianza es impropia una condición (59), porque su subordinación al incumplimiento del deudor garantizado no nace de una determinación de las partes, sino que constituye uno de los elementos típicos del negocio que le dan vida.

Los partidarios de la tercera teoría entienden que la subsidiariedad es un carácter esencial en la fianza ya que, es inherente a ella, al margen del beneficio de excusión.

Los defensores de esta tesis combaten la mayoritaria, afirmando que cuando expresan aquéllos que la fianza genera una obligación de naturaleza subsidiaria, se destaca la importancia de una consecuencia de orden práctico, pero se olvida la causa que la produce (60). Esta característica no debe explicarse en función de quién paga y en qué momento; esto es, si el fiador viene obligado a cumplir su obligación antes que el deudor principal la suya, porque se llega a la conclusión de que sólo en el segundo supuesto habrá subsidiariedad, puesto que esta atribución debería fundamentarse en que inequívocamente

y en cualquier caso, la obligación del fiador se encuentra en diferente plano que la principal.

El beneficio de excusión cumple su función a partir del momento en que se produzca el incumplimiento contractual. El acreedor deberá dirigirse contra el deudor, pudiendo actuar contra el fiador en el supuesto de que aquél resultase insolvente.

Aún en los casos en que éste no se ejercitara, la obligación sigue siendo de orden distinto y también posterior a la del deudor, puesto que su ejecutabilidad queda supeditada al incumplimiento de la obligación principal (61).

Esta teoría fue rechazada por otro autor también italiano (62). Según el cual, la subsidiariedad no es una nota esencial de la fianza; se trata de un residuo de una tradición basada en equívocos sobre la institución de la fianza, según la que se podrá actuar solamente contra el fiador cuando el deudor no pague. No considera al fiador como un obligado sucesivo, consecuencia de lo cual, no podrá ejecutársele judicialmente sino después del deudor principal. El fiador está obligado del mismo modo que el deudor principal, en cuanto el acreedor tiene el derecho de exigir a su elección, si no opone el fiador el beneficio de excusión al pago, tanto de uno como de otro, apenas el crédito haya vencido. Es importante observar que hay contradicciones en las disposiciones legales, aplicables también a las nuestras.

Esta tesis fundamenta la razón de porqué la subsidiariedad no es elemento de la obligación fideiussoria, en base a que las disposiciones de la Ley, entre las cuales aparece la extinción de la obligación principal, llevan consigo la desaparición del vínculo que nace de la fianza, en contraste con la configuración de una obligación que debería nacer del débito garantizado no satisfecho.

Los detractores de esta teoría la rechazan alegando que para ser coherente con ella debería supeditar la obligación del fiador a cualquier suceso, tal como el incumplimiento o por lo menos, el retraso del cumplimiento del deudor principal.

Concluimos la exposición de estas tres teorías con la opinión de dos prestigiosos juristas italianos.

Para Fragali, por el contrario, la obligación es siempre subsidiaria, porque el fiador goza, en principio, de todas las circunstancias de un *beneficium ordinis* (63). La conclusión es que los presupuestos de exigibilidad son diversos de los de la obligación garantizada. El cumplimiento del fiador viene a gravar al deudor garantizado, además de que los intereses sean diversos para cada uno de los deudores.

El deudor se compromete en el beneficio propio; el fiador se obligará en favor de otro, aunque la fianza sea remunerada. Con lo dicho se pone, además, de relieve, la naturaleza accesorio de la fianza y su dependencia a la que garantiza.

También es partidario de esta tesis Delgado Echeverría (64). Su argumento se basa en el interés del fiador, que se mantiene al margen del que justifica la obligación principal y en la posición del acreedor que permanece inalterable (65).

Para este autor, el fiador es un obligado de refuerzo subsidiario (artículo 1.302), que ha de pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste. La obligación del fiador existe desde que se perfecciona el contrato de fianza, pero no vence mientras el deudor no incumple. Se desprende de ello que en los supuestos en que sea necesaria la intimación para que se considere que el deudor principal ha incurrido en mora, no podrá exigirse al fiador que pague sin existir aquel supuesto por el que el incumplimiento comenzará a computarse.

Para Ruggiero (66) la subsidiariedad es un elemento simplemente natural; el garante o fiador no está obligado sino en el caso que el acreedor no vea satisfecho su crédito por el deudor principal.

Como manifiesta Campogrande (67), que el fiador esté obligado a satisfacer la obligación cuando no lo haga el deudor, no significa que la fianza sea una obligación condicional en el sentido de que el fiador se obligue solamente para el caso de insolvencia declarada del deudor. La obligación del fiador es pura y simple porque el acreedor puede dirigirse contra él sin demostrar primero la insolvencia del deudor, siempre que el fiador no invoque el beneficio de excusión, que no es esencial a la fianza. Porque la obligación del deudor no se convierte en menor, por la intervención del fiador, es exacta la afirmación legislativa y doctrinal que expone el principio de que, la obligación del fiador de cumplir la obligación propia presupone el incumplimiento de la del deudor (68).

Entendemos que la fianza tiene un carácter subsidiario esencialmente. Junto a la accesoriedad son las dos notas que la caracterizan y distinguen de otras instituciones, otorgándole unas peculiaridades propias.

Precisamente porque se la considera como tal, se concede al fiador el beneficio de orden, puesto que hay que entender que si el fiador no renuncia expresamente a éste, es porque desea ampararse en la facultad con que se beneficia al acreedor de exigir el incumplimiento a un tercero.

Llegamos, en consecuencia, a la conclusión de que la fianza se configura como una institución cuya función es la de pagar al tercero interesado en el cumplimiento de la obligación por el deudor, en caso de que éste incumpliera su contraprestación; esto es, que no pagara, otorgándole, por tanto, un carácter accesorio, puesto que es una obligación que nace después de

surgida la principal, que tiene como fundamento de su causa, garantizarla y que el fiador contrae con el requisito de pagar una vez haya vencido, evidentemente, la obligación, que el deudor principal hubiere incumplido. Esta es la regla general; ahora bien, partiendo de esta premisa, el legislador también ha previsto supuestos en los que se puede renunciar; luego ya con este verbo se está expresando que se rechaza una facultad concedida por el ordenamiento jurídico.

Si se rechaza es porque de antemano se ha concedido algo, consiguientemente, lo que está indicando es el carácter subsidiario de la fianza, lo que no obsta para que el fiador en uso de una de sus atribuciones pueda rechazar dicho beneficio.

3. EL BENEFICIO DE EXCUSIÓN

3.1. Concepto.- Supuestos de aplicación.

El beneficio de excusión se consagró en Roma mediante una Ley muy antigua que Cujas remontó hasta las 12 Tablas. Pronto cayó en desuso, por entender que era contraria al espíritu de la fianza.

Con Alejandro Severo y aún con Diocleciano, se admitió, en el sentido opuesto, de permitir al acreedor dirigirse contra el fiador directamente sin accionar contra el deudor principal. Esta situación la explicaba Caracalla en los siguientes términos: "Jure nostro est potestas creditorum, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur" (L. 5, C. De Fidej.) (69).

Justiniano quiso restablecer la excepción, por lo que los fiadores podrían, de nuevo, exigir que antes de verse obligados al pago, se hiciera excusión de los bienes de éste. Esta postura es la que constituyó el objeto de la Novela 4ª (70). Este derecho, al que Justiniano asignó el nombre de *beneficium*

ordinis o excussionis, se admitió en la Jurisprudencia francesa, que, sin embargo, no lo concedió en todos los casos, ni en todas las fianzas (71).

Excusión viene del verbo latino *excutire*, cuya raíz "cutir" significa golpear. Es una facultad que se concede al fiador a fin de favorecerle o al menos, de disminuir la responsabilidad del fiador frente al acreedor.

Originariamente se justificó dicho beneficio en la equidad y en el carácter que se le atribuía a la fianza de contrato de beneficencia.

Se temía, además, que el fiador que comprometía parte de su patrimonio en salvaguarda del de un tercero, que previamente había contraído una deuda, resultara desmedidamente gravado. En compensación, se concedieron dos beneficios al fiador, el de excusión, con Justiniano, como acabamos de ver, y el de subrogación automática del fiador, *ope legis*, en los derechos del deudor, una vez aquél hubiera saldado el débito contraído por el deudor.

El beneficio de excusión entraña, desde antiguo, el carácter subsidiario de la fianza. La mayoría de autores le atribuyen este carácter. No obstante, algunos tratadistas oponen serias objeciones a este punto.

El fiador se obliga a satisfacer la obligación del deudor en caso de incumplimiento de este último, lo que significa que hay un obligado principal y que el fiador contrae una obligación de carácter accesorio.

El comportamiento normal del acreedor deberá ser dirigido contra el deudor principal y subsidiariamente, si no paga, contra el fiador. El beneficio de excusión se caracterizará porque el fiador podrá obligar al acreedor a que haga excusión de los bienes del deudor principal (72). En este sentido, el

fiador sólo quedará obligado en defecto del pago del deudor (73).

Sus partidarios añaden que esta interpretación del texto armoniza con el espíritu de la Ley y de las partes contratantes.

El acreedor, que contra una obligación garantizada con una fianza persigue asegurar el pago de un crédito, podrá reclamar al fiador el importe del débito desde el momento en que lo reclame al deudor y éste incumpla. No se puede obligar al acreedor a requerir al deudor; caso contrario, sería obligar al acreedor a ir en contra de la finalidad por él perseguida.

El beneficio supone una excepción al principio general de que el fiador debe pagar desde el mismo momento en que no lo haga el deudor, fundamentándolo en el derecho a la equidad (74) y presupone que el deudor es solvente, lo que, en consecuencia, hará más fácil constreñir al deudor a que cumpla. Si el deudor tiene los medios suficientes para pagar su obligación, no hay razón que justifique que se reclame al fiador antes que al deudor, y además, dado el carácter originariamente benéfico de la fianza, es lógico que se pretenda garantizar al fiador, que únicamente le corresponderá pagar si efectivamente el deudor es insolvente. De esta forma, se ofrece también al fiador la seguridad de que se respetará la finalidad por la que estipuló la garantía (75). En consecuencia, no hay ningún impedimento para entender que el beneficio de excusión es la facultad que corresponde al fiador, en cuya virtud, producido el incumplimiento de la obligación principal, puede aplazar el cumplimiento de la suya y paralizar la pretensión de cobro del acreedor hasta no haber intentado éste, sin éxito, la ejecución forzosa del deudor (76).

La doctrina ha explicado el fundamento del beneficio en base a criterios distintos.

La mayoría de los autores lo justifican como efecto inmediato derivado del carácter subsidiario de la fianza.

La argumentación de esta tesis llega hasta extremos en los cuales es posible decir que no se comprende si la fianza tiene carácter subsidiario sino en virtud de la existencia de dicho beneficio, o si éste es propiamente una consecuencia de aquél, que desaparece cuando el beneficio falta (77). En esta línea de ideas, se apuntan las opiniones que mantienen que el fiador no puede ser compelido a pagar si el crédito es factible reclamarlo al deudor y extinguir, de este modo, la obligación (78).

También hay autores que para justificar este beneficio buscan sus cimientos en el carácter accesorio de la fianza, derivando posteriormente su justificación hacia la subsidiariedad de la obligación fideiusoria (79).

Por último, otros autores inspirados en el carácter originariamente gratuito que se atribuye a la fianza, consideran que es un favor concedido al fiador para que éste pueda ver protegido su derecho de no pagar, caso de que el deudor tenga bienes para hacer frente a la obligación, siempre que el fiador no haya renunciado expresamente a ello (80), apreciando, además, el carácter de mayor o menos indefensión en que pudiera encontrarse el fiador.

Pero no es sólo la subsidiariedad de la fianza lo que va a justificar este beneficio, sino que hay que ir un poco más lejos. Si el fiador se encontrara en la misma situación jurídica que el deudor, evidentemente no se habría pensado en la necesidad de reglamentar este beneficio. Aparece para proteger a quien se puede encontrar, como el fiador, en una situa-

ción desfavorable o, al menos, desprotegida; sobre todo, si pensamos en el carácter que los clásicos dieron de gratuita; cuya función es precisamente pagar si el deudor incumple. Es por ello, por lo que el beneficio se puede desdoblar en dos funciones: La de garantizar al fiador y la de colaborar con el acreedor (81).

No obstante, la doctrina está dividida, llegando incluso algunos autores a discutir la esencia del beneficio, pensándose que en algunas ocasiones, llevado a sus últimas consecuencias, hay autores que llegan a afirmar que contradice el espíritu de la fianza (82). Lo que de todo punto es insostenible, o al menos, poco defendible.

Al margen de que nuestro Código Civil admita sin ningún género de discusión el beneficio de excusión, atribuyéndole un carácter personal al que restar algunos casos excepcionales, hay que tener en cuenta que cumple una función de protección al fiador garantizándole una serie de seguridades cuando le corresponde pagar; respondiendo realmente de que se pague al acreedor y garantizando el débito del acreedor, al mismo tiempo que cumple un deber de colaboración con el acreedor al señalar todos los bienes del deudor pero sin que la facultad concedida al fiador pueda obstaculizar o servir para imponer un retraso al derecho del acreedor (83).

También la doctrina ha pretendido explicar la naturaleza del beneficio acudiendo a distintas construcciones que a veces enlazan con la obligación misma del fiador. Así se ha dicho, que participa del pacto de "non petendo" y de la conversión de la fianza que nace pura y simple.

Se encuentra recogido en nuestro Código civil en los artículos 1.830 a 1.835, integrando el Capítulo II, del título XIV, dedicado a los efectos de la fianza, y en concreto en su sección primera "De los efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor".

Para que se pueda practicar es necesario que se oponga al acreedor una vez se haya requerido al fiador para que pague. Posteriormente tendrá que señalar todos los bienes del deudor realizables dentro del territorio español, suficientes para cubrir el importe de la deuda. Si el acreedor fuera negligente en la excusión de los bienes, se constituirá en responsable, por aquellos otros en los que el deudor hubiera podido responder pero no lo hizo a causa de la negligencia del acreedor.

El sujeto activo podrá, también, citar al fiador cuando demande al deudor. Ello no implica que se pierda el beneficio de excusión, más aún, la Ley le reconoce una protección específica, aún cuando, matiza el artículo 1.834, se dé sentencia contra los dos.

Esta disposición pone de relieve que la Ley quiere acentuar el carácter subsidiario de la fianza, para lo cual no se conforma con la existencia del artículo 1.822 sino que además provee al fiador del beneficio de excusión como medio para que dicho propósito se pueda realmente hacer valer.

En efecto, puesto que el beneficio de excusión cumple la función de asegurar la posición subsidiaria del fiador, éste para verse obligado a pagar debe encontrarse en la siguiente situación: que en primer lugar se haya requerido de pago al deudor por haber vencido la obligación y que éste, además, se encuentre en estado de insolvencia. Situación en la que el Código no profundiza, puesto que hace una referencia general a dicho estado; lo que induce a pensar que, en principio, engloba, tanto las situaciones de insolvencia judicial declaradas como las meras insolvencias de hecho. Con ello, a primera vista parece se aminoran las garantías del fiador, sin embargo, cabe pensar que es acertado, puesto que de no suceder así, el acreedor vería sus expectativas trabadas por esta disposición en base a que en situaciones donde no hubieran bienes, con unos indicios razonables de que éstos no existieran, el acreedor se

vería obligado a instar un procedimiento judicial con la única finalidad de obtener una declaración judicial de insolvencia, la cual, si efectivamente se tiene conocimiento por parte del acreedor y del fiador de la inexistencia de los bienes, hay que considerarla una medida desproporcionada, además de injustificada. Para evitar que el acreedor pueda intentar en supuestos difusos ejecutar los bienes del fiador por ser más seguros, el ordenamiento jurídico dispone, como medio protector, lo preceptuado en el artículo 1.833. Se deriva del mismo que el acreedor debe tener un cuidado escrupuloso en la configuración de los bienes del deudor, de forma tal, que no cometa el error de proceder por creer que tendrá un acceso más fácil a los bienes del fiador, puesto que este último le opondrá el beneficio de excusión; con lo cual, además de ser ineficaces sus actuaciones, por imperativo de la Ley pasa a convertirse en responsable si el deudor resultare insolvente a consecuencia de la negligencia del acreedor.

Otro supuesto bien diferente, tanto en el supuesto de hecho como en sus efectos, es cuando el deudor realiza enajenaciones fraudulentas. Si se tiene conocimiento por parte del acreedor del carácter de las mismas, el acreedor deberá perseguir todos estos bienes antes de dirigirse contra el fiador (84) y haber apurado antes todos los recursos legales.

3.2.- Naturaleza del beneficio de excusión.

Ya antes del Código Francés, Pothier se preguntaba el carácter que este beneficio tenía. Bien es sabido que fue una facultad reconocida al fiador que no gozó de grandes simpatías en el Derecho.

La doctrina discutió legalmente sobre la naturaleza de este beneficio. Primordialmente repartió sus criterios sobre si se trataba de una excepción dilatoria o perentoria.

Para muchos autores no era propiamente una excepción dilatoria porque no tenía como finalidad ganar tiempo para que el fiador invocara un resultado más decisivo.

La excusión entrañará, desde la liberación del fiador, el agravamiento de su responsabilidad si el deudor no se encuentra con bienes suficientes para pagar (85). En base a lo expuesto, deducían los partidarios de esta tesis, que la excepción era perentoria, con lo que podría alegarse en cualquier momento.

Por el contrario, otros autores mantuvieron la tesis de que se trataba de una excepción dilatoria, fundamentada en que se pretendía diferir la acción del acreedor contra el fiador hasta el momento de la excusión, sin excluirla enteramente. En consecuencia, y siguiendo la norma común a las excepciones dilatorias, se tendría que oponer antes de la contestación de la demanda. Si el fiador había contestado al fondo del asunto sin oponerlo, posteriormente no podría oponer el beneficio.

También los redactores del Código Civil Francés se adhieron a esta opinión, aunque no lo aceptaron en los trabajos preparatorios, en los que se inclinaron por la solución contraria de poder pedir en cualquier momento la excusión de los bienes. Progresivamente, en los trabajos preparatorios, la opinión del Tribunal fue cediendo hasta afirmar, que si después de algunas actuaciones, el fiador no ha opuesto el beneficio, hay que entender, que ha renunciado al mismo. Posteriormente añadieron al texto del Proyecto que el fiador tendrá que pedir la excusión de los bienes una vez se realice la primera actuación contra el fiador.

Esta propuesta se aceptó quedando consagrada en el artículo 2.022, precepto que no ha sufrido modificación hasta nuestros días.

Nuestro Código Civil también recogió este precepto siguiendo las líneas del Código Civil francés. Establece como requisito para que el fiador pueda favorecerse, que lo oponga al acreedor después de que éste le haya requerido para el pago.

Una consecuencia inmediata se deriva de comparar los dos preceptos. Ambos cuerpos legales no especifican si debe ser un requerimiento judicial o extrajudicial (86).

Si no se demanda judicialmente a ambos deudores (87), principal y subsidiario, no es raro pensar que se puede requerir de pago al fiador por cualquier otro medio extrajudicial, como por ejemplo, mediante un requerimiento notarial, un acto de conciliación...

Actuaciones a las que no se puede negar su importancia y validez, que, además, servirán de medio de notificación, para que, a partir de ese momento, oponga el fiador el beneficio de excusión.

También el Código Civil español se atiene al principio de que el fiador deberá oponer el beneficio tan pronto como sea requerido de pago por el acreedor pareciendo, según el tenor del precepto, que dicho requerimiento, está refiriéndose a actuaciones extrajudiciales; el problema queda por resolver pendiente de la definitiva reclamación judicial (88).

El beneficio de excusión tiene carácter de excepción dilatoria (89) por negar la prestación como actualmente debida. Aunque van dirigidas contra la acción y producen la desestimación de la demanda, tienen de común con las defensas procesales (excepciones dilatorias de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que no impiden que la acción sea propuesta de nuevo.

Nuestro Derecho Positivo habla de excepciones dilatorias en otro sentido, para designar las excepciones procesales o de forma, mediante las cuales el demandado hace valer causas de

inadmisibilidad de la relación jurídica procesal.

El beneficio de excusión sería una excepción dilatoria de fondo, que entraría a formar parte de las excepciones que la Ley de Enjuiciamiento Civil denomina perentorias.

Las excepciones dilatorias, consideradas como excepción procesal, son aquéllas mediante las cuales el demandado afirma la inadmisibilidad de la demanda tal como viene propuesta y pide que no se siga el juicio, o en todo caso, que no se dicte resolución sobre el fondo.

Son, por tanto, excepciones procesales; su fundamento constituye un óbice a la admisibilidad de la relación jurídica.

Vienen enumeradas taxativamente en el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y son para el juicio ordinario de mayor cuantía. No sería, por tanto, una excepción dilatoria, aplicable al juicio declarativo, sino una excepción perentoria, que se tendría que alegar en la contestación a la demanda.

Esta opinión, aunque es mayoritaria, no la comparten todos los autores. Objetan que el beneficio no constituye una excepción dilatoria y que puede invocarse en cualquier momento del procedimiento, siempre que se justifique que el deudor, antes insolvente, ha cambiado a mejor fortuna (90).

La Jurisprudencia también avala nuestra opinión, declarando con criterio general que si el fiador reconvenido no opusiera el beneficio en inmediata continuidad procesal, sino que se defendiera por otros procedimientos, no podrá después valerse de éste, porque se entiende que tácitamente ha renunciado a él (91).

Para Bo la premisa de que la fianza conlleva la promesa de pagar si el deudor principal no paga, debería sustituirse por la obligación de pagar en lugar del deudor principal, que, utilizando sus palabras, se traduce en que el acreedor adquiere el derecho a reclamar el pago, tanto del deudor como del fiador, a partir del momento en que el crédito sea exigible (92).

Para comprender este aspecto concreto, interesa señalar, que el fiador puede paralizar la pretensión del acreedor, hasta que aquél no haya procedido a la excusión del deudor principal.

Todo ello establece, como mínimo, las premisas para afirmar que si lo expuesto no implica necesariamente que la obligación del fiador es una obligación subsidiaria, eventual o, en todo caso condicional, demuestra al menos que el derecho del acreedor puede estar sujeto a limitaciones de las que normalmente no está expuesto el derecho del acreedor contra el deudor principal (93).

Con esta misma argumentación, Bo señala que la eventualidad de la obligación fideiusoria, sólo es hipotética, porque queda subordinada a la invocación del beneficio de excusión por parte del fiador (94), con lo que implícitamente está admitiendo que el derecho del acreedor puede, si quiere el fiador, quedar paralizado hasta que se verifique la excusión y que, por tanto, no es tan absoluto como aquél que se tiene contra el deudor principal (95).

A tenor de lo dicho, no es bastante afirmar que el fiador tiene la obligación de pagar en vez del deudor principal, puesto que hay que justificar doctrinalmente el derecho del

fiador a rechazar el pago hasta que el acreedor no excuse el derecho principal.

Este derecho del fiador quizás sea una consecuencia del hecho de que la obligación fideiusoria es una obligación condicional, postura que creemos se debe rebatir desde todos los puntos de vista.

Sus detractores le opusieron varias razones:

a) En el caso de cumplimiento de la obligación principal, la fianza se extingue en el mismo sentido, aduciendo, por otra parte, que la obligación tiene que considerarse nacida.

Si la obligación de fianza fuese condicional o eventual, dependiente del advenimiento futuro e incierto de la excusión, cuando ésta se realizara debería constituir uno de los presupuestos para la legitimación del acreedor. A esta observación se puede, a su vez, objetar que si el derecho del acreedor fuera condicional se debe llegar a la conclusión, en un proceso en que el fiador fuera contumaz, que el juez debería rechazar la pretensión del acreedor.

Del articulado italiano, como el de nuestro Código, resulta que el acreedor no está obligado a la excusión cuando el fiador no lo oponga en los primeros requerimientos de pago. Por tanto, si el fiador es rebelde y no ha opuesto el beneficio, el juez debe acoger la pretensión del acreedor.

b) Si la construcción criticada fuera exacta, al fiador se le debería permitir repetir lo que hubiera pagado, sin que el acreedor pudiera proceder primero a la excusión de los bienes del deudor principal.

Ello se puede rebatir alegando que si el fiador ha pagado sabiendo que el acreedor no había hecho excusión de los bienes del

deudor, la irrepetibilidad del pago es una simple consecuencia de que la *condictio iuris* presupone el error.

La objeción se puede superar porque basta restringir el alcance de esta consideración a los casos en que el fiador haya pagado en el erróneo supuesto de que el acreedor haya procedido a la excusión o ignorando la existencia del beneficio o que su obligación fuera condicional.

En estos casos excepcionales el fiador podrá repetir el pago.

c) Si la fianza fuera condicional la prescripción debería comenzar a contar sólo desde el momento de la excusión, lo que sería erróneo.

3.3. - Gastos del beneficio de excusión.

Otro de los problemas, que se derivan inmediatamente del anterior, es el concerniente a los gastos.

Para oponer el beneficio de excusión, el fiador tendrá que contestar la demanda, con lo que formará parte del proceso, estando legitimado en sus actuaciones.

Cuando la Ley se refiere al beneficio de excusión no trata este supuesto. Hay que pensar por ello, que el fiador estará obligado a pagar los gastos en virtud de lo que dispone el artículo 1.827-2º.

Además de este precepto, también hay que tener en cuenta el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece el principio general del vencimiento, en virtud del cual, el que pierda el proceso, estará obligado a pagar la totalidad de las costas procesales y si se admitieran sólo unas pretensiones y rechazaran otras, se repartirá la cuantía de las costas y si hubiera gastos comunes, se dividirán por mitad.

La opinión mayoritaria es que el fiador no deberá adelantar los gastos que lleva consigo la excusión de esos bienes. Precisamente, los antecedentes inmediatos de los artículos en examen (96) exigían, entre las condiciones de validez para la interposición del beneficio que el fiador adelantara la cantidad necesaria para cubrir esos gastos. Al suprimir el Código Civil toda referencia expresa a la cuestión, hay que interpretar que no gravan al fiador previamente; es decir, que no ha de anticiparlos (97).

4. GARANTÍA O CAUCIÓN DE AFIANZAMIENTO Y ASEGURAMIENTO DE FIANZA:
CRITERIOS DELIMITATIVOS.

Aunque queda al margen de nuestra disciplina, no podemos dejar de acercarnos a analizar la naturaleza de las pólizas suscritas por los Bancos en las que figura un compromiso por parte de este último, en los casos en que se constituya fiador, o por parte de los particulares, cuando éstos afiancen a un tercero. La doctrina, principalmente italiana, ha discutido si estamos en presencia de una auténtica relación de fianza o ante un contrato que asegure al acreedor, que no sufrirá menoscabo su débito ante el posible riesgo de que el deudor decaiga en insolvencia.

Este planteamiento introduce un elemento fundamental en el campo asegurativo; por tanto, el límite entre actividad aseguratoria o mera función de garantía de un crédito frente al acreedor, lo fijará el análisis de la existencia de riesgo.

La práctica totalidad de la doctrina, que pasamos a contemplar, desecha, tras un pormenorizado estudio de la teoría del riesgo, que garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación constituya un contrato de seguro. A ello hay que añadir el carácter accesorio del afianzamiento, que no por tener carácter solidario pierde dicha cualidad (98), porque no hay que confundir la constitución de una obligación, cuya causa es afianzar el buen resultado de la obligación principal, quedando postergada la forma concreta de constitución de dicha relación -donde habría que analizar el carácter mancomunado o solidario de la obligación; si hay pluralidad o subsidiariedad de la misma, si la relación se constituyó entre fiador-acreedor o fiador-deudor (99), con aquellas otras que se estipulan como obligación

de carácter principal, a fin de resguardar el posible perjuicio o daño que se le puede ocasionar al acreedor por el hecho del incumplimiento.

Tenemos ya establecido que en todo caso se trata de una obligación de carácter accesorio con función, según los casos, subsidiaria o semejante a la principal (100), cuya finalidad será garantizar un crédito, ya nacido o del que al menos existen expectativas para que aparezca.

El segundo paso será averiguar si garantizar es equivalente a cubrir un riesgo. Esta diferencia será la que marcará el límite fronterizo entre póliza de afianzamiento de naturaleza fideiussoria o aseguradora.

Riesgo, según una concepción actual, podría considerarse como "posibilidad de que se produzca un evento o suceso que genere un daño o necesidad" (101). Analicemos detenidamente esta definición. Efectivamente existe una probabilidad, no la certeza de que vaya a producirse un incumplimiento por parte del obligado principal; en segundo lugar, no se genera un daño. Entendemos que el perjuicio patrimonial de posible sufrimiento es perfectamente previsible desde el momento mismo en que se constituye la obligación; esto es, la formación del vínculo obligacional entre acreedor-deudor conlleva siempre, inherente al mismo, la previsión de que ambas partes cumplan su obligación, pero cabe también que se incumpla, por lo que el propio ordenamiento prevé los mecanismos de actuación correspondientes.

Unos casos serán meramente provisorios, como sucede al recurrir a las garantías, tanto personales como reales; en otros se proveerán las correspondientes acciones para el que haya sufrido perjuicio por el incumplimiento.

Acciones que varían, desde la siempre concedida acción de daños y perjuicios, enriquecimiento injusto... a las meramente protectoras de los acreedores, como la de subrogación, hoy en día, con una función en el Código más testifical que dadora de resultados prácticos útiles y rápidos, pasando por la rescisoria o pauliana...

Un segundo elemento es el carácter gratuito del contrato de seguros, entendiendo como cita Garrigues (102) "todo lo que no depende de la intención o de la voluntad de la persona amenazada por el hecho previsto como posible". Evidentemente el cumplimiento por parte del deudor escapa del ámbito de la voluntad. Cumplir la obligación asumida entra en la esfera contractual de las obligaciones. Incumplimiento, por tanto, no significaría que se ha producido el riesgo asegurado y que correspondería cubrir, sino paso previo para la acción de reclamación por incumplimiento derivada del contrato surgido de la obligación principal.

Por último, cabe señalar que la importancia del riesgo no está tanto en fijar o determinar el riesgo asegurado como cuantificar económicamente el interés asegurable de dicho bien, porque la importancia, en resumidas cuentas, para el contrato de seguro es fijar un valor indemnizatorio que intente compensar el daño causado; con lo que al hablar de daños claramente nos estamos refiriendo a un tipo específico de seguros y en consecuencia, rechazando los seguros de personas.

Esta clasificación plantea, a su vez, el dilema de si el afian

zamiento podría encuadrarse en los seguros de daños (103). Entendemos que no, que el concepto de daño está unido de manera inexorable al riesgo e interés asegurado, no pudiendo compararse con éste por no reunir exactamente las mismas características.

De otro lado, se encuentra la obligación por parte del asegurado de pagar una prima, aspecto que no tiene por qué darse necesariamente en la fianza.

En el contrato de seguro se paga una prima simplemente por el hecho de prestar una cobertura económica a un determinado riesgo. En la fianza puede ocurrir, por el contrario, que un tercero suscriba una póliza de afianzamiento a título meramente gratuito como salvaguardia de unos derechos del acreedor.

Cuestión distinta será, puesto que la expuesta sería el paso previo, que, después de pagar por el deudor, ejercite las acciones correspondientes para resarcirse del desembolso patrimonial realizado.

Conclusiones de todo lo expuesto son las siguientes: El riesgo que soporta el acreedor es inherente a la obligación asumida: entra, en consecuencia, a formar parte de una de las obligaciones que debe soportar el acreedor, como es la falta de certeza de que el deudor cumpla la parte de su obligación.

Por otra parte, tampoco es cuantificable como podría serlo cualquier daño o perjuicio, al revés de lo que sucede en los contratos de seguros.

Cuando el deudor incumple el compromiso asumido, el ordenamiento jurídico no pretende como finalidad primaria resarcir al acreedor del perjuicio sufrido por el incumplimiento. Se trata, en primer lugar, de recuperar el débito expuesto por el

acreedor, como si no hubiera estado en poder del deudor; esto es, el débito cuantificable económicamente, no debe haber sufrido menoscabo por haber estado en manos del deudor; por ello, el incumplimiento conlleva, además de la devolución de la cantidad, los intereses que se hubieran podido ocasionar, contados a partir de la fecha en que éste incurrió en mora. Cómputo distinto, al que acabamos de exponer, sería penar económicamente al acreedor por el incumplimiento del deudor; a lo dicho habría, además, que añadir los gastos que se puedan originar por diversos motivos, tanto judiciales, como mediante los requerimientos notariales... a lo que en último extremo hay que añadir la acción de reclamación de daños y perjuicios por si se hubiera producido alguno en el interín del incumplimiento. Esta afirmación significa que el mismo Código reconoce el daño pero relegándolo a una posición extrema; es posible que se produzca, pero no necesariamente en todos los casos, lo que imposibilita que pueda elevarse a categoría o elemento característico de la obligación; rechazamos, en consecuencia, que el daño que pueda producir al acreedor el incumplimiento sea semejante al que se estima en el contrato de seguro.

Dos problemas quedan por tratar. El primero de ellos se refiere a las excepciones oponibles por el fiador o asegurador (104).

Si bien la Ley permite que se subroque (105) el asegurador en los derechos y acciones del asegurado, de la misma forma que establece un derecho de regreso (106) para este último, no le faculta para que pueda oponer, antes o después del pago, las excepciones correspondientes al deudor. Evidentemente, la justificación es clara y la solución enlazaría con nuestro último problema. El cumplimiento de la obligación por parte del

asegurador no comportaría, de tratarse de un contrato de seguro, la extinción del vínculo obligacional originario, sino que únicamente la cantidad desembolsada correspondería a una indemnización por el daño ocasionado por el incumplimiento, mientras que el vínculo de fianza implica la extinción del nexo obligacional del deudor por el hecho del pago, en virtud de que el fiador previamente ha manifestado y constituido el compromiso de cumplir con el acreedor, caso de no hacerlo el fiador.

5. ACTUACIÓN DEL FIADOR EN LA FIANZA SIMPLE.

5.1. Requerimiento de pago al fiador.

El Código civil no regula, en la normativa dedicada a la fianza, los trámites y formalidades que debe seguir el acreedor para exigir al fiador que responda por la obligación, una vez haya incumplido el deudor principal. Más bien al contrario, la única conclusión a que puede llegar, es que el fiador, antes de pagar, debe notificarlo al deudor.

La razón estriba en que el Código civil intenta impedir que pueda llegar a producirse una repetición del pago, motivo por el cual, se exige el previo conocimiento del deudor, con lo que se desvela la ignorancia del obligado principal en los supuestos en que se halle en estado de desconocimiento, puesto que la fianza puede constituirse contando con el beneplácito del obligado principal, con su desconocimiento o incluso con su desaprobación.

La falta de notificación es, sin duda alguna, perjudicial para el fiador que verá transformadas sus expectativas después del desembolso patrimonial.

Esta actuación acarrea repercusiones jurídicas graves: De poder contar con dos acciones, la de subrogación y regreso, se verá desprovisto de las que en su cualidad de fiador debieran corresponderles. Por el contrario, se le concederá una acción, no para ejercitar frente al deudor, sino frente al acreedor, por haber recibido dos veces el mismo pago, siendo consiguientemente, uno de ellos indebido. Así pues, la falta de notificación, por parte del fiador al deudor, será una de las excepciones con que cuenta este último para conferirle a su pago plenos efectos solutorios frente al realizado por el fiador.

Evidentemente, la notificación, aunque no lo diga el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento, debe efectuarse en un momento concreto, que debemos entender que se originará a partir de que el deudor principal incumpla la obligación.

Una vez el comprometido a título principal no haya atendido la obligación, debe notificarse y requerirse de pago al fiador para que cumpla aquéllo a lo que se comprometió; ahora bien, no hay que distinguir entre notificación o requerimiento de pago, como dice el artículo 1.834 del Código Civil, dejando siempre a salvo el beneficio de excusión, que entraña la ventaja de agilizar en un solo trámite procesal toda la actuación del acreedor contra sus deudores, ya que el beneficio de excusión permanecerá inmutable puesto que siempre se podrá interponer mediante reconvención (107). Por otra parte, habrá que estar a la especificidad de cada procedimiento para su ejecución.

Como el Código civil no se pronuncia al respecto, cabe pensar que el comportamiento adecuado será guiarse por los medios normales o previstos en el Código civil para el pago. En éste, sólo se menciona un artículo sobre la exigibilidad de las obligaciones. El artículo 1.090 dice: "sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales y se regirán por los preceptos de la Ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro".

Remisión, por tanto, a lo dispuesto en cada relación obligacional como principio general y en su defecto, la normativa del Código civil. Al ser ésta inexistente pasamos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta sólo regula en su artículo 63-3º la competencia, correspondiéndole al Juez que estuviere conociendo la obligación principal.

Antes de la reforma de la Ley cambiaria podría pensarse si el aval constituía un afianzamiento. En la actualidad, la Ley cambiaria y del cheque L. 19/1985, de 16 de julio, es clarificadora a este respecto. Establece que todo aval que no conste en la letra de cambio o en su suplemento, no produce efectos cambiarios. Consecuencia de ello es que está atribuyendo al aval en documento separado el valor de afianzamiento del crédito de un tercero, concediéndole las acciones derivadas del mismo. El aval así constituido no tiene concretada su naturaleza civil o mercantil, pues como recientemente dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1981, el carácter mercantil no viene atribuido por el contenido de la obligación principal, sino porque expresamente se haya pactado (108). Por tanto, excluido que pueda producir efectos cambiarios a tenor del propio artículo 36 de la Ley cambiaria y del cheque, hay que pasar a analizar si constituye un afianzamiento civil o mercantil (109).

Si fuere civil quedaría establecido, al menos, el lugar del pago. El artículo 1.171 determina que será el que estuviere designado en la obligación. Si no se hubiere expresado el lugar donde se constituyó, se establece con valor supletorio un principio genérico: "... En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor".

Para ser mercantil, basta que el afianzamiento tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil. De lo que se desprende que todo afianzamiento de una entidad bancaria o de naturaleza mercantil, en general, será, por propia disposición del artículo 439 del Código de Comercio, afianzamiento mercantil con las peculiaridades que a continua-

ción reseñamos respecto del civil:

- Exigencia de constitución por escrito igual que el civil.
- Carácter gratuito, como principio, con la permisión de establecer pacto en contrario, según la autonomía de los particulares.

El carácter gratuito quiebra en los contratos por tiempo indefinido, en los que hay que pactar una retribución al fiador, estableciendo como criterios de extinción, a diferencia del civil, los siguientes:

- Subsistencia de la fianza hasta que se cancelen las obligaciones que nazcan de la obligación principal, siempre con una salvedad: La manifestación de la autonomía de la voluntad de los particulares reflejada en pactos.
- En el afianzamiento mercantil hay obligación de notificar el saldo deudor, porque así lo dispone el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su último párrafo, antes de proceder contra el fiador.

Sin embargo, en las pólizas, que en la actualidad suscriben los Bancos, hay una cláusula que contiene una renuncia expresa que exime al Banco de la obligación de notificar, dando por bueno a efectos de cumplimentar el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el contenido de los libros registros.

Concluyendo esta exposición, pensamos que al no dar la Ley de Enjuiciamiento Civil, ninguna respuesta, la solución más acertada será aquélla que establezca analogías con el aval en documento separado. A este respecto, un procedimiento que pudiéramos considerar de práctica usual dentro del tráfico es la

intervención de las pólizas originales de los contratos mercantiles firmadas por las partes, por un Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio, que acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de sus libros-registros y la fecha de éstos. El inconveniente de dicha intervención es que, si bien faculta para instar un procedimiento más ágil y rápido, como es el ejecutivo, los altos costes hacen que en la actualidad esté decreciendo la mediación de los Agentes o Corredores de Comercio, sin contar con el inconveniente de que la notificación debe hacerse de manera personal, por lo que, en casos de ausencia del obligado, o en su caso del fiador, justifica que se utilice más en el tráfico, acudir al requerimiento notarial, que permite que, caso de ausencia del obligado, pueda el Notario dejar constancia del requerimiento a cualquier persona allegada o vecino, con lo que la obligación de requerir de pago y notificar las actuaciones subsiguientes se habrán cumplido y el acreedor se verá libre para iniciar los trámites legales correspondientes, que además, permitirá cumplimentar el requisito del artículo 1.435 último párrafo, que exige acreditar que se ha notificado previamente el saldo deudor (110).

5.2. COMPORTAMIENTO DEL FIADOR.

5.2.1. Excepciones oponibles antes del pago.

5.2.1.1. Por el deudor.

5.2.1.2. Por el fiador.

5.2.1.1. Por el deudor.

Ante todo, el obligado de efectuar el pago es el deudor. No obstante, puede suceder que el fiador, intentando prevenir la insolvencia del deudor o unos mejores resultados si realiza el pago antes del vencimiento, decida anticiparse. Este

supuesto, en ocasiones, podrá perjudicar al deudor, obligado y responsable siempre, porque se dispusiera a pagar o cualesquiera otra razón... en base a las disposiciones del Código civil sobre la fianza, que preceptúa que, "en todo caso, el fiador estará obligado a notificar el pago a su deudor".

Confiado en esta creencia, el deudor puede orientar su comportamiento en actuaciones diversas, según las circunstancias que le rodearen.

Centrándonos en el Código civil, tres son los artículos que regulan el comportamiento anticipado del fiador: Los artículos 1.840, 1.841 y 1.842. En ellos se procura remediar la actividad efectuada a destiempo por el fiador, que haya repercutido en el deudor.

Se pretende, fundamentalmente, paliar dos situaciones: El pago anticipado que pudiese perjudicar al deudor al impedirle la alegación de alguna excepción que, quizás, le habría permitido zafarse de dicho pago por excesivo, injustificado, fuera de derecho..., y en segundo lugar, que se produzca un doble pago.

El primer requisito exigible por el artículo 1.840 es que todo pago realizado por el fiador se notifique previamente al deudor.

La notificación no requiere ningún medio especial; por tanto, cabe pensar que será válida cualquier forma, siempre que se ponga en conocimiento del deudor la intención de pagar.

En segundo lugar, se transfieren al fiador las excepciones oponibles del deudor respecto al acreedor. Esta traslación es lógica puesto que se está previendo una solución para las si-

tuaciones en que el deudor se encuentre realmente imposibilitado de pagar por reunir alguna causa suficiente.

Las funciones, por tanto, entre acreedor y fiador se han mutado: El deudor sigue manteniendo su posición, pero no respecto de la persona del acreedor sino del fiador.

Veamos a continuación cuáles son las excepciones que puede oponer el deudor para no realizar el pago.

Distingue Miccio entre excepciones oponibles *in rem* de las *in personam*, entendiéndolo, junto con toda la doctrina y fuentes legales, que únicamente son oponibles las primeras, en cuanto son el resultado de vicios de la relación estipulada. Interesa destacar que esta limitación no se aplica a las excepciones que puedan interponerse después de la subrogación (111). Pensemos en el artículo 1.852, que exige un deber de diligencia al acreedor para proteger el derecho a subrogarse del fiador, hasta tal extremo, que caso de que este último, por algún acto dañoso del acreedor, no pudiera subrogarse, sancionaría principalmente al sujeto activo de la relación reiterándole dicho beneficio, por ser precisamente a éste a quien se garantiza el crédito.

También emplea De Page (112) la misma terminología. Como bien dice este autor, la excepción no se centra sólo en la extinción de la obligación principal, sino en todos los acontecimientos que afectan jurídicamente al nacimiento o finalidad de esta obligación: Nulidades, transacciones...

Las excepciones se extienden a todo aquello que afecte a la existencia de la obligación principal comprendiendo las nulidades que impiden que se configure la obligación principal; las causas de resolución (que la hacen desaparecer retroactiva-

mente) y los casos de prescripción o caducidad (que en supuestos determinados no permiten al acreedor que prevalezcan sus derechos). También comprende las nulidades parciales, que pueden abarcar todos los supuestos de incapacidades, así como toda causa de disolución del contrato que englobaría la teoría de los riesgos, la condición resolutoria de derecho común... (113).

Cuentan asimismo, los ofrecimientos reales de consignación siempre que el acreedor lo haya aceptado.

El pago con subrogación deja subsistente la fianza puesto que implica el mantenimiento de la deuda respecto del deudor.

La anulación del pago hace renacer la fianza al igual que las restantes garantías.

La dación en pago libera al fiador; lo mismo sucede con la compensación, la remisión de deuda..., por acuerdo, después de quiebra, suspensión de pagos... por confusión, pérdida de la cosa; transacción, prescripción, cosa juzgada, modificación de la obligación principal...

Todo lo dicho quedaría incompleto si no se considerara que la voz "excepción" es un término procesal y que, como tal, está refiriéndose, en palabras de Gómez Orbaneja, a "toda deducción de hechos por el demandado que no sea una mera negativa (directa o indirecta) de los hechos de la demanda", queriendo decir en sentido estricto "derecho de eludir una prestación debida" (114); sin embargo, como prosigue el autor aludido, en contraposición a las excepciones de carácter meramente procesal, nuestro Derecho positivo habla de excepciones dilatorias para designar las excepciones procesales o de forma, mediante las cuales el procesado hace valer causas de inadmisibilidad de la

relación jurídico procesal(115), aunque una terminología que nos parece más adecuada, compartiendo la opinión de Gullón Ballesteros (116) es la de García Goyena, que estima como excepciones inherentes a la deuda "toda defensa que haría caer la obligación, tales como las del dolo, violencia, pago ya hecho, cosa juzgada y de las demás de esta especie" (117).

En el mismo sentido que Gómez Orbaneja, define Larenz (118) la excepción como derechos a negar la prestación que corresponde al deudor principal, citando como ejemplo la excepción de prescripción; la basada en el derecho de retención, la del afianzamiento o prórroga (posteriormente concedida).

El fiador, prosigue el autor, no necesita esperar que el deudor principal ejercite tales excepciones, puede oponerlas frente a su obligación derivada de la fianza, aunque el deudor principal haya renunciado a ejercitarlas.

Incorpora una importante matización diferenciando los derechos de configuración o modificación de aquellos cuya ejercicio puede quedar reducido, extinguido o liquidada su obligación en forma distinta que por su cumplimiento. Estos derechos, que se constatan en nuestro Derecho en el artículo 1.843 son personalísimos, lo que origina que el fiador no pueda ejercitarlos en lugar del deudor principal.

El derecho alemán en su parágrafo 770-1º permite un único caso en que la Ley concede al fiador el derecho de impugnación perteneciente al deudor principal, en tanto este derecho consista en una excepción dilatoria, sucediendo lo mismo cuando el acreedor pueda ser satisfecho por compensación de un crédito que contra él tenga el deudor principal (parágrafo 770-II).

Se utiliza la aplicación analógica para el caso de que el

deudor principal pueda alegar la compensación; así como cuando le compita el derecho de exigir reducción del precio.

El acreedor podrá oponer todas las excepciones menos las de incapacidad del deudor (119).

También podrá oponer la nulidad de la obligación principal por falta, validez o erroneidad en la causa o por vicio del consentimiento; de la misma manera que podrá valerse de la compensación ante acreedor principal y deudor; de las acciones de nulidad o rescisión de la obligación principal, como ya se dijo anteriormente, de la prescripción o cualquier otra causa que hubiera extinguido la obligación principal o la fianza (120).

Al igual que en los derechos de influencia continental, el fiador, derivado de la relación de dependencia frente a la reclamación del acreedor, puede defenderse de la misma forma que el deudor, alegando las excepciones de este último (parágrafo 768).

Podrá, por ejemplo, aducir que la deuda principal ha prescrito; que debía pagarse en el único supuesto de que el acreedor llevase a efecto una prestación a que se hubiere obligado; que el deudor se la hubiera concedido un aplazamiento para el vencimiento de su prestación...

La renuncia de las excepciones no perjudica en modo alguno los derechos del fiador.

El derecho del deudor principal a extinguir el crédito del acreedor mediante impugnación del mismo o por compensación con otro crédito que ostente frente al acreedor es un derecho que no puede ser ejercido por el fiador, pero que sin embargo, le da la facultad de negar al acreedor la satisfacción de su crédito en tanto subsista semejante derecho a favor del deudor principal.

El fiador no puede ejercitar la excepción de compensación, ni aún en el caso de que sobre la validez del crédito con el que se trata de compensar hubiere recaído sentencia firme, en juicio seguido entre acreedor y deudor principal, puesto que el juicio no puede tener valor alguno de cosa juzgada en relación con el fiador (121). Junto a estas excepciones, que son las que la Ley concede al fiador, puede ejercitar, también contra el acreedor, aquéllas que se deriven de la relación jurídica establecida entre el acreedor y él; por consiguiente, puede alegar que la acción del acreedor ha prescrito, aunque la prescripción se hubiere interrumpido en relación con el deudor principal; puede también compensar el crédito con otro que a él le corresponda contra el acreedor, que determina, como consecuencia, no la extinción del crédito en beneficio del deudor, sino la subrogación del fiador en dicho crédito contra el deudor principal (122).

Por último, la Ley concede al fiador otra excepción dilatoria característica del derecho de fianza: El fiador no está obligado a pagar al acreedor mientras éste no haya intentado obtener la satisfacción de su crédito por ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor y dicho intento haya resultado infructuoso.

Las excepciones que hemos expuesto hasta el momento quedan englobadas en la caracterización que de las mismas hace la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ateniéndonos a lo indicado en esta Ley, tendremos que diferenciar entre excepciones dilatorias y perentorias. Analicemos seguidamente las primeras.

Según el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo son admisibles como excepciones dilatorias las siguientes:

1º. Falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional.

Esta excepción no presenta ninguna dificultad. Cuando ha-

ya un conflicto de competencias o esté entendiendo el asunto un juez incompetente, el deudor podrá oponer en el declarativo que se esté instando la correspondiente excepción por incompetencia.

29. Falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o representación por el que se reclama.

Esta excepción se refiere a las causas de falta de capacidad o incapacidad por parte del que incoa el procedimiento.

39. Falta de personalidad en el Procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder.

Nada resta por añadir a esta cláusula por ser suficientemente expresiva.

49. Falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda.

Además de los supuestos de falta de capacidad, cabrá también, y éste es el supuesto que nos importa destacar, la inclusión en este apartado de todos aquellos supuestos en que el demandado no resulte tal ante el derecho.

En este apartado cabría englobar, en primer lugar, aquéllos en que el deudor hubiera ya pagado en virtud de la obligación asumida respecto al acreedor. En segundo lugar, y en general, por todos aquellos medios, que además de extinguir el pago, pueden incidir en algún supuesto de incapacidad o falta de legitimación procesal.

Los supuestos que extinguen la relación obligatoria son los siguientes (123).

- Por el pago o cumplimiento.
- Por la pérdida de la cosa debida.
- Por la condonación de la deuda.
- Por la confusión de los derechos entre acreedor y deudor.
- Por la compensación.
- Por la novación.

Estos supuestos se regirán por la normativa específica de cada uno de ellos.

5º. La *litis pendencia* en el mismo o en otro Juzgado o Tribunal competente.

6º. Defecto legal en el modo de proponer la demanda.

El defecto legal, dice el último inciso del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que existe cuando no reúna los requisitos del artículo 524.

7º. La falta de reclamación previa en la vía gubernativa cuando así lo exijan las Leyes.

Este supuesto no se contemplará en los procedimientos en que pueda verse inmersa una relación de cantidad, derivada de un vínculo de fianza.

A estas excepciones habría que añadir la del artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es la excepción de cosa juzgada. Para agilizar los procedimientos se permite decidir sobre la cuestión por el trámite de los incidentes.

¿Cuáles serán las excepciones que se pueden oponer si en

lugar de un proceso declarativo nos encontramos con la existencia de un póliza de afianzamiento mercantil, que lógicamente cabe pensar que incluye el aval en documento separado o si se encuentra intervenida por Agente Corredor de Comercio? (124).

Tanto en el juicio ejecutivo como en el del artículo 141, que regula el juicio sumarial de la Ley Hipotecaria, son aplicables las mismas excepciones que para los juicios declarativos.

El artículo 131 de la Ley Hipotecaria será aplicable en aquellos supuestos en que exista una hipoteca. ¿Cuándo puede existir? Podrá darse cuando acreedor o deudor hayan estipulado varias garantías a favor del primero y ejecute la hipoteca; cubrirá todos aquellos supuestos en que el fiador ejecute la hipoteca para cobrarse lo debido, utilizando la acción de subrogación.

La interposición de la excepción motivará la paralización del litigio principal hasta que se resuelva si ha lugar la excepción.

Si no progresa la interposición de la excepción, seguirá el procedimiento, cuyo resultado normalmente será la condena al deudor por el pago debido al fiador (125).

Centrándonos en el artículo 1.840 del Código civil, no se podrán oponer todas las excepciones por parte del deudor, pero sí puede afirmarse, con carácter general, que las excepciones, que opongán, deberán, en todo caso, encontrarse entre las que hemos expuesto (126).

La finalidad real del precepto es recomponer la situación para retrotraernos a un momento anterior al pago del fiador,

siendo que en dicha fase, el deudor se encontraba en una situación que no era claramente deudora, puesto que su incumplimiento se encontraba amparado en algún hecho que en el momento procesal oportuno podría aportar para no pagar al acreedor.

Supuesto distinto de las excepciones es el artículo 1.841. En él no se trata de menoscabar las defensas procesales del deudor frente al acreedor, sino de dar un tratamiento jurídico al momento del pago.

El pago efectuarse en el momento que previamente se pactó. Anticiparlo puede implicar perjuicio al deudor, que podría tener ciertas previsiones... que se hubiera comprometido en alguna operación mercantil que le impida ser solvente antes del día del vencimiento, o simplemente, que tenga la cantidad adeudada comprometida en cualquier operación mercantil que le produzca un tipo de interés... cuyo adelanto puede implicar un perjuicio económico para el deudor. Todo ello fundamenta que el artículo 1.841 del Código Civil no adelante ni retrase el momento del vencimiento; únicamente lo detrae al día en que así se dispuso; esta alegación se traduce en que el fiador no pueda anticipar el pago, con evidente ánimo de beneficiarse de dicho adelanto... Por tanto, el pago del débito no se considera, ni antes ni después del término legal; se estimará en el momento oportuno, previamente pactado.

Dicho artículo permite establecer cuándo será exigible el pago por parte del deudor. Como a éste no se le tiene en cuenta que anticipe el pago, cuando venza el plazo la deuda se convertirá en exigible respecto del fiador.

- Por último, el Código Civil intenta evitar la repetición del pago, para lo que establece en el art. 1.842 unas condiciones con carácter sancionador para el fiador(127) . Así, el fiador tiene la obligación de notificar que va a efectuar el pago al deudor; si éste, ignorándolo, pagare al acreedor, se reputará ineficaz el pago del fiador, al contrario de lo que sucederá con el del deudor, que extinguirá la relación obligatoria y consiguientemente, la relación subsidiaria que es la fianza. Se traslada, además, la responsabilidad al acreedor, al que se le imputa haber cobrado indebidamente una vez(128), por lo que el fiador, para recuperar lo pagado, se verá obligado a proceder judicialmente contra el acreedor y no contra el deudor, quien pagó bien, estando legitimado para ello en base a la obligación asumida.

5.2.1.2. Excepciones por parte del fiador.

Se cifran en tres artículos dentro de la regulación de la fianza. Son los artículos 1.843, 1.851 y 1.852, partiendo de los presupuestos del artículo 1.853 (129). En efecto, el artículo 1.843 establece un criterio de aplicación general: El fiador podrá oponer todas las excepciones de que disponía contra el acreedor, con dos condiciones: las inherentes a la deuda y no ser de carácter meramente personal del deudor, pudiéndose refundir, al menos, en dos grupos fundamentales. Uno relativo a la causa del contrato, que debe ser lícita y no contraria a normas imperativas, a las buenas costumbres, ni al orden público y las referentes al objeto de la convención, que deben ser posibles, lícitas y determinadas (130).

Este último inciso deja únicamente a disposición del deudor las excepciones que pueda emplear todo interesado en la obligación, mas no las de carácter personalísimo. No obstante, una

vez dicho esto, hay que tener en cuenta que la fianza puede recaer sobre una obligación cuya nulidad puede ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la menor edad (131).

En coherencia con este artículo, hay que pensar que cuando el Código Civil menciona al obligado, está aludiendo al carácter principal; en consecuencia, hay que concluir que constituirá una obligación válida, a no ser que el deudor oponga la excepción de menor edad, caso en el cual desaparecerá automáticamente la fianza por inexistencia de la obligación principal. Si el deudor principal no opusiere dicha excepción, la obligación tendría que considerarse perfectamente válida.

Normalmente, la relación de fianza cuya finalidad es garantizar, sólo podrá operar una vez incumplida la deuda por el obligado principal. La raíz de este artículo se encuentra en que, al igual que la fianza nace a fin de garantizar la obligación crediticia, también la Ley intenta conferir las mayores seguridades a aquél que se constituye en fiador; por ello, nace el artículo 1.843, para relevar de la fianza cuando la situación se haya convertido en perjudicial para el fiador. Estos supuestos se expresan a continuación:

Artículo 1.843: "El fiador, aún antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal.

- 1º. Cuando se ve demandado judicialmente para el pago.
- 2º. En caso de quiebra, concurso o insolvencia.
- 3º. Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y este plazo ha vencido.

- 4º. Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que deba satisfacerse.
- 5º. Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años.

En todos estos casos, la acción del fiador tiende a obtener relevancia de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor".

Dos acciones más podrá oponer el fiador antes del pago. Son las derivadas del artículo 1.847, siempre que se haya extinguido la obligación del deudor por las mismas causas que las demás obligaciones, si se hiciera simultáneamente.

También por la dación en pago hecha del deudor hacia el acreedor, con aceptación voluntaria por éste, de algún inmueble o cualesquiera efectos en pago de la deuda, teniendo el efecto de liberar al fiador.

Es, asimismo, motivo de extinción la concesión de prórroga al deudor por voluntad del acreedor sin contar con el consentimiento del fiador. Si este último no acepta por haber variado las condiciones objetivas del contrato, se entiende que tiene facultad para denegar la prosecución del aseguramiento.

Por último, nos encontramos con el artículo 1.852, que permite la subsistencia o no de la fianza dependiente del poder de diligencia del acreedor. Como dice Delgado (132) es la puerta de la fianza. Cuando no haya posibilidad de subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor, los fiadores, cualesquiera que sea su clase, quedarán también

libres; si invirtiéramos la oración, se podría traducir en que no hay posibilidad de subsistencia de la fianza si no hay subrogación en los derechos y deberes del acreedor (133), en consecuencia, la fianza dependerá de la posibilidad de existencia, en cada circunstancia, del beneficio de subrogación, lo que exige una actividad activa por parte del acreedor.

Como observa Puig Brutau (134), las causas tercera y quinta tienen un carácter distinto de las demás. Extinguen la fianza con independencia de la exigibilidad de la obligación principal y solvencia del deudor. Por otra parte, el conjunto de acciones es poco homogéneo. Reúne en un mismo cuerpo el requerimiento judicial de pago al fiador, la situación de que el deudor haya incurrido en quiebra, concurso o insolvencia, con la posibilidad de que el plazo de la obligación que se garantiza haya vencido (135).

El artículo 1.852 ha sido analizado con mayor detenimiento en otros ordenamientos jurídicos, partiendo de un concepto de afianzamiento en sentido genérico, que recoge el afianzamiento mercantil y el aval en documento separado. Este último, después de la reciente reforma de la Ley cambiaria, deslinda perfectamente la naturaleza del aval incorporado a la letra de cambio, en contraposición, al aval en documento separado que, como ya hemos esbozado anteriormente, se trata de una forma más de afianzamiento.

5.2.1.2.1. Fundamentándose en ello, se estudia el artículo 1.852, haciendo hincapié en las repercusiones prácticas que puede conllevar una conducta negligente o dolosa del acreedor respecto al fiador. De esta forma, se parte de la premisa esencial de que la subrogación tiene interés, en tanto en cuanto las garantías derivadas del crédito existan en el

momento del pago pueda temer que el acreedor con su comportamiento las ponga en peligro. También se parte de la premisa de que la concesión de la subrogación al fiador, que paga, se completa con una sanción al acreedor, al que, en cierta medida, se hace responsable de la subsistencia de las garantías.

Algún autor justifica esta imposición al acreedor apoyándose en la concepción clásica de la fianza como una institución propia de la beneficencia o derivada de la amistad, caracterizada fundamentalmente por la falta de asistencia y protección al fiador. Como remedio paliativo de dicha situación, el legislador concede al fiador esta medida protectora de su derecho de subrogación (136).

Otros autores, en un intento de profundizar más en el espíritu de dicho artículo, entienden que surge de la estructura misma de la fianza. Frag li considera que el beneficio de subrogación es parte integrante de la obligación de fianza. Alterar esta relación supondría modificar el equilibrio creado en la estructura de la misma, puesto que se alterarían las expectativas de recobrar lo aportado por el fiador (137) concluyendo con que el perjuicio de este último, sólo se compensa con la extinción de la fianza.

Como certeramente apunta Guilarte(138) el artículo 1.852 plantea el análisis de las siguientes cuestiones:

- a) Determinación de hechos o actos del acreedor que por su entidad pueden provocar la extinción de la garantía.
- b) Derechos y garantías del acreedor que deben ser conservados.
- c) Relación de causalidad entre la conducta del acreedor, imposibilidad de subrogación del fiador y necesidad de existencia de consecuencias perjudiciales para éste.

Mientras que autores, sobre todo franceses, delimitaron la subrogación sobre la noción de inejecución de una obligación contractual o en el concepto de falta o culpa cuasi-delictual del acreedor, otros vieron, también en Francia, una aplicación de su artículo 1.184 del Código civil, donde es posible que una parte pida el aplazamiento de la ejecución de su obligación, si el otro no ejecuta la suya (139); en base a esta teoría, que abunda en la causa de la fianza, cierto sector jurisprudencial francés rechazó la inoponibilidad ante el fiador del pago de la deuda, siempre que las garantías se hubieran constituido con posterioridad al compromiso de fianza (140) para otros, por el contrario, el fundamento de la subrogación residía en los principios de la responsabilidad civil. De esta manera, justificaban que el acreedor, impidiendo el derecho a subrogarse, estaba cometiendo una falta de carácter cuasi-delictual, lo que tiene la ventaja de permitir una discriminación racional de los actos del acreedor, que por su naturaleza puedan incidir en perjuicio para el acreedor. Por el contrario, se le objeta que, aunque lo admitiera un numeroso sector de autores y la Jurisprudencia antigua, no toman en consideración el carácter contractual de la fianza (141). Por último, hay autores franceses que ven en su artículo 2.037, correlativo de nuestro artículo 1.852 del Código civil, una aplicación del principio general de buena fe de las cláusulas establecidas en el artículo 1.134 del Código civil francés (142). Razonan, en base a este artículo, que todo contrato exige un espíritu de colaboración que impone a cada una de las partes abstenerse de aquéllo que convirtiera a la otra parte deudora, más gravosa la ejecución que para él mismo.

Es por otra razón, por lo que se exige al acreedor no realizar aquel comportamiento que entrañe agravación de las obligaciones consentidas.

En el ámbito del Derecho Comparado se observa una tendencia generalizada dentro de los países suscriptores del Tratado de Roma e incluso en Suiza, de elastizar el alcance del artículo sinónimo de nuestro 1.852. Todos estos países concurren en poner de manifiesto los dos aspectos de la institución: Favor acordado al fiador, en contraposición a la sanción impuesta al acreedor, siempre que se observe el requisito previo, que ocasione, como perjuicio para el fiador, perder el derecho de subrogación (143).

.2.1.1. Ambito de aplicación del artículo comentado.

La misma redacción del artículo 1.852 establece el ámbito de extinción de la fianza: comportamiento del acreedor que imposibilita la subrogación del fiador en los derechos, acciones y privilegios del acreedor.

El tenor del precepto indica los puntos conflictivos que suscitan dudas.

En primer lugar una buena interpretación del artículo requiere precisar qué clase de condiciones debe reunir el obligado perjudicado, lo que se concretaría en la pregunta de si el precepto indicado está haciendo distinguos entre el fiador simple, solidario o cofiador, o si por el contrario está limitando el precepto a los fiadores simples.

Nos encontramos con que la ubicación del artículo 1.839, en la sección segunda, del capítulo II que trata de "los efectos de la fianza" y la sección en concreto: "de los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador" y una interpretación sistemática, se llegaría a la conclusión de que está, única y exclusivamente, refiriéndose al fiador simple, definido en el artículo 1.822; por consiguiente, deja ina-

plicable este artículo para el fiador solidario, lo que conduce a la remisión, porque así lo dispone el artículo 1.822-2º, a la sección IV, capítulo 3º, título 1º del Libro IV, concretado en los artículos 1.137 y siguientes. Por otra parte, también hay que referirse a las normas de la cofianza. La solidaridad entre fiadores tendrá que atenerse a lo dispuesto en el artículo 1.844 que concede una acción de reclamación, típica acción de regreso, propia de la solidaridad, para el supuesto de que pague uno de ellos la totalidad del débito.

Estas argumentaciones hacen abocar a la encrucijada de pronunciarnos sobre el carácter del fiador ordinario.

Mientras que hay autores para quienes la fianza solidaria debería considerarse una obligación solidaria sin mayores dilaciones (144); otros, partiendo de la propia naturaleza del vínculo surgido de la fianza no pueden, y con razón, soslayar esta cuestión, para lo que parten de la base de que la fianza constituye un contrato de garantía, cuya principal nota peculiar es el carácter accesorio de la misma, justificándose en que la causa de dicha obligación es el cumplimiento de la principal.

Coherente con esta segunda opinión, tendremos que pensar que los artículos 1.838 y 1.839 son aplicables, tanto a la fianza simple como a la solidaria (145), puesto que ambas tienen como finalidad asegurar al acreedor que la obligación asumida por él, se cumplirá.

En este sentido, otro cierto sector doctrinal se inclina por la opinión de que la protección dedicada a la subrogación es aplicable, tanto al fiador simple como al solidario, pero en modo alguno al codeudor solidario, alegando que estos úl-

timos no pueden asimilarse a los fiadores por quedar obligados de la misma forma que el resto de los deudores (146). Consideran que la fianza solidaria, propia en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1.822-2º no tiene carácter accesorio, por lo que no puede concederse la acción de subrogación propia de la fianza, dejando únicamente las acciones propias de la solidaridad para resarcirse del pago.

Nuestra opinión en este sentido es contraria. El artículo 1.839 es claro al respecto: "El fiador se subroga por el pago en todos...". Luego los requisitos exigidos para cumplir el artículo 1.839 se están cumpliendo:

1º. Persona que realiza el pago: El fiador. Todo aquél que se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste. La delimitación entre la fianza simple y la solidaria ponen de manifiesto la existencia del beneficio de excusión. Beneficio que, en todo caso, será la única razón para afirmar que existe un impedimento que impide que el acreedor pueda proceder contra el deudor, porque es la única excepción que puede interponer el fiador simple diferenciándose del solidario. Y aún así, como reitera la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el beneficio de excusión, no constituye un elemento fundamental de la fianza (147), lo que se ratifica si a ello añadimos que entre las causas de extinción de la fianza, aplicable sin distinción a todas las fianzas, menciona como una de ellas, excluida la judicial y legal, que el artículo 1.852 se pronuncia en un sentido clarificador: "Los fiadores, aunque sean solidarios, quedarán libres de su obligación, siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados...". Artículo que de su dicción literal, cabe pensar está aludiendo expresamente a

todos los fiadores, pues pone el énfasis en el "aunque", lo que induce a pensar que está inclinándose por abarcar, no importa qué categoría de fiadores. Precepto que no se entiende porque el encabezamiento está redactado en plural y no en singular, que nos hubiera permitido concretar con mayor seguridad esta argumentación. Este criterio escogido extraña cuando se compara con las restantes disposiciones que regulan la extinción de la fianza, a no ser que el legislador estuviera añadiendo, con este inciso, el beneficio de subrogación.

De mantenerse esta afirmación, no sería una interpretación nueva sino que podría considerarse encuadrada en la doctrina tradicional de quienes sostuvieron como origen del artículo 2.037 francés, el beneficio de excusión, del que el legislador español tomó el artículo 1.852, a fin de demostrar que se trataba de dos beneficios distintos, con la diferencia de que la subrogación es un beneficio de carácter perentorio (148).

La doctrina española no parece distinguir los sujetos a quienes son aplicables la subrogación. Tanto Mucius Scaevola (149) como Manresa (150) y la práctica totalidad de la doctrina española actual no se detienen en esta motivación, argumentan sobre la coherencia de este artículo respecto al 1.839, que consideran manifestación expresa de declaración de concesión del beneficio de subrogación para todo aquél que en su calidad de fiador pague por el deudor (151).

En destacable opinión de Delgado Echeverría que, junto con Pérez Alvarez (152) son los únicos autores españoles que ponen de manifiesto la importancia del artículo 1.852 como artículo aplicable a la fianza solidaria, llegan a la

conclusión de, que si junto con el 1.839 es aplicable, no hay una remisión exclusiva a la normativa de la solidaridad, sino que queda perfectamente encuadrada en la regulación de la fianza; criterio que además sirve de apoyo a Delgado para afirmar que al acreedor le es imposible desconocer que el fiador solidario no es un garante, por lo que goza de los derechos de reembolso y subrogación que aquél debe respetar en un intento de ahondar en el tema aduciendo que: "Por el portillo aparentemente mínimo del artículo 1.852 se introduce toda la disciplina de la fianza" (153).

Siguiendo el hilo de nuestra exposición, nos atreveríamos a afirmar que la configuración de la subrogación constituye ciertamente una institución importante en esta materia. Institución, por la cual deben pasar todos los preceptos sin discriminación de la clase de fianza que se hubiere constituido. Afirmación ésta que contribuye a poner de relieve todo el valor de la subrogación, que de una cláusula, resultado lógico del principio general del artículo 1.210, pasa a constituir, no un elemento estructural que configure la fianza -pues ésta es precisamente una de las características de la diferenciación de los derechos reales como por ejemplo la hipoteca que viene delimitada en su estructura por la sujeción a unos determinados principios hipotecarios, como son los de prioridad, legalidad, fe pública registral...-, sino un requisito esencial de validez de la fianza.

El criterio expuesto no es unánime en la doctrina. Numerosos autores entienden, en contraposición a la Jurisprudencia, que el codeudor solidario no puede asimilarse a un fiador, puesto que está personalmente interesado, de la misma forma que los restantes deudores (154). Evidentemente, su argumentación se apoya en el carácter accesorio de la fianza, lo que hace que para estos autores sea totalmente inconcilia-

ble compaginar el papel del deudor principal con el del fiador obligado, en idénticas condiciones que el deudor.

Algunos autores intentan encuadrar la fianza dentro del marco de la responsabilidad contractual. Parten de que en el contrato de fianza, una de las obligaciones del acreedor es garantizar con la mayor diligencia posible que los derechos que disfruta, susceptibles de sucesión al fiador, se conserven con la mayor integridad posible (155).

Es a partir de la sentencia fallada por el Tribunal de Montpellier el 5 de enero de 1957 cuando el criterio jurisprudencial francés se inclina en sentido opuesto al seguido hasta la fecha, que entendía con carácter general que al aval, comprendido como un supuesto más de afianza miento, es aplicable la subrogación en las mismas condiciones que la fianza civil.

Como ya se dijo en páginas anteriores, la regulación de la fianza civil y mercantil, salvo las diferencias que ya marcamos, están asimiladas, tanto en su naturaleza como en su funcionamiento.

Un problema posterior es el relacionado con el carácter de la acción de subrogación. Según el tenor del artículo 1.255 del Código civil hay que admitir que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes con tres limitaciones: No ser contrarios a las Leyes, la moral y el orden público.

La duda podría plantearse en la cuestión de si una convención, en contra del principio de subrogación vulnera el principio general del artículo 1.255. El criterio distintivo evidentemente estará en la consideración de los artículos 1.839 y 1.852 como normas de derecho imperativo o dispositivo.

No constituyen normas de *ius cogens*, por lo que hay que pensar que forman parte de las normas de derecho dispositivo (156).

La dicción del artículo 1.839 parece más rotunda que una declaración de principio general, en la que estatuye, que el fiador que paga se subroga.

Remitiéndonos al artículo 1.210, en concreto en su párrafo 3º, encontramos que la norma general establece una presunción de carácter *juris tantum*, por lo que cabe entender, salvo que conste prueba en contrario, que aquél que paga queda subrogado a no ser que de manera fehaciente se haya pactado lo contrario. Esta traslación a planos distintos conlleva a la distinción entre los efectos surgidos de una determinada relación derivada de los elementos que configuran la fianza y el aspecto de la tipicidad de la misma.

La subrogación no constituye un elemento constitutivo del marco donde pueda establecerse la fianza. Aunque nuestro ordenamiento no contemple para las garantías personales supuestos específicos de tipicidad, el marco de la fianza hay que encuadrarlo en el artículo 1.822-1º, siendo la subrogación un efecto que se deriva del vínculo existente entre acreedor y fiador.

No obstante, la norma del artículo 1.852 parece establecer el marco legal en el que quepa hablar de subrogación. Para que haya fianza es exigible al acreedor un deber de diligencia respecto de aquellos derechos o acciones susceptibles de subrogación, si bien principios de lógica jurídica impiden que pueda subsistir el 1.852 habiendo pactado la inaplicación de la subrogación. Si no nace el derecho a subrogar, consiguientemente no nace tampoco la obligación por parte del acreeo

dor de responder de aquellos bienes susceptibles de subrogación.

De darse la renuncia, podrá hacerse en el momento de concertación de la fianza o *a posteriori*.

En el primer caso, que lógicamente será el más frecuente, la renuncia constituye una cláusula más del contrato de afianzamiento (157).

En el segundo, es posible pensar que el fiador renuncia a invocar el beneficio del artículo 2.037 posteriormente al compromiso asumido, bajo la presión del acreedor o incluso del deudor.

a)- Modo de expresión de la renuncia *a posteriori*.- Única condición que se requiere es que la renuncia se haga de modo fehaciente, no dando lugar a equívocos.

b)- Renuncia anticipada.-

Es práctica usual bancaria, donde están redactados previamente los diferentes modelos de pólizas de afianzamiento, siendo difícil en el ejercicio del tráfico, alterar estas cláusulas, lo que podría llevar al convencimiento de creer que estas pólizas constituyen en realidad contratos de adhesión; recogerían la cláusula de renuncia con todas las consecuencias que su comportamiento acarrearía para el deudor fiado (158).

El tratamiento de protección al fiador, respecto a su derecho de subrogación, fue acogido con bastante rigor, hasta tal extremo que los tribunales belgas y suizos han apreciado en un sentido muy amplio la noción de garantía (159). En Alemania, los derechos cuya pérdida entrañan la extinción de la fianza

se limitan estrictamente al fiador solidario, así como a los derechos reales que permiten una acción privilegiada en caso de quiebra del deudor. Mientras tanto, el derecho francés es más permisivo con relación a los hechos que guarden vinculación con el artículo 2.037, aunque, en contraposición el alemán, considera la fecha de constitución de las garantías como esencial (160).

En cuanto al contenido donde se centra el artículo 1.852, al igual que la subrogación, se amplía a todos aquellos derechos, hipotecas y privilegios que ostentare el acreedor una vez efectuado el pago cuyo paso siguiente es la subrogación automática. El propio artículo es terminante al respecto, "el fiador se subroga por el pago en todos los derechos..." porque su enunciado viene a complementarse con el párrafo segundo. De no ser así, es decir, de no subrogarse el fiador en totalidad porque haya pedido una trasacción o un pacto, el artículo 1.839-2º da una norma sobre el comportamiento a seguir: En ningún caso se puede reclamar al deudor más de lo que se haya pagado en realidad.

Concluyendo, la norma del artículo 1.839 y su correspondiente sanción en el artículo 1.852 alcanza a todos los derechos privilegios, hipotecas, acciones... que estuvieron en poder del acreedor en el momento inmediatamente posterior a la realización del pago, porque se entiende que el fiador ha pagado la totalidad del débito. Caso de no ser así, hay una obligación, por parte del fiador, de no resarcirse más allá de lo que haya pagado.

El tratamiento dado en Bélgica (161) y Francia por la Jurisprudencia es restrictivo en el sentido de entender que únicamente pueden concederse al fiador aquellos derechos y acciones que constaban en el momento de constituir la cláusula

la de afianzamiento (16²) al igual que en Italia. Contrariamente, los derechos de la República Federal Alemana y Estado Suizo estiman que la fianza se extingue cuando el acreedor pone en peligro cualquier acción o derecho susceptible de subrogación, sin importar el momento de constitución de la fianza. Únicamente habrá que tomar en consideración el momento del pago, como situación que desencadenará el derecho de subrogación.

El Código holandés también sigue este criterio, existiendo la protección al deudor de las garantías adquiridas posteriormente.

C - Actos del acreedor.

La sanción comprende, tanto los actos positivos como los negativos, entre los que pudiera considerarse la abstención o negligencia. Incluso toda actitud culposa, no intencional, debe tomarse en consideración siempre que tenga una incidencia sobre pérdidas de garantía. Entre estas últimas pueden observarse:

1. Negligencia del acreedor respecto de la conservación de la garantía.

En el Derecho alemán para que al fiador se le exima del compromiso de fianza se precisa que el acreedor haya renunciado a un derecho por aplicación del parágrafo 774 del BGB. Este exige que el acreedor haya renunciado deliberadamente a una garantía; la negligencia o el retraso no se toman en consideración (163).

En Bélgica, Holanda e Italia basta con la negligencia manifiesta del acreedor para exonerar al fiador.

El Derecho suizo es muy protector. En el artículo 503 del Código Suizo de las Obligaciones (párrafos 3-4), si el acreedor rechaza dar información sobre la situación del deu dor, ocultando de mala fe o con negligencia, pruebas graves sobre la existencia de otras garantías de las que es responsable, el fiador queda liberado, pudiendo exigir la restitución de lo pagado más la indemnización por los daños sufridos.

Segundo requisito es que el acreedor haya incurrido en un acto que le sea imputable, no repercutiendo aquellos actos que no haya podido impedir el acreedor, ni aquéllos que impiden la subrogación por imperativo legal.

La imputación del perjuicio será carga del fiador demostrar que se ha producido.

6. ACCIÓN DE SUBROGACIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

El contenido, en la fianza, de la subrogación es similar al que con carácter genérico tiene todo aquel interesado en la obligación que paga. El hecho es el mismo "subrogarse", "ponerse en la misma posición jurídica en que se encontraba el acreedor", "sucederle en sus derechos y acciones" o todavía en términos más completos: "acción de sustituir o poner a una cosa en lugar de otra o una persona en lugar de otra" (164).

Aunque ya quedó expuesto con suficiente detenimiento los diversos contenidos, nos interesa destacar en este capítulo, que el término subrogación parece referirse a la posición que debe ocupar el que suceda al acreedor más que a lo que abarca dicha institución. Fijémonos en que el legislador emplea la misma palabra para referirse tanto a la situación procedimental, de la que no se encuentra resquicio para su ejecución, como a la que fenomenológicamente se produce, tanto es así, que incluso en frase poco pensada utiliza indiscriminadamente el término "subrogación".

Por otra parte, el contenido es también ambiguo, o por lo menos, no deja de introducirse en una nebulosa de difícil clarificación.

Tratado en los capítulos II y III el artículo 1.210-2º, procede limitar nuestro estudio al estricto contenido del artículo 1.839.

Este artículo tiene su precedente en el artículo 1.753 (165) Considera García Goyena (166) que es un tercer beneficio que la Ley concede al fiador. En su opinión, el fiador no tiene necesidad de pedir la subrogación puesto que es un efecto automático de la Ley, resultante del hecho mismo del pago. Se congratula, asimismo, de haber dejado a un lado las sutilezas que hacían que cuando no se diera una subrogación expresa existiera una pretendida acción de mandato.

Aunque pudiera decirse que es una copia literal del artículo 2.029 del Código civil francés, este Derecho tiene la particularidad de que adiciona un segundo artículo, el 2.030 para el supuesto de que existan varios deudores solidarios de una misma deuda, en calidad de sujetos principales.

Para este supuesto, prevé un derecho de repetición del fiador contra cada uno de los deudores que garantizó; actuación que detenidamente se estudiará a continuación.

El comentario de Scaevola sobre este precepto ayuda a la clarificación del mismo. Considera, en primer lugar, que es uno de los artículos más importantes para el fiador que pagó y además, califica al fenómeno subrogatorio de sustitutivo del pagador en el lugar del acreedor, en todos los derechos que este viniere ostentando frente al deudor principal, ya sean relativos a este mismo, ya a terceros, comprendiendo, tanto prendas como hipotecas, como cualesquiera otros derechos, siempre que no sean de carácter personalísimo.

Importante es también el deslindamiento que hace entre los distintos supuestos que el propio Código civil reconoce de subrogación (167).

Como ya ha quedado establecido, la subrogación significa que el fiador pasa a ocupar el lugar o la misma situación jurídica del acreedor con relación al deudor, haciendo suyas todas las acciones que a aquél correspondían contra éste. Surge del hecho del pago por ministerio de la Ley sin necesidad de que la reclame el fiador, ni que expresamente le ceda sus acciones al acreedor o que otorgue la "Carta de Lasto"(168).

Recurriendo ya a criterios actuales, la primera dificultad con que nos encontramos es la falta de colaboración de la Jurisprudencia. La aportación de los Tribunales es mínima al respecto (169). Siguiendo una concepción clásica, en todo asunto

que es de aplicación la subrogación, les otorga, sin mayor precisión, los beneficios de subrogación y reembolso, lo que por una parte origina que no quede suficientemente explicitado, ni delineado el beneficio de subrogación y que por otra, no se conozca cuál es la doctrina del Tribunal Supremo sobre los artículos 1.838 y 1.839. Si los considera dos acciones diferentes, y por ello ineludiblemente menciona ambos, en todo lugar y circunstancias, o si por el contrario, considera que es la misma acción y que la de reembolso para su realización precisa de la vía de la subrogación.

Si bien no parece ser ésta la opinión del Tribunal Supremo, no podemos dejar de cuestionarlo a la luz de las nuevas orientaciones sobre la materia.

No entramos en precisar los conceptos de acciones, derechos e hipotecas, puesto que son conceptos técnico-jurídicos cuya esfera y ámbito de aplicación las configuran en la Ley, especialmente en esta última, que por otra parte, no ofrece muchas dudas sobre su consistencia.

Sin embargo, de antemano conviene precisar que, tanto derechos como acciones, no deben entenderse en un sentido meramente procesal, sino en el sentido, de que nacida una pretensión, la vía para reclamarla será a través de una acción que ya se precisará, si es procesal, el procedimiento para hacer valer una pretensión.

Como afirma Merlo, la subrogación en la fianza es una institución que tiene la ventaja de no suscitar los problemas que podrían derivarse de la mera lectura del artículo 1.210-3º (170). Su consagración, en la reglamentación de la fianza, permite evitar todas las dudas que la institución misma de la

subrogación suscita. Por disposición de la Ley, es un mero efecto legal.

Esta conclusión nos hace derivar al análisis del efecto *iuris* que provoca la subrogación.

Pensamos que el artículo 1.839 es el resultado de un efecto legal: "todo fiador que paga se subroga en todos los derechos, acciones e hipotecas del acreedor". Efecto legal que, evidentemente afectará, tanto al fiador simple como solidario o cofiador.

Por otra parte, la supresión por obra de la autonomía de la voluntad de los particulares en este beneficio, como sucede en las pólizas bancarias francesas e italianas, constituyendo la práctica habitual, pensamos que cuenta con dos límites importantes de retener: En primer lugar, la vinculación a la normativa del 1.839 quedaría derogada, pero ¿hay que pensar también que el fiador no se encuentra vinculado por los efectos del artículo 1.210-3º, cuyo efecto desencadenante es el pago? Y en segundo lugar, ¿la supresión de dicho beneficio no estaría colocando al fiador en una situación *in duriorem causam* respecto al deudor? ¿No se estaría agravando su situación al irse socavando sus posibles recursos jurídicos de recuperar lo pagado? Pensemos, sin ir más lejos, el supuesto de que el deudor se encuentre desprovisto de bienes pero que en poder del acreedor obren algunas acciones cuyo ejercicio le permitiera reintegrarse del desembolso realizado ¿no estaríamos ante un caso en que se produciría un grave perjuicio al fiador? Concluyendo, nos inclinamos porque el beneficio de subrogación es un efecto *iuris*, de cuyo ámbito de aplicación la autonomía de la voluntad no puede sustraerse, quedando, en todo caso, en vigor el supuesto del artículo 1.210-3º, así como el principio de que el fiador no puede comprometerse en más que el deu-

dor. Como listón cuyo límite no se puede sobrepasar, quedaría que el fiador puede obligarse, como máximo a lo mismo, y en iguales condiciones que el deudor principal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.826. Si este artículo se entiende, por la totalidad de la doctrina y de la Jurisprudencia, como un límite imperativo que no se puede sobrepasar ¿no podríamos aplicar el mismo planteamiento a la disposición del artículo 1.839?

La solución podría quedar apuntada si entendiéramos que el artículo 1.852 constituye un elemento fundamental del tipo, mientras que el 1.839 es un efecto que se deriva de la institución misma. Como quiera que sea, la cuestión queda esbozada; los planteamientos se mueven en procelosas aguas movedizas de difícil conceptualización; en ocasiones, entre la línea divisoria donde empieza el ámbito del derecho imperativo y culmina el dispositivo.

En esta línea de pensamiento encuentra Magini(171) que en principio, la subrogación es renunciable, no sólo después de conseguida, sino incluso en virtud de una estipulación, basándose para ello en que la subrogación no es una cuestión de orden público, pudiendo ser, en consecuencia, modificada por las partes. Único límite a la estipulación que suprime el beneficio es que se trate de modificaciones que no encuentren la responsabilidad del fiador, pues en este caso, se tendría que llegar a la conclusión contraria, porque dicho daño redundaría en perjuicio de los responsables subsidiarios.

Llega Magini (172) a una conclusión muy satisfactoria. Entiende este autor, que el efecto de dicha convención se produciría *inter-partes* sin perjudicar a un tercero. En base a ello su conclusión es semejante a la nuestra, puesto que hay que entender, que en todo supuesto de fianza no es posible permitir

un pacto que excluya el beneficio de la subrogación ya que ello contribuiría a empeorar la situación del implicado en la fianza.

Curiosamente, otros autores más recientes siguen justificando los efectos de la subrogación en las antiguas teorías que veían en ella un oficio de amigo o de beneficencia, preciso de asistencia... (173).

También Buccisano es partidario de que pueda renunciarse al beneficio de subrogación, tanto en la convencional (artículo 1.839-2º), como en la legal (artículo 1.839-1º)(174) e incluso de que se pacte la subrogación en los créditos principales pero no en los accesorios.

Relacionado con el efecto *iuris* del 1.839, el artículo 1.852 plantea una cuestión interesante, que dejamos esbozada, para cualquier futuro estudio sobre la misma.

Suscita la duda el artículo 1.839 en su redacción, si es una norma de derecho imperativo o dispositivo, que ya hemos expuesto. En nuestra opinión, nos gustaría poder mantener la tesis de que la redacción del artículo 1.839 al decir: "El fiador se subroga por el pago en todos sus derechos y acciones.." es una norma de *ius cogens*, puesto que ello supondría elevar la subrogación al instituto más importante de la fianza; sin embargo, confrontándolo con el artículo 1.255 no se puede concluir que dicho artículo no es renunciable; la única posibilidad es deducir, y ésta es la tesis que mantenemos, como un efecto *iuris*. De ahí, nuestra duda de si la subrogación sobrepasa los límites de la autonomía privada, considerándola en abstracto como un efecto legal que, por tanto, no admite pacto en contrario, o si se deja como una norma de derecho dispositivo, encontrando, que aún a pesar de considerarlo un efecto *iuris*, puede ser convenido entre las partes un efecto contrario.

Otra cuestión, no carente de importancia, es el alcance mismo de la subrogación. Si es un efecto automático, hace caso omiso de la voluntad de los particulares. Efecto que sería inherente al propio planteamiento de la subrogación; porque queda fuera de la autonomía de los particulares que el pago de una obligación extingue el pago, o la dación del pago, o incluso la misma subrogación a tenor del propio artículo 1.156. En consecuencia, si estos artículos quedan marginados de la autonomía de los particulares, al deudor no se le puede privar, o al menos, habrá que procurarle alguna vía para que pueda saldar su débito y liberarse de la obligación.

Por el mismo planteamiento, ¿podríamos llegar a la conclusión de que la subrogación es un beneficio de tal envergadura para el que paga que su supresión podría hacer peligrar el equilibrio en la relación obligatoria?. El tema es espinoso puesto que por la misma razón, se podría pensar igualmente que ya que es un beneficio para el que paga, por verse directamente implicado en la relación, entra dentro de su autonomía renunciar al beneficio de subrogación.

Esta es la postura aceptada por la Jurisprudencia francesa y la práctica totalidad de los ordenamientos extranjeros.

El legislador español no se pronuncia por el tema, aunque hay que pensar, que si es un beneficio podría quedar dependiente de la voluntad, en nuestro caso del fiador.

En la práctica usual de las legislaciones extranjeras, se incorpora a las pólizas bancarias dicha renuncia. Sobre todo tiene su importancia si se piensa que el Banco es el suscriptor de la póliza, con lo que se le exime del deber de diligencia respecto de su patrimonio; al igual que dar información sobre las cuentas, estado de las mismas... Por lo que hay que

pensar que los Bancos se inclinarán por la supresión de este beneficio que para ellos resulta sumamente perjudicial, además de involucrarlos en responsabilidades de las que, como es sabido, los Bancos tratan de huir, en aras de su propia seguridad.

En el fondo, dicha cuestión no está haciendo otra cosa que plantear la tipicidad de la fianza; de los elementos que configuran su estructura, entre los que cabría preguntarse si puede entenderse incorporada la subrogación o si, por el contrario, la subrogación no es más que un efecto *iuris* derivado del vínculo obligacional de la fianza, lo que indirectamente incide en la causa de la institución en estudio, como recientemente falló la Sentencia de 19 de octubre de 1982, "La relación deudor-fiador constituye el negocio causal de fianza y agota sus efectos entre dichas partes, actuando la fianza en la relación fiador-acreedor de un lado autónomo, independiente de la causa, por lo que puede calificarse de obligación abstracta. Esta relación de garantía tiene una propia causa, aunque no se expresa, consistente en la ampliación de las facultades del acreedor, con el consiguiente aumento de seguridad, propia de toda garantía".

La misma lectura del artículo 1.210, "Se presumirá...", permite afirmar que se establece por la Ley una presunción *iuris tantum* y que, en virtud de ello, es posible el pacto en contrario (175); en este mismo sentido se manifiestan los autores italianos.

La cuestión que venimos esbozando tiene un punto de apoyo en algunos autores que consideran que del tenor literal de los artículos 1.209 y 1.210 puede deducirse que se trata de presunciones *iuris tantum* de subrogación convencional, con la consecuencia de que "la Ley no opera la subrogación" sino que se limita a invertir la carga de la prueba (176) en base a

lo cual podría concluirse que únicamente son supuestos de subrogación legal los derivados del artículo 1.820-1º y 1.897, referido este último al pago indebido.

Dos argumentos de Vattier en contra. El primero de ellos, resultante de los antecedentes prelegislativos del artículo 1.210 que quedaron ya examinados en el capítulo III; y en segundo lugar, la consideración de que se trata de presunciones *iuris et de iure*, lo que ocasionaría que la subrogación se provocara por el solo ministerio de la Ley.

Lo expuesto le permite llegar a la conclusión que la subrogación propia es la que actúa precisamente *ex lege*, por ser la única que responde al fundamento, estructura y funciones de la subrogación personal. Esta tesis le induce a considerar la subrogación convencional, una categoría vacía de contenido, teniendo dos vías posibles para ello: o bien suprimirla, o identificarla con la cesión del crédito.

Las argumentaciones de este autor podrían resumirse en la descalificación de la subrogación convencional y en aceptar como única la subrogación legal, contemplada en todos los supuestos del artículo 1.210.

La cuestión vuelve a suscitarnos si el artículo 1.839 plantea un supuesto de subrogación legal y si en este caso, el efecto *iuris* permite el pacto en contrario por voluntad manifestada de los particulares; pero pensemos que por subrogación legal únicamente hay que entender que es la que hace referencia a la operatividad o manera de producirse los efectos; esto es, la legal será aquella que se verifica por ministerio de la Ley, sin necesidad de declaración alguna de los interesados (177); comportamiento totalmente divergente del requerido para la subrogación convencional que requiere un acto de manifestación de voluntad, bien sea del acreedor, deudor, fiador en su caso... (178).

Respecto a los efectos, el Código Civil no establece criterio diferenciador; son los mismos, cualquiera que sea su origen.

6.1.- Contenido de la acción de subrogación.

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, sean proveedores o fiadores de las hipotecas". Su reproducción en el artículo 1.839 expresa la misma idea, aunque el tenor literal es más restringido: "... en todos los derechos".

Es posible ampliar o restringir el ámbito de la subrogación si las partes lo estiman conveniente, obviamente en el campo de la subrogación convencional (179), si bien la ampliación no afectará, sin su consentimiento, a los terceros obligados (180); supuesto que requiere la aquiescencia por parte de todos los obligados, pues su no inclusión puede ser equivalente a la ineficacia del beneficio de subrogación pactado.

De otro lado, como cuestión previa, es importante señalar que, como dice Sancho, 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 (181), entendiéndose que dicha limitación sería de aplicación a los supuestos de subrogación legal. En igual sentido se pronuncia Butera (182).

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

Los efectos de la subrogación no se pueden limitar exclusivamente a las partes, ya que es característico de dicho pri-

vilegio y de las hipotecas que su eficacia se extienda también a los terceros quedando estos obligados en razón de la cosa poseída.

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 aquéllos que el subrogante tenía por obra del crédito poseído frente a terceros, aunque estos no estuvieran vinculados directamente al pago, al igual que sucede con las excepciones.

Que el acreedor haya obtenido una sentencia de condena no es óbice para que el fiador pueda iniciar los trámites pertinentes a fin de obtener sentencia condenatoria contra el deudor. Esta duplicidad de sentencias no constituye inconveniente alguno porque, como alega Butera, interpretando los criterios de la Jurisprudencia italiana (183); con ello se está posibilitando el ejercicio de las excepciones que pueden 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.

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 estará obligado a pagar sino la propia deuda.

El momento en que hay que evaluar que se produce la subrogación es desde el instante en que se verificó el pago,

pues, como tantas veces ha quedado establecido, la subrogación es un efecto del pago.

Al igual que sucede en los Códigos civiles italiano y francés (184), se introduce entre el artículo 1.212 y el 1.839-1º, una innovación que favorece la posición del fiador. En efecto, mientras en las restantes obligaciones se refiere a los derechos que disfrutaba el acreedor en el momento del pago, la subrogación que se concede al fiador permite que este último pueda suceder al acreedor en los mismos derechos que pagaba, contados a partir del momento del pago.

Sucedirá al fiador, en consecuencia, en todos los derechos principales y accesorios que disponía el acreedor originario, con repercusiones frente a terceros.

Pasan, pues, al fiador, todas las hipotecas, prendas, privilegios, derechos de anticresis, e incluso derechos del acreedor contra el fiador (185).

Además de lo expuesto, la subrogación cuenta con dos limitaciones más: 1º. Cuando concurren varios acreedores subrogados. 2º. Cuando el pago efectuado es parcial.

En ambos casos, los derechos y accesorios pertenecientes al acreedor subrogado pueden sufrir una limitación cuantitativa, no por causa de una relación directa entre subrogado y deudor, sino en base a la relación establecida entre acreedor y subrogado y entre subrogados.

El segundo caso es más claro puesto que no se puede sustraer de la relación al acreedor originario por subsistir la deuda.

Caso de pluralidad de subrogados, la limitación es una consecuencia directa de que todos los subrogados se encuentran en

la misma situación que disfrutaba el acreedor originario, no existiendo categorías distintas de acreedores o principios generales de garantía del crédito que regulen las relaciones de modo distinto, excepción hecha de diferencias basadas en garantías distintas (186).

El carácter negocial de la subrogación exige que los sujetos que participen sean capaces, y permite la estipulación de cláusulas contrarias a este principio.

Por regla general, sólo son susceptibles de subrogación los derechos disponibles. También puede haber subrogación cuando el tercero no cumpla con exactitud la prestación debida pero efectúa una *datio in solutum*, puesto que se considera que en este supuesto el derecho del acreedor se ha realizado, con lo que automáticamente éste ha quedado excluido de la relación; la sucesión del *solvens* en los derechos del acreedor sigue *ope legis* en el momento sucesivo del perfeccionamiento del pago.

Constituye la subrogación una excepción al carácter personal de las relaciones del crédito, cuya relevancia por definición quedaría limitada *inter-partes* (187).

El contenido puede resumirse en los siguientes conceptos:

Contenido del subrogante respetando la plena identidad de accesorios y garantías, con una limitación: La concurrencia de la cantidad pagada.

Existen, sin embargo, restricciones legales admitidas como tales por toda la doctrina(188). El principio "nemo contra se subrogasse censetur" en lo que concierne las relaciones entre el subrogado y el acreedor, y al subrogado con otros coobligados a la deuda.

En este apartado se produce, como veremos posteriormente, un doble efecto. Por un lado, se rompe el principio de solidaridad; de esta forma, aquel coobligado que pague, no podrá subrogarse por la cuantía restante, deducida su cuota, pues rige el principio de que cada coobligado sólo puede responder por su deuda, con lo que el que se subroga por el pago queda perjudicado en sus expectativas al estar divididas; en realidad, implícitamente se está limitando el derecho a la subrogación para los supuestos de pluralidad de deudores, como en el caso de la fianza solidaria, objeto de nuestro estudio.

Matizando el concepto de derecho, se observa que aunque el artículo 1.112 diga que: "todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las Leyes, si no se hubiera pactado lo contrario", hay que entender que la redacción de dicho artículo no comprende las deudas consecuentes a un derecho. Es más, siguiendo el argumento de Pacchioni, en opinión de Sancho Rebullida (189), 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, diferenciándose de este modo de la sucesión.

En opinión de Laurent, la subrogación comprende la cantidad principal, es decir, todo aquello que el fiador ha pagado al acreedor. Si se hubieran producido intereses que hubieran integrado el montante de la deuda principal, también éstos pasarán a completar el *quantum* del débito principal (190).

Justifica este autor la situación del cofiador en que la subrogación atribuye la posibilidad de tomar la posición que disfrutaba el acreedor, por lo que éste sólo podrá ceder los derechos que le pertenecían. No puede inmiscuirse, por el contrario, por no estar legitimado para ello, en las acciones que corresponden a cada cofiador respecto de sus copartícipes.

Si la deuda era comercial, los derechos que adquiriera también serán mercantiles. Si se encontraba favorecido por garantías de un género particular, como la acción resolutoria; un precio de venta... el fiador podrá adquirir las acciones, si lo desea, así como invocar las hipotecas consentidas en beneficio del acreedor, sin distinguir entre las existentes en el momento en que se constituyó la fianza y las creadas posteriormente.

Si en el momento en que se efectuó el pago estaba en poder de un tercero la garantía sobre algún inmueble hipotecado, este derecho, hay que entender que revertirá de nuevo al subrogado, mientras que el tercero se verá desposeído de acción para impedir la subrogación del fiador (191).

Concluimos con palabras clásicas de Escriche, que considera, y el tiempo le ha dado la razón, que la subrogación personal se verifica "cuando uno toma las veces de un deudor cargándose con sus obligaciones o de un acreedor adquiriendo sus derechos" (192).

6.2. Ejercicio de la misma.

El fenómeno subrogatorio se produce de manera automática, desde el momento mismo de producirse el pago.

La mejor exposición de este punto sólo la puede dar la com

paración entre la acción de subrogación y de regreso. Como posteriormente le dedicamos un apartado no vamos a entrar en ella por el momento, tan sólo baste decir, a modo de preámbulo, que en la actual redacción del Código civil la subrogación constituye una acción diferente de la de reembolso. También la Jurisprudencia, en las escasas ocasiones que se ha pronunciado sobre la materia, se ha referido a ambas, dándoles sustantividad propia.

Si bien a efectos teóricos permite una delimitación sistemática de ambas acciones, en la práctica plantea problemas derivados de la concurrencia en el tiempo de ambas (193), tal como si el ejercicio de una agota el contenido de la otra... Evidentemente, el contenido no es meramente teórico sino que entraña una enorme importancia si pensamos que el ejercicio de una acción puede variar tanto de contenido como de legitimación en la reclamación procesal, si previamente se ha argüido en la otra acción.

En el capítulo II quedaron suficientemente expuestos los casos que no suscitaban reservas para optar entre una y otra acción.

El Código civil italiano, tras su reforma en 1942, alteró la situación del articulado correspondiente al derecho de subrogación y reembolso. Al contrario de lo que sucede en los Códigos francés y español, la subrogación aparece en primer lugar, dando a entender que el primer efecto del pago es subrogarse, y en segundo término regulando el contenido de este derecho.

Para que la subrogación produzca efectos, el acreedor deberá contar con algún derecho, acción o privilegio en que poder suceder al acreedor. Caso contrario, se deberá proceder directamente contra el deudor exigiéndole la cantidad desem-

bolsada, junto con sus intereses, más los daños y perjuicios ocasionados.

El procedimiento a seguir dependerá de la naturaleza del derecho en que se sucede. Así pues, si el fiador se subroga en una hipoteca podrá optar por el procedimiento judicial sumario del artículo 141 de la Ley Hipotecaria. Si es una póliza intervenida o cualquier otro instrumento, puede permitirle el acceso a seguir su derecho por la vía del artículo 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil... En resumidas cuentas, la subrogación no posee un procedimiento especial para hacerse con ella; el traspaso automático facultará al nuevo acreedor a encontrarse en un proceso ya iniciado, en algunos casos, que serán los determinantes de las vías judiciales a seguir.

7. Acción de regreso: Planteamiento de la cuestión.

En el Proyecto de 1882, que recogió con una normativa específica los beneficios de excusión, para el fiador simple y de división, caso de pluralidad de fiadores, se regula posteriormente y por vez primera la acción de reembolso o de regreso, en el artículo 1.752 del Código civil (194).

Desde el principio se observó que la acción de regreso se extrajo de la normativa de la solidaridad, confiriéndole una sistemática propia. Este criterio aún hoy es defendido por autores como Ravazzoni (195), que ven en la acción de regreso una estrecha vinculación con la estructura externa de la solidaridad.

Este artículo encuentra sus precedentes "en el párrafo 6º, título 21, libro 3, Instituciones y Ley 12, título 12, Partida 5 que exceptúa tres casos, tomándolos del Derecho Romano(196) y que están igualmente exceptuados expresa o tácitamente en to dos los Códigos" (197).

Mucius Scaevola(198), separándose de García Goyena, apunta como antecedentes del artículo 1.838 el artículo 1.752 del Proyecto de 1851 "con la particularidad de que si aquél se refería a la 'cantidad principal de la deuda', el actual artículo comprende 'la cantidad total'"; además, encuentra otra discordancia respecto a los intereses: Mientras que en la redacción definitiva se comprenden los intereses legales, desde el momento que se comunique el pago al deudor, en el Proyecto de 1851 sólo eran exigibles los intereses de la cantidad principal, aunque en los mismos términos que en la redacción definitiva.

Sobre el tema, el comentario de Mucius Scaevola es digno de tomarse en consideración.

Sin seguir una sistemática -al menos aparente-, el legislador recoge, en primer lugar, los efectos que produce el pago del fiador, proponiéndonos seguidamente las excepciones a que tiene derecho antes de efectuar el pago. Como puso de relieve Scaevola, lo normal hubiera sido que se tratara, en primer término, los comportamientos antes del pago, pasando posteriormente a las consecuencias que éste produce, una vez efectuado (199).

Lo dicho anteriormente sobre las circunstancias del pago del fiador, quedaría incompleto si no se analizase el momento en que la fianza se constituyó.

En opinión de este autor, si la fianza, desconocida por el deudor, se prestó, después de constituida una obligación de fianza, la regulación del artículo 1.838 no puede extenderse a la situación del deudor; concluyendo: Fianza innecesaria para la obligación y fianza no pedida por el deudor, es justo dejarlas al margen del precepto (200).

Desde la redacción definitiva las polémicas sobre el alcance de la acción, así como su compatibilización con la subrogación, no han dejado de suscitarse, creando problemas que no sólo en la práctica llevan a senderos de difícil salida, sino que, además, oscurece la alternancia por una de estas acciones.

La simultaneidad en el tiempo de ambas acciones presenta la dificultad de su elección en el tráfico jurídico.

Si bien sobre la subrogación se han expuesto las más variadas teorías sobre si constituye una acción dotada de contenido y procedimiento propios; o si por el contrario, forma una vía que permite la sucesión, en ciertos derechos y privilegios, síntesis de los artículos 1.210 y 1.212 del Código Ci-

vil, que facultan para obtener por esta opción las cantidades explicitadas en el artículo 1.838. 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, en aquellos países que adoptaron la dualidad de acciones propiciada por el Código Civil francés, plantea problemas relacionados con el propio contenido sustantivo, precisamente por la configuración de su propio ámbito de exigibilidad. Cuestión distinta es, por otra parte, si el procedimiento para obtener el reembolso, tal como determina el artículo, promueve la utilización de la vía de la subrogación, camino éste propiciado por un sector progresista de la doctrina italiana.

La dificultad para desentrañar los supuestos en que se debe acudir a la subrogación y los correspondientes de regreso, pueden resolverse atendiendo a criterios de temporalidad. Si el efecto de la subrogación, previsto en el artículo 1.838, constituye una excepción a la norma general de la subrogación (201) de retrotraer los efectos subrogatorios al momento del pago (202) 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 (203), de que el momento real de computar la subrogación es cuando se realiza el pago, la pregunta deberá desplazarse en el sentido de entender si ciertas cantidades empiezan a devenir exigibles una vez se haya cumplido la obligación, con lo que explícitamente quedarán abarcadas en el concepto de subrogación.

Cuestión también importante en el regreso es establecer

las circunstancias de cumplimiento por parte del fiador a fin de que se le atribuya la legitimación para exigir la cantidad desembolsada.

El estudio de los distintos supuestos que constituyen la estructura de la fianza no hace sino arraigarnos en la convicción, de que en esta institución se prolongan los efectos del pago en general, concretados en los artículos 1.158 y 1.159, y los del pago con subrogación de los artículos 1.210-1.212 del Código civil. En consecuencia, el estudio de la acción de regreso vuelve a cuestionar el planteamiento del pago realizado por tercero. Como ya se expuso el principal problema que surge en este momento es acotar y dotar de efectos jurídicos a las distintas situaciones que pueden producirse según que haya mediado, antes del pago, beneplácito, desaprobación o incluso ignorancia del deudor.

Aunque los artículos 1.158 y 1.159 son los supuestos genéricos que regulan la legitimación de las personas que pagan, por contener la fianza supuestos específicos, habrá que estar a resultas del articulado de esta figura jurídica, que, en la regulación de su constitución, especifica que puede formarse "... consintiéndolo, ignorándolo y aún contradiciéndolo éste" (204). Es más, el último inciso del artículo 1.838 parece querer decir, en su propio tenor, que es de aplicación general a todos los supuestos.

Se puede llegar a esta opinión por el empleo de la conjunción "... aunque...", que parece significar que abarca incluso los supuestos de ignorancia; esto es, existirá fianza, aún cuando la voluntad del deudor no pueda tomarse en consideración por desconocimiento de éste (205), es decir, ni siquiera podrá alegar alguna excepción para oponerse al pago, negándole el derecho de reembolso al fiador, siempre que haya pagado en

tiempo y cumplimentado los requisitos de notificación al deudor (206).

Si nos atuviéramos a una interpretación gramatical estricta cabría pensar, que puesto que no se contempla el pago efectuado contra la expresa voluntad del deudor, habría que remitirse a las normas generales de los artículos 1.158 y 1.159 y en consecuencia llegaríamos a la conclusión de que, únicamente el fiador podría reclamar la cantidad en la cuantía útil para el deudor (207).

Autores clásicos consideran esta acción una reminiscencia de la gestión de negocios ajenos (208) lo cual no resulta de extrañar pues es un concepto que se deriva de la misma noción clásica de regreso. Escriche (209) 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 era únicamente aplicable según la persona a quien se trataba de satisfacer en su interés. Así pues, se pensaba que el regreso era únicamente aplicable si el fiador se había constituido garante del interés del deudor y no del acreedor o incluso del propio fiador (210).

Los autores partidarios de esta tesis señalan, simultáneamente, dos supuestos donde no compete al fiador el derecho de regreso (211). Son los siguientes:

19. Cuando el deudor no hubiere notificado que ha pagado, produciendo con su conducta omisiva la repetición del pago por parte del fiador.

20. Cuando pagó el fiador sin habérselo notificado al deudor principal, resultado que este último, en el momento del cumplimiento contaba con alguna acción que interponer para demostrar su falta de responsabilidad (212).

El Código civil italiano establece una limitación muy concreta al derecho de regreso. El fiador perderá dicha opción si omitió denunciar el pago al deudor principal, por expresa prohibición de su artículo 1.952 (213).

La norma del Código Civil italiano no se recoge de la misma manera en el Código Civil español, si bien hay que pensar que el espíritu de las mismas es idénticos. Así pues, se subsana con la del artículo 1.841 de nuestro Código civil, que pospone la reclamación de la acción de reembolso hasta el momento del vencimiento. También similar al artículo 1.952 italiano sería el artículo 1.842, que niega la posibilidad de proceder contra el deudor, si pagó sin ponerlo en conocimiento del deudor y éste repite el pago.

Acercándonos a la doctrina española actual, entiende Guillón que se trata de dos acciones, entre las que se debe elegir el ejercicio de una u otra acción (214) con lo que descarta el problema de la simultaneidad de las mismas, puesto que bien podría plantearse que elegida una, quede automáticamente descartada la otra, o que son alternativamente concurrentes, en el sentido de que una puede servir para obtener lo que no se ha conseguido por la otra, y por último, que la subrogación es una acción que complementa la fundamental del fiador. Sin embargo, esta opinión, que puede considerarse la más representativa en nuestro país, encontró dificultades entre los propios comentaristas del Código Civil. Así Manresa consi-

deraba 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 (215).

1º. Si el fiador hubiera pagado con intención de no repetir contra el deudor por estimar que existe una donación o un perdón de la deuda que el fiado había contraído con el fiador.

2º. Si la fianza se constituyó en beneficio del fiador.

3º. Si el fiador se erigió como tal contra la voluntad del principal obligado.

Este último inciso vuelve a repercutir en la manera como se había constituido la fianza para que los beneficios incidieran en el fiador.

La creencia de que el fiador debe pagar contando con el conocimiento del deudor ya la expuso Merlin(216) para el que, si bien es justo que el fiador, una vez haya pagado, pueda repetir contra el deudor, el capital, los intereses... siempre se podrá ejercitar esta acción si se realiza con el conocimiento del deudor, pues de no suceder así, se verá desprovisto de la acción de reembolso.

El objeto de la acción de reembolso se limita al montante de la cantidad principal, que si ha generado intereses para el fiador, pasará a englobar el *quantum* de la cantidad que debe el obligado principal. Es únicamente respecto al deudor que se distingue entre capital e intereses (217); con relación al fiador, todo lo que debe pagar es una deuda principal.

Respecto a los intereses, por el momento no nos detenemos en ellos, ni en los gastos; baste decir, como indica claramente

el artículo 1.838, que el fiador siempre tendrá lugar a los intereses legales de la cantidad total de la deuda, contados a partir de la notificación al deudor, sin importar el tratamiento que soportaban con el acreedor.

La notificación por parte del fiador al deudor también ocasionará gastos, de los que el fiador podrá verse resarcido, así como todos aquellos gastos que pudieran derivarse de la puesta en conocimiento del deudor. Por último, con ánimo manifiesto del legislador de favorecer al fiador, el artículo introduce la posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento injusto, siempre que el ejercicio de la fianza hubiere acarreado semejantes perjuicios para el fiador.

Por último, queda por dar alguna respuesta al tratamiento jurídico que debe recibir la manifestación emitida por el propio legislador, de que este artículo es aplicable a todo caso de fianza, sin importar, hace hincapié el artículo, la ignorancia del deudor, en contraposición a la concepción clásica que páginas atrás hemos dejado expuesta.

Las razones nos parecen bastante congruentes con toda la regulación de la fianza. Si para su constitución no se precisa una actitud activa, ni siquiera meramente positiva, en la que se trata de destacar la posición del deudor, sino que es indiferente para la regulación de su estructura, siendo posible constituir la bien con la participación del acreedor o del deudor indistintamente, es coherente con esta línea de estructuración, regular los efectos de la institución al margen de los sujetos intervinientes en el pago pasivo, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 1.822 al definir la fianza pone el énfasis en la función que desarrollará el fiador, que es pagar o cumplir por un tercero, caso de que éste no lo tuviere.

Los autores italianos fundamentan principalmente la acción de regreso en función de la subrogación; de esta manera es fácil encontrar definiciones como la de Miccio (218) apoyándose en la que antaño diera Merlo (219) conforme a la cual, el derecho de regreso, en el ámbito de la subrogación, se incluye generalmente en la doctrina como la regla según la que el tercero que ha pagado no puede pretender del deudor más de cuanto efectivamente desembolsó.

No alcanzan a ver en esta acción más que una manifestación del derecho propio del subrogado cuantitativamente separado del crédito originario; concluyendo con que el derecho de regreso es la medida en que el subrogado puede ostentar, respecto a cada deudor, un nuevo crédito y exigir el pago.

La práctica totalidad de la doctrina fundamenta la subrogación basándose en el regreso y viceversa. Ya Butera afirmaba en el primer tercio de siglo, que la finalidad de la subrogación era la acción de regreso (220). Aún va más allá, posponiendo la subrogación a la existencia del regreso, de tal forma, que afirmaba, que sin ella era imposible la realización del derecho de regreso.

La vinculación de esta acción con la de subrogación motivó que incluso los autores intentaran justificar la elección de una en lugar de otra, dando, según las circunstancias, mayor relevancia a una u otra. De esta forma, emplean la acción de regreso para destacar que, gracias a su conservación, puede diferenciarse la obligación según sea por otros o con otros.

Una fuerte corriente doctrinal manifestada desde los comienzos de los comentarios de la Codificación, principalmente francesa, entiende que este artículo está expresamente dedicado al pago del fiador con conocimiento del deudor. Para los restantes supuestos, sólo podrá exigirse aquéllo en que el pago hubiere

re resultado útil para el deudor (221) marcando así otra diferencia con la subrogación, aplicable en todo caso.

La doctrina italiana merece en este apartado un especial detenimiento, no tanto por el problema que suscita la compatibilidad en ambas acciones, sino porque vemos que sustenta que el regreso tiene su fundamento en la subrogación; vincula estas dos acciones constituyendo un cuerpo inseparable, y tiene su importancia porque esta conexión eleva la subrogación a una categoría especial, de tal forma que únicamente estarán legitimados para ejercitar la acción de regreso; es decir, reembolsarse de aquello que desembolsó, aquellos que no tengan impedimento para subrogarse en la posición del acreedor, importancia que se pone todavía más de relieve si se piensa en que por dicha vía, más las razones apuntadas anteriormente, la posibilidad de obtener el beneficio de subrogación condicionará la existencia de la fianza.

Por otra parte, se está negando una justificación que no puede apartarse del beneficio de subrogación, y que consiguiendo, niega la posibilidad de ejercitar el regreso en base a una acción de reclamación de cantidad, sin tener que derivar de la subrogación.

Quizás sea más conveniente frente al fiador, facilitarle dos vías con que poder acceder a resarcirse de la cantidad con que cumplió su obligación de garante, máxime si se tiene en cuenta que no siempre estas dos acciones tienen porqué ir relacionadas, pues como ya señaló la doctrina, habrá supuestos en que estas dos acciones resarcirán intereses diferentes. Es más beneficioso ejercitar la acción de reembolso que la de subrogación en los siguientes casos (222).

- 1º. Si el crédito pagado no era productivo de intereses, pues to que los que ha adelantado el fiador le son debidos, desde que puso en conocimiento del deudor la realización del pago de pleno derecho.
- 2º. Si la prescripción estaba a punto de cumplirse, puesto que su acción es siempre más reciente en cuanto que nace del pago.
- 3º. Si ha habido pago parcial porque no le podrá ser opuesto el precepto del artículo 1.213.

En consecuencia, creemos que es más beneficioso, por lo menos con la regulación actual, dar dos vías para el fiador. Sintetizar dos acciones en una, cuando el ordenamiento jurídico parece que establece dos, no coaligadas o vinculado el ejercicio de una a la otra, es mermar las posibilidades de actuación, criterio que es el que entiende la Jurisprudencia actual. En las escasísimas ocasiones que se refiere a las acciones que protegen al fiador, siempre menciona los derechos de subrogación y regreso que corresponde al fiador.

Para no dejar este apartado incompleto, puesto que entre nuestros autores también algunos apuntan la posibilidad de unidad de ambas acciones (223), aunque la mayoría doctrinal, compartiendo el criterio jurisprudencial, mantengan que son dos acciones distintas (224); conviene detenernos en el análisis de dicho intento de aproximación, en cuanto puede subordinar el regreso a la acción de subrogación, en detrimento de la autonomía de la primera, sin entrar en este apartado en la posible coexistencia en el tiempo de ambas acciones.

Máximos exponentes de la vinculación de la acción de regreso a la subrogación son Ravazzoni y Fragali(225), si bien no enar-

bolan el pensamiento de la totalidad de la doctrina italiana, aunque sí la más progresista. Todavía continúan subsistiendo partidarios de la dualidad de acciones (226) como en dicho sentido se manifiesta Miccio (227) quien contribuye a la delimitación de las mismas, señalando que la acción de regreso surge automáticamente, de manera originaria, mientras que la subrogación implica una aceptación en primer término, un suceder al acreedor y una posterior ejecución de dicha acción, lo que hace que su adquisición se realice de modo derivativo, entendiendo, además, que el contenido de la acción de regreso es más amplio que la subrogación; criterio que, como veremos seguidamente, también recogió Fragali aportando una particular versión de dicha acción.

La opinión mayoritaria es que en la subrogación, el fiador se subroga, no solamente en los derechos que el acreedor tenía al tiempo de la fianza, sino también en aquellos que el acreedor fue adquiriendo progresivamente (228).

La doctrina moderna también es de la opinión que el regreso contra el deudor principal es factible exigirlo aunque éste no tuviera conocimiento de la fianza (229) a esta argumentación, Fragali añade (230), que la normativa del regreso, teniendo en consideración la estrecha vinculación entre una y otra acción, conforma el regreso como un efecto de la subrogación.

Con todo, sigue la gran mayoría de la doctrina pensando que la acción de reembolso es aplicable a todos los supuestos (231).

Antes de pasar a las tesis mantenidas por Fragali y Ravazoni, exponemos las distintas vertientes que han existido y que continúan subsistiendo en la actualidad.

Así, hay autores como Redenti (232) partidario de la alternancia de acciones; aunque acepta una identidad de fines, no excluye una diversidad de medios de realización.

Otros son partidarios de que la subrogación constituye el reforzamiento del regreso (233); mientras que un sector intermedio se inclina por configurarlo como una quasi-subrogación (234) lo que origina que algunos sugieran la conclusión de que el regreso es una consecuencia de la subrogación (235) mientras que otros complementan esta manifestación, entendiendo que es el único medio que le permite resarcirse (236).

Opina Fragali, que todas estas posiciones únicamente justifican el subingreso en la posición jurídica del acreedor respecto a los derechos concedidos y accesorios (237). Para este autor, el subingreso está formado por un derecho de crédito que es el regreso que se une a la subrogación, siendo ambos alternativamente ejercitables.

También se ha dicho que la identidad de ambos es de origen únicamente económico, porque mientras la subrogación lo coloca en idéntica posición del acreedor, el regreso en la misma del codeudor (238), lo que permite diferenciar la subrogación con otros de la obligación por otros (239).

Para Fragali la duplicidad de ambas acciones es un resíduo histórico, que sirve para justificar un derecho de reembolso, que teniendo por objeto la misma prestación que el derecho del acreedor, no puede consistir en el mismo derecho atribuido al acreedor (240).

Configura el regreso como el momento dinámico del fenómeno subrogatorio (241) justificando la modificación del Código Civil como un intento de la nueva Ley de considerar las normas relativas al regreso un desarrollo de las concernientes a la subrogación.

Define el regreso como el poder de hacer valer respecto al deudor los efectos subrogatorios subsiguientes al pago, utilizando en favor propio el derecho del acreedor de exigir del deudor la prestación que era el contenido de la obligación garantizada (242).

El argumento de que la acción de regreso es más amplia que la subrogación, en su opinión es falaz (243), porque regreso en sentido técnico es reembolso de aquello que se pagó, no pudiendo, por tanto, comprender más.

Conclusión a la que hay que llegar es que según este autor, nuestro correlativo artículo 1.838 abarcaría además del regreso estricto otros conceptos, impropios de dicha acción, por lo que la utilización de dicho término es una inexactitud.

Ravazzoni no discute el contenido de esta acción (244). Según él, el contenido de una acción excluye la otra, tendiendo a manifestar que la acción de subrogación tiene existencia autónoma.

El mecanismo que pondrá en acción el regreso es la satisfacción del acreedor (245) a partir del cumplimiento de la obligación el regreso surgirá automáticamente, si bien no se aparta de un tradicional pensamiento de que el regreso sigue el esquema interno de la solidaridad (246) naciendo directamente de la fianza (247).

Reconoce la existencia en la regulación de la fianza, de dos acciones diferentes, aunque no por ello deja de abrir una brecha a favor de la función de ambas acciones (248) al igual que lo hace en nuestro país Puig Brutau.

Tras afirmar que aquellas tesis, que justifican la acción de regreso como una acción de mandato o de negocios ajenos, están en declive, pone de manifiesto que es una acción que nace por

el mero hecho del pago, prescindiendo de aquellos acuerdos que se pueden haber pactado en un contrato de mandato... al igual que hace Fragali, al mismo tiempo que combate la creencia de que la subrogación es una consecuencia del pago (249), la autonomía de las partes únicamente la reconduce a regular los efectos que el negocio de fianza debe producir entre fiador-deudor.

Por último, indicar que sobre los intereses, ambos autores se manifiestan partidarios de que no deben computarse como efecto de la subrogación (250).

NOTAS AL CAPÍTULO V

- 1) Art. 1.944 Código civil italiano: Obbligazione del fideiussore: "Il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito.
Le parti però possono convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale. In tal caso, il fideiussore, che sia convenuto del creditore e intenda valersi del beneficio dell'escussione, deve indicare i beni del debitore principale...".
En contra de dicha tesis RUBINO y FRAGALI, op.cit.
- 2) Art. 1.936 Código civil italiano: "È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di una obbligazione altrui.
La fideiussione è efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza".
- 3) DÍEZ PICAZO, "Fundamentos...", vol. I, cit., p. 584.
Vide COSSIO, op.cit., que diferencia solidaridad de fianza.
- 4) Que no tendrá el carácter de afianzamiento mercantil, ni la fianza la otorga un particular no comerciante (art. 439 C. de C.). Si la fianza la presta una entidad bancaria se entiende que el afianzamiento tiene carácter mercantil por disposición expresa del C. de C.
- 5) Vide al respecto versión del proyecto de 1.851 que en su versión manuscrita decía: "Consintiéndolo, ignorándolo y aún contradiciéndolo el fiado". GARCÍA GOYENA, op.cit., p. 521. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 21 de febrero de 1956. Todos los autores comparten además, esta idea. Cfra. GUILARTE ZAPATERO, "Comentarios al C.c. y compilaciones forales", dirigidos por Manuel Albadalejo, t. XXIII, arts. 1.822 a 1.886 del C.c., Jaén, 1980, p. 68; DELGADO ECHEVERRÍA, en "Elementos de Derecho civil", de LA-CRUZ BERDEJO, J.L., "Derecho de obligaciones", t. II, v. III, Barcelona, 1979, p. 323.
- 6) CAMPOGRANDE, V., "Trattato della fideiussione nel diritto odierno", Turín, 1902, p. 119. La traducción es nuestra.
- 7) GUILLOUARD, op.cit., p. 10.
- 8) POTHIER, op.cit., t. II, n. 336.
- 9) Por ejemplo, la definición de BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, "La fianza es un contrato mediante el cual, el tercero garantiza la ejecución de una obligación, comprometiéndose a

pagar, si no lo hiciera el deudor, teniendo regreso sobre este último", op.cit., p. 439, n. 909.

- 10) Aunque el propio García Goyena manifestó que algunos artículos se habían tomado de otros ordenamientos, op.cit.
- 11) GUILARTE ZAPATERO, op.cit., p. 3. Para confrontar referencias históricas es conveniente consultar GUTIÉRREZ, "Estudios sobre el derecho civil español", 1871, t. V, pp. 35 y ss.
- 12) Cfra. art. 487 C. de c.
- 13) "Garantía en sentido amplio es la medida o el modo especial de asegurar la efectividad de un crédito". DIEZ PICAZO, op.cit., p. 571.
- 14) GUILARTE, op.cit., p. 5.
- 15) Ruggiero define la fianza como "contrato que da vida a una obligación accesoria por el que un tercero se obliga a pagar al acreedor. Si el deudor principal no le paga", op.cit., p. 607.
- 16) GUILARTE, op.cit., p. 5.
- 17) DIEZ PICAZO, op. cit., p. 572.
- 18) DIEZ PICAZO, ibidem.
- 19) Es ésta una forma de prestarse la garantía: atribución a un acreedor de un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda, junto con el deudor o en sustitución de éste.
- 20) GULLÓN BALLESTEROS, op.cit., p. 420.
- 21) OYUELOS, R., Digesto. "Principios, doctrina y Jurisprudencia referente al Código civil español". T. VII, Madrid, p. 470.
- 22) PUIG BRUTAU, op.cit.
- 23) RUGGIERO, op.cit., p. 108.
- 24) RUGGIERO, op.cit., p. 607.
- 25) DIEZ PICAZO, op.cit., p. 571.
- 26) DIEZ PICAZO, op.cit., p. 572.
- 27) DOMAT, t. II, op.cit.

- 28) En este sentido GULLÓN, op.cit., p. 424.
- 29) La fianza no puede existir sin una obligación válida.
- 30) BARASSI, "La teoria generale delle obbligazioni", Milán, 1948, V. I, p. 190.
- 31) GUILARTE, op.cit., p. 17; RAVAZZONI, op.cit., p. 279.
- 32) GUILARTE, ibidem.
- 33) Sentencia de la Cour d'Appel de Bruxelles de 23 de febrero de 1973. Revue Critique de Jurisprudence Belge, 1974, vol. XXVIII, pp. 213 y ss.
- 34) DEMOGUÉ, "De la nature et des effets du droit eventuel". Rev. Dir. Civ., 1906, pp. 231 y ss., en particular p. 276.
- 35) Vide S. del Tribunal Supremo de 21 febrero 1924.
- 36) ROVIRA MOLA, A., Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix, t. IX, Voz "Fianza", Barcelona, p. 692.
- 37) RUGGIERO, op.cit., p. 610.
- 38) Según el cual, se podrá prestar fianza en garantía de deudas futuras de importe desconocido. Al fiador no podrán reclamársele hasta que la deuda sea líquida.
- 39) PUIG PEÑA, op.cit., p. 483.
- 40) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 febrero 1924.
- 41) ROVIRA, op.cit., p. 692.
- 42) Al respecto CASTÁN TOBERÑAS, op.cit., p. 354, n. 1.
- 43) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Anotaciones a Ennecerus. Derecho de Obligaciones. Barcelona, 1935, p. 472.
- 44) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, op.cit., p. 473; VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", 4a ed., Valladolid, 1937, p. 737.
- 45) CASTÁN, op.cit., pp. 453-454.
- 46) ROVIRA, op.cit., pp. 694 y ss. y Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1910.
- 47) El Tribunal Supremo entiende esta sumisión jurisdiccional a todas las clases de fiadores. Vide Sentencia de 6 julio 1923 y 8 de enero de 1944.

- 48) ROVIRA, op.cit., p. 694.
- 49) PUIG BRUTAU, op.cit., T. II, v. II, p. 534.
- 50) ROVIRA MOLA, op.cit., p. 694.
- 51) Ratifica esta tesis el art. 1.835 C.c.
- 52) GUILARTE, op.cit., p. 17.
- 53) El Tribunal Supremo ha interpretado con un criterio amplio esta nota, estableciendo que para dirigirse contra el fiador es preciso haber apurado antes todos los recursos legales y principalmente el de pedir la rescisión de las enajenaciones fraudulentas que hubiere realizado aquél. Vide al respecto, Sentencia de 2 de enero de 1981.
- 54) Por ejemplo el Código civil italiano de 1942.
- 55) En el mismo sentido CASATI, E. y RUSSO, G., "Manuale del Diritto civile italiano", 1950, p. 190.
- 56) En dicho sentido se manifiesta RAVAZZONI, "La Fideiussione", op.cit., p. 183.
- 57) FRAGALI, Enciclopedia del Diritto. op.cit., p. 363.
- 58) Vide Sentencia de 20 de abril de 1886.
- 59) MANRESA, t. XII, op.cit., p. 169, para el que la fianza es una obligación subsidiaria y condicional.
- 60) GUILARTE, op.cit., p. 20.
- 61) FRAGALI, op.cit., p. 361.
- 62) BO, Nuovo Digesto italiano, v. V, pp. 1114-1115.
- 63) FRAGALI, op.cit., p. 363.
- 64) DELGADO ECHEVERRÍA, op.cit., pp. 316-317.
- 65) Lo que no es exacto, puesto que aunque el acreedor no vea aumentado su patrimonio, su crédito estará más garantizado.
- 66) RUGGIERO, op.cit., p. 607.
- 67) CAMPOGRANDE, op.cit., p. 40.
- 68) CAMPOGRANDE, op.cit., p. 41.
- 69) En el mismo sentido se manifestaron Diocleciano y Maximiano: "Si alienam reo principaliter constituto obligationem suscepisti fidejussoris nomine... non posse creditore urgeri, eum, qui mutuam accepit pecuniam, magis quam te convenire,

scire debueras: cum si hoc initio contractus specialiter non placuit, habeat liberam electionem" (L. 19 eod. tit.).

- 70) "Si quis igitur crediderit, et fidejussorem aut mandatorem, aut fidejussorem, aut sponsorem accedat: neque negligens, debitoris intercessoribus molestus sic: sed veniam primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit: et si quidem inde receperit, ab aliis absteat; quid enim ei in extremis erit, a debitore completo..." (Cap. I, pr.).
- 71) Por ejemplo, en supuestos de fianza judicial.
- 72) LAURENT, op.cit., p. 213.
- 73) PONT, t. II, nº 154 y 155, aunque el criterio es compartido por la mayoría de autores.
- 74) CHABOT, Informe al tribunal n. 12, en LOCRE, t. VII, op.cit., p. 424.
- 75) TREILHARD, Exposé des motifs, nº 11, LOCRE, t. VIII, op.cit., p. 417); LAHARY, Discours, n. 16, en LOCRE, op.cit., p. 441.
- 76) GUILARTE, op.cit., p. 127; BONET, "Código civil comentado", Madrid, 1962, p. 1.445.
- 77) GUILARTE, ibidem.
- 78) DIEZ PICAZO, op.cit., t. II, p. 594.
- 79) Al respecto, vide MANRESA, op.cit., pp. 259-260.
- 80) PUIG PEÑA, op.cit., p. 490.
- 81) RAVAZZONI, "La Fideiussione...", op.cit., pp. 183 y ss.
- 82) Al respecto vide FRAGALI, aunque es conveniente tener presente al hacer un estudio de este autor, que su propuesta es posterior al Código civil de 1942, que convirtió la obligación del fiador en solidaria con la del acreedor.
- 83) DE DIEGO, op.cit., p. 368.
- 84) La Jurisprudencia es unánime y estricta en llevar la subsidiariedad hasta sus últimas consecuencias. Vide al respecto Sentencia de 2 de febrero de 1891.
- 85) En este sentido MERLIN, op.cit. y numerosos autores citados por PONT, op.cit., pp. 81 a 100.

- 86) Sentencia de 25 de febrero de 1958.
- 87) Sentencia de 22 de noviembre de 1916; de 21 de noviembre de 1932; de 25 de mayo de 1958.
- 88) MANRESA, op.cit., p. 461.
- 89) GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, "Derecho Procesal Civil", vol. I, Parte General, Madrid, 1975, 7a ed., p. 273.
- 90) En dicho sentido MANRESA, op.cit., t. XII, p. 235, y CASTÁN, "Derecho civil español común y foral", 6a ed., t. III, Madrid, 1944, p. 492.
- 91) Sentencia de 31 de marzo de 1927.
- 92) Bo, op.cit., p. 62.
- 93) DEIANA, G., "Beneficio di escussione ed obbligazione fideiusoria", Riv. Dir. Civile, 1944, p. 214.
- 94) BO, op.cit., p. 50.
- 95) DEIANA, op.cit., p. 214.
- 96) En sentido negativo Bo y otros muchos autores.
- 97) Proyecto de 1851; Anteproyecto de 1882-1888.
- 98) VÁZQUEZ GUNDIN, op.cit., t. XXVIII, p. 595: "A juicio de Scaevola, el fiador debe pagarlos, porque la excusión es un beneficio o privilegio concedido por la Ley al fiador y, por tanto, habrá que verificarlo a su costa". Afirmitivamente, GULLÓN BALLESTEROS, op.cit., p. 439.
- 99) RAVAZZONI, A., "Sulla fideiussione per obbligazione non determinata", Banca, borsa, 1957, II, p. 527; SIMONETTO, E., "Sulla natura della cauzione", Banca, borsa e titoli di credito, 1954, II, pp. 293-294; RASCIO, R., "Fideiussione omnibus", Dizionario del Diritto Privato, V. I, Diritto civile, 1980, pp. 377-417.
- 100) CAPOBIANCO, R., "Giurisprudenza sulle fideiussioni", Banca, borsa e titoli di credito, 1960, p. 432; FOSCHINI, M., "Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura", Rivista del Diritto Commerciale, 1957, II, pp. 453-454.
- 101) No debe confundirse accesoriidad con subsidiariedad. Vide la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 noviembre de 1981 y Sentencia de 2 de enero de 1981. Al respecto vide ESCARRA, J., "Principes de Droit Commercial", T. I, París, 1934, pp. 171-183

FOSCHINI, op.cit., pp. 457-458; VATTIER FUENZALIDA, C., "Contribución al estudio de las obligaciones accesorias", R.D.P., 1980, p. 38.

102) BROSETA PONT, M., "Manual de Derecho Mercantil", 5a ed., Madrid, 1983, p. 485; DONATI, A., "Orientamenti della p.a. in tema di assicurazione del credito e di polizze cauzionali". Banca, borsa e titoli di credito, 1960, p. 103, entiende que el riesgo garantizando supone la pérdida definitiva, total o parcial del valor del crédito por insolvencia del deudor; DONATI, A., "Natura giuridica della c.d. polizza fideiussorie". Banca, borsa e titoli di credito, 1957, p. 76.

103) GARRIGUES, J., "Contrato de seguro terrestre". Madrid, 1983, p. 14; GAMBORINO, A., "Fideiussiones, fideiussio indemnitis e polizze fideiussorie". Rivista del Diritto Commerciale, 1960, II, p. 63; CHULIÁ, V., "Compendio crítico del Derecho inmobiliario", T. 2, Valencia, 1980, pp. 373-375.

104) DONATI, A., "Sulla natura...", op.cit., pp. 75-81, contempla la hipótesis de que se tratare de un contrato de seguros, rebatiendo los argumentos que podrían conducirle a dicha tesis, para concluir más tarde, que no existe riesgo en las pólizas de afianzamiento, equiparándolo a una fianza condicional.

STOLFI, M., "Natura giuridica dell'assicurazione cauzioni". Assicurazioni 1958, I, pp. 61-77, equipara la función de una compañía de seguros a la fianza. Razones a favor vide pp. 69 y ss.

Crítica del citado autor en "Fideiussione in luogo di cauzione" (Le c.d. condizioni fideiussorie) RAVAZZONI, A., Assicurazioni 1959, U, pp. 271-275.

TONNI, L., "Disciplina legale e convenzionale delle polizze fidejussorie". Assicurazioni, 1957-II, pp. 133-141 establece criterios distintivos entre el contrato de seguro y de afianzamiento: Parte del presupuesto de que la póliza de afianzamiento constituye una auténtica fianza, cuya causa es imposible aproximarla al contrato de seguros. Al contrario de lo que sucede con este último, que crea una obligación de reconocimiento a cargo del asegurador, que asumió el riesgo que sufría el asegurado, la fianza constituye una obligación de garantía pero no de asunción del riesgo. De otra parte, el aseguramiento es un contrato que se estipula entre el acreedor y el tercero, mientras que la fianza se concluye entre el tercero y el deudor. La diferencia en este punto radica en que el fiador se compromete a garantizar la obligación existente, mientras que el aseguramiento se estipula en favor del interés del acreedor y no en el del deudor como podría suceder en la fianza.

Por último, también FRAGALI ("Fideiussione e assicurazione", Banca, borsa e titoli di credito, 1955, I, pp. 137-139) establece unos criterios diferenciadores entre la póliza de afianzamiento, concretándola todavía más en la fianza indemnizatoria, y el aseguramiento de un crédito. Estos criterios son los siguientes:

- La fianza es un contrato accesorio mientras que el aseguramiento no.
- El aseguramiento es esencialmente oneroso, a diferencia de la fianza que puede ser gratuita y por tanto, con prestaciones emitidas por una sola parte.
- El crédito no se podrá asegurar nunca mediante una intervención espontánea, como puede suceder en la fianza.
- El aseguramiento del crédito es esencialmente un contrato en el interés del acreedor, mientras que la fianza puede ser asumida en el interés del deudor.
- El asegurador de un crédito promete resarcir un daño consistente en la pérdida de un valor perdido a consecuencia de un acontecimiento que ha convertido en irreparable, total o parcialmente, el crédito. Puede resumirse este punto diciendo que mientras el aseguramiento entraña una obligación de resarcimiento, la fianza constituye una obligación de cumplimiento.
- La insolvencia del deudor es un presupuesto del derecho de crédito; en la fianza simple es una circunstancia extintiva del derecho a exigir la preventiva excusión de los bienes del deudor.
- La infructuosa excusión del deudor determina el límite de la obligación en el aseguramiento del crédito porque el asegurador debe aquéllo que el acreedor no puede conseguir del deudor. En la fianza, el pacto sobre la privación del beneficio de excusión mantiene íntegro el débito, porque el fiador debe la totalidad del importe garantizado cuando no hace valer el beneficio.
- Por último, para el supuesto de fianza solidaria, la relación aseguradora no comporta solidaridad entre asegurador y deudor porque el primero queda obligado después de la infructuosa excusión del segundo, mientras que el fiador, en este caso, queda obligado en régimen de solidaridad con el deudor principal.

Sin embargo, Molle equipara la función aseguradora de un banco a la fianza porque rechaza que existe el riesgo propio del contrato de seguros. Lo que viene a significar, como la mayoría de autores, con Stolfi en contra, es que las pólizas de afianzamiento son, en realidad, una forma más de la relación de fianza. Vide MOLLE, "Fideiussioni bancarie e assicurazioni fideiussorie". Banca, borsa, 1953, II, pp. 442 y ss., en especial p. 449, donde pone de manifiesto las diferencias entre el contrato de seguro y las pólizas de afianzamiento, apoyando además la tesis de Fragali de que se trata de un contrato de cumplimiento y no de indemnización.

Sobre este punto vide también RAVAZZONI, A., "Fideiussione in luogo di cauzione" (Le c.d. cauzioni fideiussorie), Assicurazioni, 1959, I, p. 270; FALASHI, V., "Fidejussioni, garanzie date da terzi e conflitto d'interessi", Banca, borsa e titoli

di credito, 1954, I, pp. 292-295; TAMBURRINO, G., "Appunti sulla natura e sulla disciplina della cosiddetta assicurazione fideiussoria". Assicurazioni, 1970, I, pp. 526-528.

En el mismo sentido SALEMI, B., "L'assicurazione del credito". Polizze fideiussorie-cauzioni. Milán, 1959; WATTIEZ, P., "Le cautionnement bancaire", T. 9, París, 1964.

- 105) Sobre excepciones inoponibles vide RAVAZZONI, A., "Problemi relativi al pagamento da parte dell'istituto garante nelle c.d. polizze o cauzioni fideiussorie". Assicurazioni, 1964-I, pp. 495 y ss.

Especificando otra de las características que diferencia la fianza del contrato de seguro que no permite oponer las excepciones que disponía el deudor vide GERI, V., "Ulteriori osservazioni in tema di assicurazioni cauzionali e della loro natura". Assicurazioni 1969-II, pp. 128-129.

RAVAZZONI, A., "Nuove riflessioni sulle cauzioni fideiussorie". Assicurazioni, 1973-I, pp. 541-561, en especial esta última donde se observa la tesis de Fragali. Apunta el autor citado que las cláusulas de los artículos 1941 y 1945 del Código civil italiano son inderogables por la autonomía de la voluntad de las partes, pues precisamente estas cláusulas expresan que el fiador puede oponer las mismas excepciones que el deudor principal. Mientras Ravazzoni se muestra partidario de que el fiador renuncie expresamente a las excepciones del deudor, Fragali manifiesta a favor de que el fiador pueda oponer las mismas excepciones que poseía el deudor, por entender que la renuncia implica que el fiador contraiga su obligación in durio rem causam, lo que es perjudicial para el fiador y contraviene, además, la normativa general de la fianza. Esta misma opinión manifiesta Fragali en "Recenti indirizzi sulla natura dell'assicurazione fideiussoria". Banca, borsa e titoli di credito, 1972, I, pp. 514-530, en especial p. 518.

- 106) El contrato de seguro también prevé un mecanismo para dotar al asegurador, que paga, de la correspondiente acción de subrogación.

GAMBINO, A., "Fideiussione, fideiussio indemnitis...", op. cit., p. 63. TAMBURRINO, op.cit., p. 533.

- 107) MOLLE, op.cit., p. 450; RAVAZZONI, "Problemi relativi al pagamento da parte dell'istituto garante nelle c.d....", op.cit., p. 503.

- 108) Sobre otros posibles medios jurídicos de llamar al fiador al proceso vide MONTERO AROCA, J., "La intervención adhesiva simple". Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil. Barcelona, 1972.

- 109) Vide también S. 6 noviembre 1981 y 7 abril 1975.

- 110) Sobre el carácter mercantil del aval otorgado en documento separado vide SINAY, H., "La situation juridique du donneur d'aval". Revue trimestrielle de Droit Commercial, 1953, pp. 17 a 52, en especial, pp. 23-26; RUBIO, G., "Derecho cambiario", Madrid, 1973, pp. 313-356; BROSETA PONT, M., "Manual de Derecho Mercantil", Madrid, 1983, pp. 592-594; GARRIGUES, J., "Curso de Derecho Mercantil", T.I., 7ª ed., Madrid, 1976, pp. 876-883; REYES MONTERREAL, G.M., "La letra de cambio: el avalista y la fianza ordinaria", R.G.D., 1954, nº 114, pp. 148-152; GARRIGUES, G., "Tratado de Derecho Mercantil", II, Madrid, 1955, pp. 449-599.
- 111) De conformidad a los artículos 202 y siguientes redactados en la forma que exige el artículo 5º del Real-Decreto 1.209/84, de 8 de junio.
- 112) MICCIO, R., "Delle obbligazioni in generale". Commentario del Codice civile. Libro IV, T. I. Turín, 1966, p. 156.
- 113) DE PAGE, H., "Traité élémentaire de Droit civil belge", T. 6. Bruselas, 1942, p. 873.
- 114) DE PAGE, op.cit., p. 877.
- 115) GÓMEZ ORBANEJA, E. - HERCE QUEMADA, V., "Derecho Procesal civil". Vol. I, Parte general. El proceso declarativo ordinario. Madrid, 1975, pp. 271-272.
- 116) GÓMEZ ORBANEJA, op.cit., p. 273.
- 117) GULLÓN BALLESTEROS, "Contratos en particular", op.cit., p. 437.
- 118) GARCÍA GOYENA, "Concordancias, motivos...", op.cit., p. 168.
- 119) LARENZ, K., "Derecho de Obligaciones", T. II, Madrid, 1959, pp. 448-449.
- 120) BARBERO, D., "Sistema del Derecho Privado". Contratos, T. IV. Buenos Aires, 1967, p. 525.
- 121) PACIFICI-MAZZONI, E., "Istituzioni di Diritto Civile Italiano". V. V, parte II, 5ª ed., Florencia, 1921, pp. 499-500; AUBRY, C., RAU, C., "Cours de Droit civil français" (après la méthode de Zachariae), T. IV, 4ª ed., París, 1871, pp. 683-684.
- 122) S. de 8 de octubre de 1928, en Deutsche Juristen Zeitung, 1929, p. 310.
- 123) SCHOCH, H., "La fianza en el Derecho Civil alemán", R.D.P., 1933, pp. 77-78.

- 124) Art. 1.156 C.c.
- 125) Art. 1.429 L.E.C.
- 126) Puede pactarse entre acreedor y fiador la no repetición de éste contra el deudor. S. 14 de noviembre de 1981.
- 127) La no tipificación del artículo 1.840 como dice la sentencia de 14 de noviembre de 1981, es presupuesto para poder ejercitar posteriormente las acciones de subrogación y de reembolso.
- 128) Caso contrario se estaría produciendo un enriquecimiento injusto por parte del deudor. S. de 3 de junio de 1946.
- 129) Los Códigos italiano y francés incorporaron una excepción más en la regulación de la fianza. El supuesto se centra en el afianzamiento por deudas futuras. En este tipo de obligaciones "il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tale di rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito", art. 1.256 C.c. italiano.
- 130) STOLFI, G., "In tema di fideiussioni per debiti futuri", Studi di Diritto Privato. Milán, 1980, p. 558.
- 131) Art. 1.824 C.c.
- 132) DELGADO ECHEVERRÍA, "Elementos de Derecho civil", op.cit., p. 340.
- 133) GUILARTE ZAPATERO, "Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales", T. XXIII, op.cit., p. 332.
- 134) PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil". Contratos en particular. V. II, T. II. Barcelona, 1982, p. 608.
- 135) TONDO, M., "Commentario teorico-pratico al Codice civile", diretto da Vittorio de Martino. Libro IV. Delle obbligazioni. Dei contratti bancari, arts. 1834-1860. Roma, 1970, p. 273.
- 136) Vide en este sentido GUILARTE ZAPATERO, op.cit., pp. 326 y ss.
- 137) FRAGALI, "Commentario di Scialoja-Bronca", op.cit., pp. 466-467.
- 138) GUILARTE, op.cit., p. 328.
- 139) Vide entre otros autores clásicos JOSSERRAND, op.cit., T. II, n. 1.460; COLIN et CAPITANT, op.cit., T. II, n. 1.419. Abundando más en la teoría de la causa SIGALAS, A., "Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire", Aix-en-Provence, 1959, n. 97 y ss.

- 140) BETANT-ROBERT, S., "La décharge de la caution par application de l'article 2.037". Revue trimestrielle de Droit Civil, 1974, pp. 312-313.
- 141) BETANT-SOLANGE, op.cit., p. 313.
- 142) Art. 1.134, C.c. francés, "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".
Elles ne peuvent être revoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi.
- 143) La Jurisprudencia española no parece adoptar el criterio de sancionar al fiador con la pérdida de la subrogación o extinción de la fianza. Como recientemente dijo la sentencia de 14 de noviembre de 1981 "... sus derechos de subrogación y de reembolso... le corresponden siempre al fiador por el hecho de satisfacer el crédito".
- 144) DIEZ PICAZO, L., "Fundamentos...", V. I, op.cit., p. 596.
- 145) DE PAGE, H., "Traité élémentaire de Droit civil belge", T. VI. Bruselas, 1942, p. 919, quien rechaza toda posibilidad de que la fianza solidaria se asimile a la solidaridad strictu sensu.
- 146) BETANT-ROBERT, op.cit., p. 315.
- 147) Sentencia del T.S. de 19 de diciembre de 1919, de 10 de noviembre de 1972, de 29 de octubre de 1915 y 22 de mayo de 1971.
DELGADO ECHEVERRÍA, op.cit., p. 322.
- 148) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, op.cit., pp. 612 y ss.
- 149) VÁZQUEZ GUDIN, T. XXVIII, op.cit., p. 690.
- 150) MANRESA, op.cit., pp. 374-375.
- 151) ROVIRA, A., "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. IX. Voz "fianza". Barcelona, p. 708.
- 152) DELGADO ECHEVERRÍA, op.cit., p. 340, da por sentado que la subrogación es aplicable a todo tipo de fianza, máxime si se tiene en cuenta la sentencia de 10 de junio de 1966, citada por este autor, que declara extinguida la fianza solidaria prestada por una mujer a su marido al no poder

subrogarse en la prenda sin desplazamiento sobre la industria del marido, la cual se extingue por actos del acreedor. PP. 346 y 347.

PÉREZ ALVAREZ, M.A., "Solidaridad en la fianza". Pamplona, 1985, p. 134.

- 153) DELGADO ECHEVERRÍA, op.cit., p. 347.
- 154) BETANT-ROBERT, op.cit., p. 312.
- 155) Excepción a esta teoría formulada por la doctrina francesa la constituirá una sentencia del Tribunal de Montpellier de 5 de enero de 1957, donde expresamente se reconoce el derecho del avalista de invocar el beneficio de la subrogación, fundamentándolo en el art. 2.037 del C.c. francés.
- 156) Criterio avalado hasta la fecha por la Jurisprudencia francesa y por la Jurisprudencia y legislación de los restantes países del Mercado Común, donde los Bancos la conceden empleando generalmente esta cláusula.
- 157) JESTAZ, Encyclopedie Dalloz, voz "cautionement", n. 49 y ss., 2ª ed.
- 158) BETANT-ROBERT, op.cit., p. 321.
- 159) Según un fallo del Tribunal Federal de Ginebra, fechado el 23 de enero de 1935, comprende todas las garantías reales o personales, con la condición de que procuren que el acreedor tenga más que un derecho ordinario sobre el conjunto de bienes del deudor. Por lo tanto, es suficiente con que se trate de un derecho atribuido de forma especial al acreedor, dándole de esta forma, cobertura a su crédito.
- 160) BETANT-ROBERT, op.cit., p. 328.
- 161) DE PAGE, op.cit., p. 330.
- 162) BETANT-ROBERT, op.cit., p. 330.
- 163) PALANDT, Th., Bürgerliches Gesetzbuch, 28 Aufl., München, 1969, Ann. 2 Zu parágrafo 776.
- 164) ESCRICHE, J., "Dizionario razonado de Legislación y Jurisprudencia". Madrid, 1786, p. 1.048.
- 165) Art. 1.753: "El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Sin embargo, si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado, a menos que el acreedor le haya hecho cesión expresa del resto".
- 166) GARCIA GOYENA, op.cit., p. 158.

- 167) Vide SCAEVOLA, op.cit., p. 626. No hay que olvidar que de la subrogación se ocupan más o menos directamente distintos conceptos del Código civil, entre ellos como fundamentales 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 8º, en el sentido pasivo de ocupar el rematante de las fincas subastadas el lugar del deudor de las cargas preferentes.
- 168) MANRESA, op.cit., pp. 296 y ss.
- 169) Como nota curiosa el Tribunal Supremo desde 1.960 hasta la fecha no ha tratado con detenimiento el beneficio de subrogación. En las escasas sentencias en que sobre la materia se ha pronunciado, se ha limitado a adjudicar al fiador los derechos de subrogación y reembolso. Vide S. 11 abril 1972: "... en la hipótesis de incumplimiento de éste, con los derechos típicos de reembolso y subrogación...".
- 170) MERLO, "La surrogazione per pagamento". Padua, 1933, p. 254.
- 171) MAGINI, U., "La surrogazione per pagamento", op.cit., p. 219.
- 172) MAGINI, Ibidem.
- 173) MESTRE, J., "La subrogation personnelle". París, 1979, p. 59.
- 174) BUCCISANO, "Le surrogazione per pagamento", Milán, 1958, p. 89.
- 175) SANCHO REBULLIDA, F. de A., "Comentarios al Código civil y compilaciones forales", dirigidas por M. Albadalejo, T. XVI, arts. 1.156 a 1.213. Madrid, 1980, p. 662.
- 176) VATTIER FUENZALIDA, C., "Notas sobre la subrogación personal", R.D.R., Junio 1985, p. 511, n. 114 y 115.
- 177) BORJA SORIANO, M., "Teoría general de las Obligaciones", México, 1974, p. 263; GARCÍA GOYENA, Proyecto de 1882, op.cit., p. 597; GAUDEMET, E., "Théorie Générale des Obligations", París, 1965, p. 467.

- 173) GARCÍA GOYENA, op.cit., p. 912.
- 179) MANRESA, op.cit., t. VIII, p. 456.
- 180) SANCHO REBULLIDA, op.cit., p. 674.
- 181) SANCHO REBULLIDA, op.cit., pp. 674-675.
- 182) BUTERA, A., Voz "surrogazione" (pagamento con). Il Digesto Italiano, p. 194.
- 183) BUTERA, op.cit., p. 197 y n. 1.
- 184) Vide art. 1.915 y 1.916 C.c. italiano: "... sottentra in tutte le ragioni que aveva il creditore contro il debitore".
- 185) MICCIO, R., "I diritti di credito". V. I., Turín, 1971, p. 159.
- 186) MICCIO, op.cit., p. 160.
- 187) MICCIO, op.cit., p. 163.
- 188) GAUDEMET, E., "Théorie générale des Obligations", París, 1965, p. 472.
- 189) SANCHO REBULLIDA, "La novación de las obligaciones en el Derecho español". R.C.D.I., 1962, nº 404-405, p. 19.
- 190) LAURENT, op.cit., p. 244.
- 191) HUC, Th., t. XII, op.cit., p. 255.
- 192) ESCRICHE, J., op.cit., p. 1.048.
- 193) GÓMEZ ORBANEJA, E., "Concurso de Leyes y concurso de acciones en Derecho civil". R.D.P., 1946, pp. 705-715.
- 194) Art. 1.752: "El fiador que ha pagado por el deudor, debe ser indemnizado por éste.
- La indemnización comprende:
- 1º. La cantidad principal de la deuda.
 - 2º. Los intereses de ella desde que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjera para pagar el acreedor.
 - 3º. Los gastos ocasionados al fiador después de haber puesto en noticia del deudor que se le requería para el pago.
 - 4º. Los daños y perjuicios cuando procedan.
- La disposición de este artículo tiene lugar, aún cuando se haya dado la fianza, ignorándolo el deudor".

- 195) RAVAZZONI, A., "La fideiussione", 2ª ed., Milán, 1973, p. 219.
- 196) 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 iudicium".
- 197) "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 el, 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 el, sin su mandado, 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 defendimiento de aquel a quien fió. Como si se dixesse, non vos ruego que entres fiador por mi, ante vos lo defiendo, o diziendo otras palabras semejantes de éstas".
- 198) VÁZQUEZ GUNDIN, T. XXVIII, op.cit., pp. 613 y ss.
- 199) VÁZQUEZ GUNDIN, op.cit., p. 617.
- 200) VÁZQUEZ GUNDIN, op.cit., p. 621.
- 201) GUILARTE, op.cit., p. 207.
- 202) BUCCISANO, op.cit., p. 85; MERLO, op.cit., p. 252.
- 203) GUILARTE, op.cit., p. 211.
- 204) Art. 1.823 Código civil español.
- 205) CAMPOGRANDE, V., Il Digesto Italiano, voz "fideiussione", V. XI.
- 206) En contra de dicha opinión REDENTTI, Dizionario pratico del Diritto privato. V. III. Voz "fideiussione", p.137, quien no concede para este supuesto la acción de reembolso.
- 207) GUILARTE, op.cit., p. 213.
- 208) PACCHIONI, P., "Della gestione per mandati d'altrui", R.D.Com., 1.929-1º, pp. 234-241; GIORDANO, "Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1.705 C.c. en R.D. Com, 1953-1º, pp. 93-110.

- 209) ESCRICHE, op.cit., p. 895.
- 210) Esta teoría constituye un exponente de lo que podría considerarse doctrina clásica. Vide al respecto: DURANTON, T. XVIII, op. cit., n. 351; PONSOT, op.cit., n. 238; TROPLONG, op.cit., n. 351; AUBRY ET RAU, op.cit., p. 689 y n. 13; PONT, op.cit., T. IX, pp. 241 y ss.; PACIFICI-MAZZONI, E., "Istituzioni di Diritto Civile Italiano", v. V, Parte II, 5ª ed., Florencia, 1921, p. 508.
- 211) PACIFICI-MAZZONI, op.cit., p. 509.
- 212) MIRABELLI, op.cit., p. 556.
- 213) Art. 1.952 (Divieto di agire contro il debitore principale): "Il fideiussore non ha regresso contro il debitore principale se, per avere omesso di denunziargli il pagamento fatto, il debitore ha pagato ugualmente il debito.
- Se il fideiussore ha pagato senza averne dato avviso al debitore principale, questi può opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento.
- In entrambi i casi è fatta salva al fideiussore l'azione per la ripetizione contro il creditore".
- 214) GULLON, op.cit., p. 441.
- 215) MANRESA, op.cit., p. 300.
- 216) MERLIN, op.cit., v. II, p. 767.
- 217) LAURENT, op.cit., p. 244.
- 218) MICCIO, R., "I diritti di credito", v. I, Turín, 1971, p. 159.
- 219) MERLO, op.cit., p. 169; GIORGI, "Le obbligazioni", op.cit., pp. 302 y ss.
- 220) BUTERA, "Il Digesto Italiano", voz "surrogazione" (pagamento con), p. 155.
- 221) PONT, P., op.cit., p. 119; GUILLOUARD, "Traité du cautionnement et des transactions" (art. 2.011 à 2.058), París, 1894, p. 211, en contra BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, op.cit., p. 568.
- 222) DE BUEN, "Derecho civil español común", v. I, Madrid, 1930, p. 654.
- 223) DELGADO ECHEVERRÍA, op.cit., p. 343; PUIG BRUTAU, op.cit., p. 202.

- 224) GUILARTE, op.cit., p. 215; DIEZ PICAZO, op.cit., p. 599; DE BUEN, op.cit., p. 655; GULLÓN, op.cit., sobre la fianza.
- 225) Vide también al respecto AMORTH, "Considerazioni sui rapporti fra surrogazione e regresso nell'obbligazione solidale", en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1958, 133, que propugna la unificación de ambas acciones.
- 226) D'ORAZI-FLAVONI, M., "Trattato di Diritto civile". Fideiussione. Mandato di credito, Anticresi. V. 5, Fasc. 9, Milán, 1961, p. 41. En sentido intermedio vide CAIM, G., TRABUCCI, A., "Comentario breve al Codice civile", Milán, 1981, pp. 814-815.
- 227) MICCIO, op.cit., p. 701.
- 228) MERLO, op.cit., p. 166; MICCIO, op.cit., p. 702.
- 229) MICCIO, op.cit., p. 704.
- 230) FRAGALI, "Commentario di Scialoja-Branca". Della fideiussione, p. 369.
- 231) BO, Nuovo Digesto Italiano. v. V, voz "Fideiussione", p. 1.119.
- 232) REDENTI, op.cit., p. 135.
- 233) MERLO, op.cit., pp. 167 y 252.
- 234) NICOLÒ, op.cit., p. 228.
- 235) DE RUGGIERO, op.cit., t. II, p. 421.
- 236) CAMPOGRANDE, op.cit., p. 468.
- 237) FRAGALI, op.cit., p. 359.
- 238) MESSINEO, Manuale, t. II, v. II, p. 371.
- 239) FRAGALI, "Commentario...", op.cit., p. 362.
- 240) FRAGALI, Ibidem.
- 241) Ya en sentencias anteriores a la reforma se inclinaban en dicho sentido. Vide COSS, 11 julio 1931 (Riv. Dir. Priv., 1932-2, p. 117).
- 242) FRAGALI, op.cit., p. 365.
- 243) FRAGALI, op.cit., p. 367.
- 244) RAVAZZONI, A., "La fideiussione". 3ª ed., Milán, 1973, p. 203.
- 245) RAVAZZONI, "La fideiussione", op.cit., p. 209.

- 246) RAVAZZONI, "La fideiussione", op.cit., p. 219.
- 247) RAVAZZONI, A., Novissimo Digesto Italiano. Voz "Fideiussione", p. 290.
- 248) RAVAZZONI, Ibidem.
- 249) FRAGALI, "Commentario...", op.cit., p. 351.
- 250) RAVAZZONI, "Novissimo Digesto...", op.cit., p. 291.

CAPITULO VI

CAPITULO VI

1. FIANZA SOLIDARIA: INTRODUCCIÓN.
 - 1.1. FIANZA SOLIDARIA; SOLIDARIDAD EN LA FIANZA. CARACTERES.
 - 1.2. CRITERIOS DOCTRINALES.
 - 1.3. ORÍGENES.
 - 1.3.1. DERECHO ROMANO.
 - 1.3.2. DERECHO ARAGONÉS.
 - 1.3.3. DERECHO CASTELLANO.
 - 1.3.4. DERECHO FRANCÉS.
 - 1.3.5. DERECHO DE LOS FUEROS.
 - 1.3.6. LEY DE PARTIDAS.
 - 1.3.7. PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL: PROYECTO DE 1836, DE 1851, DE 1882; REDACCIÓN DEFINITIVA.
 - 1.3.8. COMENTARIOS A LOS MISMOS.
 - 1.4. PRINCIPALES EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS CON VARIOS DEUDORES.
2. ACTUACIONES DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE FIADORES.
 - 2.1. REQUERIMIENTO DE PAGO.
 - 2.2. ACCIONES NACIDAS DESPUÉS DE REALIZADO EL PAGO.
 - 2.2.1. ACCIONES DE SUBROGACIÓN Y DE REGRESO. DELIMITACIÓN DE LAS MISMAS.
 - 2.3. EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL FIADOR.

1. FIANZA SOLIDARIA: INTRODUCCIÓN.

En la actualidad impera una tendencia a utilizar preferentemente el afianzamiento solidario al simple; de tal forma, que constituye la práctica común en bancos, organismos de préstamo y afianzamiento... Esta circunstancia, junto con la redacción, no muy esclarecedora, de numerosos Códigos civiles, motiva la aproximación, cada vez más fuerte entre fianza y solidaridad, cuyo fin no deja de ser otro sino el de reforzar la garantía personal.

Las razones dadas que redundan tanto en el ámbito doctrinal como en la práctica forense y comercial, hizo que nos inclináramos a estudiar desde sus inicios la vinculación entre ambas instituciones, pues no deja de tener interés acercar el desarrollo actual de la fianza a la antigua forma de "plé vine" existente en Francia durante la vigencia del "ancien droit" o a las distintas fianzas existentes en los derechos castellano o aragonés, ya que el estudio de estos precedentes no sirvió sino para demostrar que el codificador recuperó costumbres existentes en el siglo XIII; si bien la evolución se efectúa en sentido inverso al realizado durante aquel periodo. Entonces, de un sistema donde imperaba la solidaridad, se desgajaba una institución de carácter simple o al menos, no solidario; mientras que actualmente sucede al revés: Al lado del afianzamiento simple se contempla el solidario.

Por otra parte, desde un principio conviene destacar que entre los codeudores comerciales rige el sistema contrario, cuya regla es la de solidaridad, aún sin la expresa consagración de ningún texto legal.

Concluyendo, diremos que se constata que es usual en casi todos los países de Derecho Continental, la permanencia del afianzamiento de forma estática, aunque es factible constatar

una evolución hacia el afianzamiento solidario, sobre todo -como ya hemos indicado-, en materia comercial, ocasionando que se haya constituido en práctica consuetudinaria el continuo rechazo a los beneficios de excusión y división (1).

1.1. Fianza solidaria.- Solidaridad en la fianza.- Caracteres.

Este juego de palabras plantea un punto conflictivo, poco esclarecido por la doctrina. Una precisión sirve de partida para nuestro planteamiento: Obviamente la combinación de las palabras no puede llevar a la misma conclusión.

La redacción del propio Código civil creó unas someras líneas delimitativas entre ambos conceptos.

Así podemos pensar que en base al artículo 1.822 la fianza simple, definida en su párrafo primero, se opone a la solidaria.

En una habría una persona que se obliga a pagar o cumplir por un tercero caso de no hacerlo éste, cuando en contraposición, nos encontramos que si el fiador se obligara solidariamente, hay una remisión expresa del Código a las normas que regulan la solidaridad. Ahora bien, la única distinción que sirve para establecer alguna diferencia entre ambas instituciones, la primera propia del artículo 1.822-3º y la segunda del artículo 1.844, es precisamente el vínculo obligacional surgido entre fiador y deudor.

En la segunda, evidentemente no puede establecerse con claridad una diferenciación notoria con la solidaridad, máxime cuando es el propio Código civil el que no distingue, sino que contrariamente sobrepasa la normativa de la fianza, remitiéndose a la propia de la solidaridad. No cabría la distinción entre deudor o fiador respecto a un acreedor a no

ser por lo que la mayoría de autores entienden como una cualidad ; es cierto, pero hay que matizar que no de la fianza solidaria sino de la simple, con su carácter accesorio y subsidiario.

Siguiendo un principio de mínima coherencia con el artículo 1.822, hay que reconocer que el Código estipula dos clases de fianza, la tradicionalmente llamada simple y la solidaria.

Pensamos que es el beneficio de excusión una de las características que la distinguen, pues junto a la accesoriedad y subsidiariedad, son las fundamentales de la fianza simple.

La solidaria se caracteriza por prescindir de estos aspectos que le dan un carácter subsidiario, para tener a su vez, otros caracteres propios.

Estas razones son, en primer lugar, prescindir del carácter subsidiario que respalda una serie de beneficios, como el de excusión o las excepciones que protegen al fiador de la posible conducta omisiva del deudor, una vez haya sido requerido de pago e incluso llegado a ser considerado moroso.

Todos estos condicionamientos legales pretenden lograr las mayores garantías al fiador para que pague únicamente en el supuesto de que el deudor se encuentre imposibilitado realmente de efectuar la prestación debida.

La situación del fiador simple será respecto al acreedor de mero garante de su crédito.

La del fiador solidario, por otra parte, es bien distinta. Ciertamente no puede decirse que sea idéntica, aunque en algunos aspectos, semejantes o equiparables a la de un mero deudor solidario.

Antes de entrar en el análisis de la estructura de la solidaridad, conviene hacer dos puntualizaciones.

En primer lugar, aún dentro de lo que pudiéramos denominar solidaridad impropia, no es semejante la posición del deudor solidario a una estructura de aquel tipo, porque éste, en todo caso, siempre tendrá una posición más privilegiada que la del mero deudor solidario, que constituye el beneficio de subrogación (2). Por otra parte, la composición del vínculo obligacional será bien diferente en el supuesto que un fiador se comprometa en los mismos términos que el deudor, artífice del nexo obligacional de carácter contractual, que la de aquellos garantes que entre sí establecen relaciones solidarias permaneciendo su obligación, frente al acreedor y deudor, como accesoria.

El estudio, por tanto, de la subrogación y del regreso será diferente en estos dos casos.

Como posteriormente justificaremos, no consideramos la fianza como un supuesto de deuda sin responsabilidad sino al contrario(3): El fiador en los efectos y consecuencias, se entenderá que es un sujeto responsable de la obligación; ahora bien, la fianza como obligación no debe olvidar nunca la causa por la que se contrajo; no puede perder el carácter de obligación de garantía, cuya finalidad es afianzar otra obligación (4).

1.2. Criterios doctrinales.

El campo de las hipótesis de esta figura es verdaderamente extenso. Un amplio abanico de posibilidades hace que se puedan encontrar autores que han estudiado la materia desde todas las posiciones. De esta forma, podemos encontrar desde los que equiparan fianza y solidaridad, pasando por aquéllos que introdujeron algunas notas diferenciadoras, a los que ven

dos instituciones completamente diversas; si bien es difícil encontrar argumentaciones sustanciosas que mantengan esta posición, pues por mucho que se quieran forzar las diferencias, nunca puede llegarse a conclusiones sustancialmente diferentes.

Autores que pudieran considerarse en este campo innovadores del régimen de fianza han mantenido que fianza y solidaridad eran conceptos idénticos (5), apoyándose para ello en antecedentes históricos y en la remisión del Código a los artículos 1.831-2º y 1.852. Otros interpretaron el artículo 1.822-2º en su contenido literal, entendiendo que si se rechaza de la fianza el carácter subsidiario de la obligación garantizada, se estará equiparando a la obligación principal, puesto que si el deudor y garante se encuentran igualmente obligados, en idénticas condiciones y plano jurídico, se tendrá que establecer que existe solidaridad pero no fianza (6).

Otros son los autores que, partiendo de las características de la solidaridad y de la fianza, establecen unos criterios diferenciadores (7).

El Derecho Comparado ofrece como solución más difundida el carácter diferenciador de no responsabilidad del garante, aunque por criterios utilitarios se impone la responsabilidad solidaria de aquél, aproximándose las dos instituciones sin llegar a identificarse. Ejemplo cercano de lo dicho puede encontrarse en los propios comentaristas italianos. Aunque parten de una regulación diferente tras la reforma de 1942, siguen argumentando sus tesis en criterios distintivos entre fianza solidaria y solidaridad (8).

Señalan estos autores, quizás con una visión más acertada, que identificar solidaridad y fianza solidaria significaría establecer un criterio de impugnación contrario a la fianza (10).

Piensen los autores partidarios de esta tesis que la intención del legislador fue estructurar la fianza de forma diferente a la existente en la que no se diera el beneficio de excusión, pudiendo facilitar de esta manera que el acreedor se dirigiere en vía directa contra el fiador. Esta opinión incluso la avaló el alto Tribunal (11) basándose en que las diferentes disposiciones de la relación fideiusoria son también aplicables a los fiadores solidarios.

En las siguientes diferencias centra Guilarte los aspectos distintivos:

- Que la obligación del fiador sea diferente de la contraída por el deudor principal.
- Que el régimen propio de la fianza regule en su normativa preceptos únicamente aplicables a la fianza y no a la solidaridad, como son los supuestos de los artículos 1.840 y 1.842.

Ambas estructuras jurídicas producen como primer efecto promotor de la solidaridad, la existencia de una pluralidad de sujetos, y como afirman la mayoría de autores, que además, la relación obligatoria sea única (12). Los requisitos son:

- Pluralidad de sujetos pasivos.
- Unidad de objeto jurídico.
- Convergencia de vínculos jurídicos sobre el objeto, de manera que cada deudor se obligue a prestar la totalidad y cada acreedor pueda reclamarlo (13).

Es posible que la pluralidad se produzca entre los acreedores o deudores.

La primera dará lugar a la llamada solidaridad activa, mientras que la segunda es la que recibe la denominación de solidaridad pasiva.

Importa únicamente tener en cuenta esta relación deudor-fiador porque surge entre varios fiadores con una forma de operar diferente.

Referirse a la unanimidad implica pluralidad de sujetos, pasivos en este caso, y unidad de vínculos jurídicos, si bien se permite que las causas originarias de las obligaciones jurídicas no sean idénticas en todos los sujetos.

La mayor o menor homogeneidad o identificación de vínculos comunes entre los sujetos produjo una división entre solidaridad propia e impropia ya debatida y aceptada por los autores clásicos.

Referirnos a la solidaridad es consecuencia de la propia definición del Código civil, que remite la fianza solidaria a las normas contenidas en la sección IV, capítulo tercero, título 1º del libro IV referente a las obligaciones y contratos.

La permisión que efectúa el segundo párrafo del 1.822 es inquietante. Por un lado, reconoce la facultad al fiador de comprometerse con el deudor de una manera solidaria, mientras que paralelamente al reconocimiento de dicha facultad, remite las relaciones que puedan derivar del vínculo jurídico surgido entre ellos, a las normas de la solidaridad.

De la lectura de dicho precepto surge inmediatamente el dilema de analizar si estamos ante un supuesto más de solidaridad que el legislador considera importante, de redundancia en la redacción; o si, por el contrario, la remisión a la normativa solidaria se refiere exclusivamente a la relación externa frente al acreedor, manteniéndose entre deudor y fiador una relación específica dentro de la figura jurídica en la que encuadramos dicha relación.

No se puede llegar a ninguna conclusión si no se estudia la naturaleza de la solidaridad, contraponiéndola a la fianza solidaria. De esta última hay que analizar los elementos fundamentales que la configuran y el vínculo nacido de la estipulación de la fianza. Efectos diferentes producirá si se trata de una relación entre acreedor-fiador que entre deudor-fiador. Por último, restará analizar el régimen de las excepciones, tanto en la solidaridad como en la fianza solidaria, tras el estudio de los distintos proyectos de Código civil y las opiniones de los juristas que contribuyeron a la elaboración definitiva de los diferentes Códigos.

1.3. Orígenes.

1.3.1. Derecho Romano.

El Derecho Romano en la época clásica parte para cualquiera de las formas de solidaridad (14), de la identidad del objeto de la obligación (*idem debitum*). La solidaridad pasiva, que aparece en esta época como una de las formas mayoritarias de celebración de los contratos, primordialmente verbales y con carácter obligatorio, hacen que recoja el requisito antes referido, en la fórmula establecida para la constitución de una obligación solidaria mediante estipulación (15), convirtiéndose ésta en fuente principal de la solidaridad; así, mediante la *stipulatio*, varios deudores prometían realizar una misma prestación a un acreedor (16).

Paralelamente al desarrollo de las obligaciones contraídas de forma solidaria, activa o pasivamente, surgió también la distinción entre solidaridad perfecta o correal, caracterizada por la eficacia liberatoria general de la *litis contestatio* y obligaciones *in solidum* que son las conocidas como imperfectas o de responsabilidad colectiva, en las que sólo el

pago efectuado por uno, libera al resto de los deudores, pero no la *litis contestatio* (17).

La perduración de la tradicional vinculación entre caución y solidaridad es manifiesta, encontrándose raramente criterios distintos esclarecedores. Así pues, una primera diferencia viene de la fórmula utilizada en la fianza con el empleo de una terminología específica que se refería al objeto: *rei eiusdem pecuniae, rei eiusdem debiti* (18).

Consecuencia de la unidad del objeto de la obligación era que la extinción de la deuda afectaba a todos los deudores en armonía con el principio unitario, tanto del objeto como del pago (19).

La *unitas actus*, al contrario de lo que sucedía con otras obligaciones, no era necesaria para la constitución de la fianza (20); el garante quedaba obligado solidariamente, tanto prestando su garantía con actos reforzados como por posteriores al negocio del que partía la obligación del deudor.

Es más, con carácter general puede decirse, que en el periodo justiniano, no se exigió la unidad del acto, no constituyendo un requisito de solidaridad, sino que era factible que surgiera de estipulaciones separadas (21).

Como dice Ourliac (22), dicha solución se justifica por la estructura de la sociedad romana, puesto que en la solidaridad, al igual que ocurría en la fianza, era norma común presentar la caución de un pariente o amigo, quedando el acreedor forzado, por motivos metajurídicos, a no intentar acción alguna contra los fiadores, antes de haber perseguido los bienes del deudor principal solvente.

Otro de los requisitos que exigía la solidaridad era la pluralidad de vínculos obligatorios (23). Esta podía ser de sujetos activos o pasivos.

Si existían múltiples acreedores se originaba la solidaridad activa; si por el contrario, la pluralidad era de deudores, se había constituido una solidaridad de carácter pasivo.

Al igual que sucede en la actualidad, debía manifestarse siempre el ánimo de constituir una obligación solidaria, ya que ni siquiera en Derecho Romano llegó a presumirse nunca (24).

La función, en especial de la solidaridad pasiva, consistía en aumentar, multiplicándola, la garantía de realización de un solo débito (25). Como elementos generales cabe citar los siguientes:

1. Cada acreedor puede exigir de un deudor el cumplimiento de la totalidad de la deuda.
2. Existen diversas modalidades que al mismo tiempo pueden resultar comunes a los diversos *vincula iuris*.
3. La existencia de excepciones personales propias para cada sujeto, sólo por él oponibles a las otras partes.
4. Permisión de la aparición del principio de divisibilidad para la presunción de división en partes iguales (26).

Primer dato que nos interesa recoger es que la solidaridad pasiva faculta que se reclame la totalidad de la deuda con independencia del resto de codeudores.

En algunos casos, se concede a este deudor remedios espe

ciales introducidos mediante interpretación de la norma por el jurista o concesión de los emperadores, generalizándose en el periodo post-clásico y definitivamente en el derecho justiniano (27).

Dado el carácter de *iura singularie* son llamados *beneficia* los siguientes:

- El *beneficium excussionis u ordinis*.
- El *beneficium cedendarum actionum*.
- El *beneficium divisionis*.

De estos remedios concedidos al deudor, que fueron debidamente expuestos, sólo nos interesa destacar en este momento que derogan la posición ostentada normalmente por un deudor solidario frente al acreedor común.

En los textos genuinos el *beneficium cedendarum actionum* se concede al deudor solidario únicamente en las personas de los fiadores (28) y en los *mandatores eiusdem pecuniae credendae* (29), siempre dentro de las hipótesis de solidaridad accesoria (30). Con este planteamiento, la acción se destinaba a que el cesionario la ejercitara en la misma dirección y produciendo los mismos efectos que el cedente.

Puede pensarse, que al igual que el beneficio de excusión, constituye una derogación de los textos de la solidaridad, surgida de las expresiones que los clásicos utilizaban para concederla (31).

Como el pago voluntario extinguía la obligación, ya es sabido que los jurisconsultos romanos resolvieron la cuestión recurriendo a la ficción de que el pago representaba el precio de la venta efectuada por el acreedor a su deudor (32). Una vez saldada la obligación, resta determinar la contribución de cada uno de los codeudores.

La forma de solución fue atender la relación previa existente, causante del pago. De esta forma, podría ser factible que existiese una relación de mandato, de gestión de negocios... aunque también se permitía como medida precautoria que el acreedor cediera previamente sus acciones, en sentido contrario a la evolución posterior de la doctrina francesa, que no permitía la representación recíproca entre los codeudores ni atendía a un reparto de responsabilidades.

Con la Compilación Justiniana, los clásicos admitieron este remedio, para la hipótesis de solidaridad accesoria, convirtiéndola en una *facultas*; es decir, en un derecho concedido a cada deudor solidario como tal (33). No obstante, dicho principio comienza progresivamente a debilitarse, de forma que en la época justiniana, la interrupción de la prescripción extintiva de treinta años respecto de un codeudor aprovecha a todos los demás (34).

La Constitución del 531 previó la posibilidad de renovación por parte del acreedor de sus reclamaciones contra los deudores solidarios, pretendiendo con ello, aumentar las posibilidades de garantía del acreedor, hasta que Justiniano extendió a determinados codeudores el *beneficium divisionis*, que existía desde la época clásica a favor de los fiadores.

Este beneficio, al igual que los anteriormente citados, derogó la solidaridad pasiva admitida para casos excepcionales en el derecho clásico, cuando la obligación fuera garantizada por *sponsores*, *fidepromissores* o *fideiussores*, según datos aportados por Gayo (35).

A los codeudores que no acogía esta disposición, el acreedor mantenía su derecho a reclamar a cada uno la parte correspondiente de la deuda, únicamente.

A finales de la República, la *Lex Furia* estableció que el acreedor dividiera la acción entre los *sponsores* y *fidepromissores* supervivientes del débito.

Para los *fideiussores*, un rescripto de Adriano estableció que el acreedor dividiera su acción entre los fiadores solventes en el momento de contestación de la *litis*.

Hay que destacar que el derecho justinianeo se aparta del derecho clásico esperando el momento de la *condemnatio* y no de la *contestatio litis*, implicando que de nuevo se destruye la estructura de la obligación solidaria, aunque, en algunos supuestos, quedase el fiador excluido del *beneficium excussionis* (36).

Las modificaciones que se operaron en tiempo de Justiniano muestran la preocupación de sus juristas en configurar relaciones de máxima garantía para el acreedor, que pasaron posteriormente a integrar el Derecho de cada pueblo tras la recepción del Derecho Romano.

Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que referir se al desarrollo histórico de la fianza queriéndola desvincular de su origen solidario resulta sumamente insatisfactorio, máxime si se tiene en cuenta que desde la desaparición del Derecho Justiniano, y consiguiente desarrollo de los derechos consuetudinarios, hasta la recepción del Derecho Romano, la institución de la fianza, en la mayoría de los pueblos y regiones de Europa, tiene un marcado cariz solidario, ofreciendo como motivos nuevos a instancias del Derecho Romano que configuró los beneficios de excusión y división.

Hasta la recepción del Derecho Romano cada pueblo utilizaba la figura del fiador con finalidad garante, e incluso, como medio sustitutorio de otras instituciones, en determina-

das ocasiones (37), siendo que hasta el siglo XIII la regulación de la fianza no guarda vestigios de la existencia de los beneficios de excusión y división (38).

Implantadas estas dos acciones del fiador, se observa todavía un fuerte rechazo, hasta que la romanización alcanza el siglo XVI; si bien siguen constatándose restos de Derecho consuetudinario.

1.3.2. Sirvan de ejemplo de lo que antecede, el derecho castellano, el aragonés y el francés de la región central.

En Derecho aragonés la figura del fiador cumplía una finalidad que recuerda las primitivas formas de garantía del Derecho Romano, fundamentalmente en lo concerniente al aspecto procesal. El demandante no tomaba prendas del demandado si éste le ofrecía un fiador. Este principio apareció en forma de privilegio en los Fueros de Zaragoza de 1.119 y Tudela de 1.121 concedidos por Alfonso I, pudiéndose generalizar a todos los Fueros (39).

A semejanza de las diversas formas de garantía existentes en el Derecho Romano, aparecían distintas fianzas durante los siglos XII y principios del XIII, que análogas a las recopilaciones privadas, son manifestaciones del Derecho Aragonés que desembocará en el Fuero de 1247.

El más representativo de todos ellos fue el Fuero de Jaca, que apareció posteriormente reproducido en el Código de Aragón de 1247 o Código de Huesca.

Al margen de lo regulado en otros derechos como el castellano, configura desde sus orígenes la fianza como obligación accesoria de la principal (40), concediéndole al fiador,

si pagare la deuda, el derecho a reintegrarle el doble de lo pagado (41).

Dejando de lado otros tipos de fianza como la de salvedad de bienes inmuebles o la prestada cuando se realizaban donaciones *inter-vivos*, en las que constaba documentalmente el nombre de tales fiadores, que podían tomarse en cualquier proceso, sus características pueden resumirse en los siguientes puntos:

- No tenía carácter accesorio.
- Producido el incumplimiento el acreedor se dirige contra el fiador tomándole prendas.
- El fiador no ha de pagar inmediatamente; durante algún tiempo puede forzar al deudor a que pague.
- En algunos supuestos el fiador puede ejecutar bienes inmuebles del deudor para pagar y liberarse.
- Transcurrido el plazo después del incumplimiento, si paga el fiador tiene derecho a exigir el doble de lo pagado.

Al criterio del carácter accesorio de la fianza se opuso Vidal Cañellas, quien admitía la posibilidad de que el deudor o fiador, tomase prendas de uno u otro sin importar la diferenciación (42).

El Vidal Mayor (43) introdujo una distinción innovadora, que una vez redactado el Código civil alcanzó mayor importancia.

Distinguió entre el fiador constituido como tal en "instrumento público" y el fiador que se compromete "por simple promesa". Esta diferenciación podría ser el primer paso de distinción, que posteriormente prosperará en el Derecho Aragonés entre "fiador que se constituye deudor" y "fiador sim

ple". Esta matización tiene su importancia porque según la formalidad del compromiso asumido, las repercusiones prácticas serán diferentes en el uso corriente.

Si el pacto se establece en documento público de modo que "la promesa et el instrument, enduzen conplido obligamiento", al fiador así comprometido se le puede obligar a pagar, aunque en todo caso, se le concederá un plazo de treinta días para que busque al deudor. Pasado el plazo, si hubiere renunciado previamente a él "será costreynido de pagar aquello por lo que fue fiador".

Conclusión que puede extraerse de lo expuesto es que el fiador ocupa similar posición de obligado que el deudor principal. Diversamente, el fiador que se constituyó "por simple promesa" no puede ser "costreynido ni peyndrado que cumpla esto".

En la Edad Media, el fiador que se constituía deudor quedaba sometido a un régimen más duro, con las siguientes peculiaridades:

1. El acreedor podía dirigirse indistintamente contra ambos; inadmisión, en consecuencia, del beneficio de excusión.
2. El fiador contaba con treinta días para pagar la deuda; transcurrido éste quedaba obligado a cumplir la deuda.
3. Si no cumplía por voluntad propia, podía ser compelido a ello por los procedimientos utilizados contra el deudor principal.
4. Después de pagar se le protegía permitiéndole dirigirse contra el deudor, a fin de reintegrarse de lo abonado al acreedor, a lo que se debía añadir el doble de los daños y gastos.

En los siglos XVI y XVII este tipo de fianza no sufrió alteración alguna. Sólo queda para concluir, añadir que estas peculiaridades no se recogieron en el Apéndice de Derecho Foral Aragonés de 1925.

1.3.3. El Derecho Castellano, al igual que sucedía en el aragonés, tenía como finalidad primordial impedir el empleo de la prenda, hasta tal punto que junto con la prisión, se convierten en las dos medidas más generalizadas de los Fueros Castellanos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Las medidas tomadas eran fundamentalmente de carácter procesal; por ello en los Fueros quedaba manifestado de manera expresa que el fiador no quedaba liberado con presentar al demandado, sino que se le exigía que asegurase los resultados del litigio.

La regulación más minuciosa se encuentra en el Fuero de Cuenca, que como hicimos con el de Jaca, pasamos a resumir:

El demandante civil procuraba tomar prendas para asegurarse de que el demandado comparecería en el juicio.

Además, se le facilitaba al demandado la posibilidad de que en lugar de prendas, presentara un fiador al demandante, escogido entre tres vecinos de la localidad; si uno de ellos aceptase ser "sobrelevador" se obligaba a llevar a juicio al demandado el día fijado.

El plazo que se concedía al fiador era más restringido: Nueve días para que pagara, pasados los cuales, el fiador quedaba obligado, de la misma manera que el deudor, a pagar el doble de la deuda debida. Si paga el fiador, el deudor

ha de devolverle el doble de lo pagado (44).

Si hubiere varios fiadores responderán ante el acreedor solidario, aunque después repartieran las cuotas.

El Fuero de Soria, susceptible a la influencia del Derecho Romano, influirá decisivamente en el Derecho castellano a través del Fuero Real, estableciendo que la fianza es una obligación de carácter accesorio y concediéndole al fiador las mismas excepciones que al deudor principal, así como los beneficios de excusión y división (45).

1.3.4. Pasando al Derecho francés de la región central, diremos que los elementos que se daban en la época franca "vadium o festuca" desaparecieron con la infiltración del Derecho Romano.

El "plège" se compromete en los siglos XII y XIII mediante una manifestación externa de la voluntad, hasta hacer que prontamente se refuerce la fianza con un juramento. No obstante, a pesar de su aparente refuerzo, con esta atribución se encontraron serias dificultades a la hora de alegación de pruebas, fundamentalmente en el siglo XIV, exceptuando los casos especiales de que el "plège" se comprometiera solemnemente ante el juez. En los restantes casos, la fianza requirió su realización mediante documento escrito, bien quirografario, cartas selladas o finalmente, por acta notarial.

Curiosamente, desde finales del siglo XII y sobre todo, a partir del XIII, los plèges se comprometen a pagar las deudas, con la particularidad de que estando obligados a la misma cosa que el deudor principal, se les atribuía un carácter accesorio, con atribución de esencial, fundamental-

mente a partir del siglo XVI, aunque sus consecuencias se vislumbraron en el Derecho Medieval. Nada tiene de extraño esta fecha puesto que es precisamente a partir del siglo XIII cuando la influencia romana dio a conocer el beneficio de excusión; así lo demuestra ya una sentencia de 1.261, cuyo objeto se centraba en bienes inmuebles.

Al igual que sucedió en el Derecho castellano, el beneficio no se aceptó prontamente; es más, la práctica demostró su insuficiencia insertando habitualmente una renuncia en el contrato de "plèvine".

Aún en el siglo XVI ciertas regiones como Borgoña, desconocían estos beneficios, siendo frecuente además, que en materia comercial se rechazaran, influenciados por Dumoulin.

Como ocurría en el Derecho castellano, el fiador tenía derecho a obtener el reembolso de todos sus daños y perjuicios.

Es a partir del siglo XVI cuando el fiador no queda a merced del acreedor, porque la admisión de la subrogación le confiere el beneficio de cesión de acciones.

Consecuencia de todo lo expuesto es que al desconocer el derecho consuetudinario los citados beneficios, en el supuesto de pluralidad de los mismos, el acreedor tenía facultad de reclamar el pago total a uno de ellos; si bien se proveía al pagador de una acción para obtener lo desembolsado.

En el siglo XVI el beneficio de división pasa al Derecho Común, con menor resistencia que se opusiera al beneficio de excusión, principalmente en Borgoña.

Es también a partir de este siglo cuando la subrogación, plenamente implantada, permite paliar en el derecho consuetudinario el defecto de la cesión en el momento del pago.

La doctrina de los siglos XVI y XVII, una vez consolidados los beneficios de excusión y de orden, destacaban los siguientes caracteres de la solidaridad:

- Unidad de objeto y pluralidad de vínculos.
- Innovación respecto al Derecho Romano: Representación de los codeudores (46).

A esta institución se aludía posteriormente con la expresión "fianzas solidarias", recordando la antigua fórmula "deudores principales".

1.3.5. En la legislación hispana, el derecho de los Fueros, más el contenido en colecciones de carácter popular y territorial (Libro de los Fueros de Castilla, Fuero Viejo...) coexistirá con el Derecho Real.

El Fuero Real, obra de Alfonso X, contiene instituciones procedentes del Derecho Municipal (en concreto el Fuero de Soria) y al mismo tiempo, una notable influencia en el Derecho de la Recepción. Es a partir del Ordenamiento de Alcalá de 1348, cuando el Derecho de las Partidas tendrá vigencia legal, que aunque subsidiariamente, estuvo muy extendida en la práctica.

La influencia del Derecho Romano se hizo pesar con la desaparición de numerosas formas de fianza; mientras que el amplio sistema del Derecho local castellano se refleja parcialmente en fuentes como el Libro de los Fueros, que reúne elementos de índole local al lado del propiamente territorial.

El Fuero Real hace desaparecer la presencia del fiador como garante de su comparecencia en juicio, comportamiento que se detallaba en el Libro de los Fueros y Fuero Viejo.

Una Ley de importancia considerable es la comprendida en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, que no exigía la presencia de un fiador garante, sino que por el contrario, permitía que se celebrase el juicio civil en rebeldía del demandado, emplazado y ausente. Esta Ley pasó a la Recopilación en 1567 y a la Novísima. En esta materia, coincidía también el Derecho de las Partidas. Únicamente se permitía que el demandante exigiera fiador cuando el demandado no era "rraygado"; en este caso, el demandante podía exigir fiador, que según las Partidas se comprometía a traer a derecho al demandado "a cierto día so cierta pena", concepto que se denominó en Castilla "fiador de lo haz".

Que el fiador tenía la misma obligación que el deudor principal ha quedado suficientemente demostrado (47). Las leyes del Fuero Real (48) se modificaron con minuciosidad, carácter sistemático y fidelidad a los modelos romanos, debido a la extensa redacción del título XII de la quinta Partida.

Al no ocuparse el Derecho Real Castellano de este contrato civil, por no referirse casi nunca sus disposiciones a fiadores voluntarios de un deudor civil ordinario, el Derecho contenido en las Partidas sobre fianza contractual fue durante siglos, el único que reguló esta institución en Castilla; por lo que no es de extrañar que la doctrina de los autores fuera una repetición de la de los doctores italianos, en gran coincidencia en las Partidas.

Puede afirmarse sin carecer de rigor científico que hasta la promulgación del Código civil de 1888 los juristas castellanos se limitan, al estudiar la fianza contractual, a resumir leyes de Partidas y a citar esporádicamente a Gregorio López o Antonio Gómez (49).

1.3.6. El contenido de las Partidas se puede resumir en los siguientes puntos:

- No da una definición, pero de su redacción se induce que es accesoria de otra principal, por ello tiene el límite de no obligar más que al deudor.
- Puede nacer simultáneamente a la principal, pero también antes, admitiéndose la forma oral.
- Si el deudor no cumple oportunamente, el acreedor deberá dirigirse contra él en primer lugar; sólo a falta total o parcial de bienes en el patrimonio del deudor, podrá el acreedor actuar contra el fiador. De esta manera, queda establecido el carácter subsidiario de la responsabilidad patrimonial del fiador y reconocido el beneficio de excusión (51). Sólo en el supuesto de haber renunciado al *beneficium excussionis*, o que el deudor fuere notoriamente insolvente o negare su condición de tal, se admitía que el deudor accionase directamente contra el fiador.

Excepcional resultaba el supuesto en que la Ley de Partidas permitiera dirigirse inicialmente contra el fiador. Esta permisión venía atribuida para los casos de ausencia del deudor principal, si bien había de concederse un plazo. Pero como destaca Valiente (52) con agudo análisis jurídico, aunque la subsidiariedad fuera la regla, las excepciones legales y la doctrina eran muy numerosas; tanto es así, que el citado autor se inclina por pensar que resultaba muy usual dirigirse inicialmente contra el fiador; para ello se basa, no sólo en el *beneficium excussionis* sino en otros datos que aportamos a continuación (53):

- El Fuero de Soria en su parágrafo 368 permitía al acreedor elegir demandado entre fiador y deudor indistintamente "pues que amos le son tenjdos de rresponder ", pasó al Fuero Real(54)

Siendo menor la oposición en este que en las Partidas, puede pensarse que acaso arraigara la norma de responsabilidad indiscriminada de fiador-deudor, antes de que pudiera generalizarse el uso y conocimiento de las Partidas, que reconocían el *beneficium excussionis*.

El uso de la renuncia por parte del fiador al beneficio de excusión en el momento de constituirse la fianza debió ser una práctica generalizada (55). Cita Valiente, como ejemplo, que, en una escritura fechada en Madrid a 7 de julio de 1660, el fiador declara que se obliga a pagar "como tal un fiador principal y llano pagador, sin que sea necesario hacer excursión (sic) en el 'deudor' principal ni sus bienes...".

En otro supuesto en un arrendatario el fiador que al constituirse como tal en la correspondiente escritura (Madrid, 17 de septiembre de 1752) declara obligarse a cumplir lo estipulado como "fiador llano pagador, que por tal se constituye, haciendo como en este caso nace de deuda ajena suya propia, sin que contra el 'deudor' principal ni sus bienes se haga excursión (sic) ni otra diligencia alguna de fuero ni derecho, cuyo beneficio expresamente renunciaba" (56).

A pesar de que las Partidas distinguen entre fiadores solidarios y mancomunadas (57) y que se especifica que "el deudor principal es tenuto de dar al fiador lo que 'este' pago por él" (58), a principios del siglo XIX todavía se acostumbraba eludir el beneficio de excusión del fiador. Tan notorio resultaba que el propio Sala afirmaba que "en el día apenas se ve escritura de fianza que no contenga esta renuncia" (59).

Análoga expresión incluye Escriche en su diccionario, quien explica que "la cláusula de renuncia más bien se pone por rutina de los escribanos que por voluntad expresa de los fiado-

res (60).

Las normas que entremezclan fianza y solidaridad parten de la raíz común que es la regulación de la solidaridad. Ya la Novísima Recopilación (61) recogía la noción de solidaridad: "Obligándose dos personas simplemente o por contrato o por cualquier manera para hacer y cumplir alguna cosa; por este mismo hecho se entiende obligada cada una por mitad; ²slavo si en el contrato se dijere que cada uno se obligare *in solidum* o por el todo, o conviniesen entre sí de otra manera".

Si son dos o más los obligados solidariamente, puede el acreedor demandar a todos y a cada uno de por sí toda la deuda; pero pagando uno, quedarán libres todos (62). En este caso, el deudor, que paga el todo, puede obligar al acreedor a que le ceda el derecho que tenía para demandar a los otros codeudores (63).

Ante esta última Ley, surge la duda de si se está otorgando al deudor pagador una acción de reembolso o de subrogación, inclinándonos finalmente por la primera de ellas; no obstante, analicemos las razones que podrían servir de instrumento para optar por una u otra acción.

Si fuera una acción de subrogación tendría, según la redacción del artículo, un alcance limitado puesto que siguiendo el tenor literal, la única acción que se cede al pagador es el derecho a demandar al resto de los codeudores.

Si el término "derecho" pudiera interpretarse en sentido lato tendría cabida la sustitución del nuevo acreedor en el lugar que dejó el ya resarcido; sin embargo, del último inciso "para demandar..." cabría pensar que la función de dicha Ley fue legitimar al deudor para accionar el correspondiente

proceso a fin de resarcirse de lo desembolsado. Nuestra afirmación vendría además confirmada con la lectura del último párrafo de la L. 8, tít. 12, Part. 5 "... pagando uno, quedarán libres todos", con lo que parece que la intención de la Ley es proporcionar el que pagó el correspondiente derecho para accionar contra el resto de deudores solidarios.

Conclusión pues a la que llegamos es que en la Ley de Partidas parece que se reconoce -aunque no de manera expresa- un derecho de reembolso a favor del deudor solidario que pagó la totalidad de la deuda, antecedente del actual artículo 1844.

La lectura de las leyes citadas no sólo induce a confusión, sino que comentaristas de la época, durante el periodo codificador no encontraron suficientemente explícitas estas normas, por lo que como afirma García Goyena refiriéndose a Febrero: "El reformador del Febrero tuvo por conveniente copiar o traducir la sección que lleva este epígrafe en el Código civil francés, y en la cuarta, capítulo 3, título 3, libro 3. Esta materia ha sido en efecto tratada allí con más extensión y claridad; pasemos por lo tanto a copiar lo que aquel dice..." (64); remisión en consecuencia, a la normativa del Código Napoleónico para la regulación de las obligaciones solidarias.

Veámos a continuación cómo se desenvuelve la solidaridad dentro del marco específico de la fianza.

La consolidación del concepto de solidaridad hizo que ya en el Derecho clásico se introdujera un elemento, que, incluso tras los avatares del tiempo, no ha sufrido notables modificaciones.

En el Derecho clásico la obligación solidaria implica que

el sujeto pasivo se ha comprometido por el todo; dicha totalidad presupone el otorgamiento al acreedor de la posibilidad de dirigirse o proceder directamente contra uno cualquiera de los deudores, exigiéndole la integridad del crédito.

El Derecho francés rechazó dicha distinción, estableciendo el criterio distintivo según la existencia de vínculo contractual.

Si hay un vínculo obligatorio derivado de la voluntad de las partes, la solidaridad será perfecta. Si por el contrario, nace de la Ley la consideraron los clásicos franceses como imperfecta (65).

Las obligaciones solidarias, así como las indivisibles cuya diferenciación también fue objeto de numerosos estudios, constituyen la excepción, cuya regla general venía determinando que cuando en una relación obligatoria forman parte varias personas, se determinan tantas obligaciones independientes con su correspondiente cuota de participación, según los sujetos activos o pasivos que forman la obligación por aplicación de la regla "*concurso partes fiunt*"; la solidaridad constituye excepción por la configuración especial del vínculo, mientras que las obligaciones indivisibles, por la cualidad del objeto (66).

En la doctrina, los clásicos, influenciados del pensamiento de Pothier, mantuvieron la noción de solidaridad bajo la concepción unánime de que existe pluralidad de obligaciones, independientes entre ellas de los sujetos respectivos, que únicamente mantienen aparentemente el objeto de una misma prestación en su manifestación externa referente a su vinculación con el acreedor (67). Como la definición de Pothier se

consideró insuficiente (68), comenzaba diciendo que la obligación solidaria la contraía cada uno por su integridad, señalando esta circunstancia la diferencia entre obligación solidaria e indivisible, se dijo partiendo de este argumento, que si el deudor podía ser perseguido por la totalidad estaba motivado porque la cosa no era susceptible de división; aunque Pothier concluía el significado de la frase anterior añadiendo nuevos elementos (69). Su importancia, resalta, radica en el *totum y totaliter*; esto es, que cada uno se obligue totalmente a la prestación de la cosa si celebró como deudor único la obligación.

A la obligación que adoptaría posteriormente el Código civil ya había replicado Pothier que los codeudores debían obligarse a la misma cosa (artículo 1.200); insistiendo en que faltaba hacer hincapié en que los coobligados quedaban comprometidos a la prestación de la misma cosa. Así pues, concluía, si dos personas se obligan respecto a otra a diferentes obligaciones, no se tratará de dos obligaciones solidarias, sino de dos independientes (70).

La evolución del concepto permitió que los autores durante los siglos XVII y XVIII pudieran consagrar la teoría unitaria de la "solidité" (71), resaltando los dos caracteres que pasaron a consagrarse en la solidaridad: unidad de objeto y pluralidad de vínculos obligatorios, procurando ante todo, delimitar las relaciones entre el acreedor y los deudores o deudor simple.

El propio Pothier rechazó incluso que los deudores solidarios pudieran disfrutar del beneficio de división; aún comparándolo a los efectos que se producen entre los fiadores solidarios. Niega a los primeros el beneficio de división, concediéndole al deudor solidario que pagó la totalidad, única

mente el derecho de reclamar las acciones al acreedor contra el resto de los obligados solidarios (72).

Es importante destacar que entre los autores franceses aún se entiende la solidaridad como una modalidad de garantía personal, unidas también a la indivisibilidad; conceptos ambos que encontraron serias dificultades a la hora de definirlos como instituciones reparadas.

La solidaridad llegó a considerarse tan vinculada a la fianza, que hubieron autores que se inclinaron por la opinión de que era una fianza mutua (73). Cada uno de los deudores solidarios era fiador respecto de los otros, aunque la Ley no les considerara como tales. No obstante, a pesar de la conexión entre ambos conceptos la diferencia sustancial quedó establecida desde un principio. Radica ésta en que los deudores solidarios se consideran deudores principales mientras que el fiador no es más que un obligado accesorio (74).

Nuestro Derecho siguió un criterio contrario al de presunción de solidaridad (75).

La Novísima Recopilación, que modificó sustancialmente el criterio recogido en el Fuero Real y en las Partidas, estableció expresamente el criterio de no presumir la solidaridad entre los codeudores, si bien antes ya hemos visto cómo existían antecedentes en los que se daba una tendencia favorable al régimen de solidaridad (76).

1.3.7. Esta presunción se recoge en el artículo 1.058 del Proyecto de Código civil de 1851, asumido posteriormente en su integridad, por el Código civil.

Trasladado este principio a la fianza, en el Proyecto de Código civil de 1836 (77), en su artículo 1.793, da una definición de la misma. Dice el citado artículo: "La fianza es un contrato accesorio por el cual se obliga uno o más individuos a pagar una deuda o cumplir cualquier obligación contraída por otro, en el caso de que éste no la cumpla".

Al referirse al ámbito de aplicación de la fianza dice el artículo 1.813: "El fiador puede obligarse, o sólo accesoriamente a falta de cumplimiento de la obligación del deudor, o mancomunadamente con éste como pagador principal". El primero de los casos expresados, prosigue el artículo 1.814: "El fiador no debe ser reconvenido antes de que hecha la excusión en los bienes del deudor, se vea que éstos no son suficientes para cubrir la deuda".

En el segundo, puede ser demandado el fiador sin que proceda excusión en los bienes del deudor".

En este proyecto se reconoce el carácter accesorio de la fianza (78); a la vez que se tratan dos formas de obligarse para el fiador: "O accesoriamente, a falta de cumplimiento de la obligación del deudor, o mancomunadamente con éste como pagador principal" (79).

De la constitución de fianzas distintas, consecuencias, también diferentes, se derivan de estos dos tipos: "En el primero de los dos casos expresados en el artículo anterior, el fiador no debe ser reconvenido antes de que, hecha excusión en los bienes del deudor, se vea que éstos no son suficientes para cubrir la deuda. En el segundo caso, puede ser demandado el fiador sin que proceda excusión en los bienes del deudor" (80). Consiguientemente, el proyecto de 1836 deja subsistente la obligación del fiador simple, amparado con el beneficio de

previa excusión y el del fiador mancomunado correspondiente a la noción actual de solidaridad.

Se deja asimismo establecida la obligación del deudor principal de satisfacer al fiador todo lo que éste pagare en razón a dicha fianza, más los gastos judiciales y extrajudiciales que la misma originare, no importando la aquiescencia del deudor respecto al pago del fiador. Si se produce un pago por parte del deudor, éste queda obligado al resarcimiento más daños y perjuicios. Quizás, su razón última viniera justificada porque previamente al incumplimiento del deudor hay una relación obligacional de fianza ya establecida, que atribuye al fiador ciertas prerrogativas como pudieran darse en conexión con el artículo 1.159 del Código civil actual que, a diferencia del proyecto, permite que, aún con la ignorancia del deudor, se le subroga en sus derechos; si bien en éste y en el de 1.851 únicamente se concedía un derecho de subrogación en lo que hubiere resultado útil al deudor (81) o que una vez tenido conocimiento de la misma, la hubiere consentido o aprobado (82). Curiosamente, y quizás con su antecedente más inmediato en la Ley de Partidas, ya comentada (83), la subrogación se consideraba entre las obligaciones y derechos de los cofiadores; es decir, englobada en las normas de solidaridad, porque aunque existía una referencia al fiador pagador de toda la deuda, sólo se contempla esta acción en relación a una pluralidad de fiadores (84).

En el Anteproyecto de 1882-1888 la definición de la fianza quedó configurada, no como contrato accesorio, sino como "una obligación a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste".

Si al fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección IV, capítulo

3º, título 1º de este libro".

Este artículo primero se correspondía con el artículo 1.733 del Proyecto de 1.851, que en lugar de referirse a obligaciones solidarias, mencionaba el equivalente de "mancomunadamente" (85).

En el artículo 17 del mismo Anteproyecto, se manifiesta expresamente el carácter contrario a la solidaridad, si no se alega expresamente. "Siendo, dice el artículo citado, muchos los fiadores de un mismo deudor, y por una misma deuda, la obligación o responder de ella se divide entre todos; de suerte que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad". ¿Cuáles son los efectos que se producen cuando paga uno de ellos?. A ello nos remite el artículo 24 "... El que de ellos le haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer.

Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recae sobre todo en la misma proporción". Este artículo plantea el problema de dilucidar si es un caso de solidaridad o mancomunidad. En todo caso, subsiste el beneficio de subrogación, aún en el caso de pago parcial (86).

"Siendo muchos los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno de ellos responde de toda la deuda", dice el artículo 1.750 del Anteproyecto de 1882 (87). El comentario de García Goyena sobre el mismo, ratifica el criterio anteriormente expuesto, apoyándose incluso en los mismos textos que, siguiendo en gran parte a Hernández Gil, escogimos como exponentes de nuestra argumentación.

Aunque se haya citado la novela 99, capítulo I, el Código Civil Francés en su artículo 1.202 y 1.058 Español, que recogen el principio de presunción de no solidaridad, si ésta no se manifiesta expresamente García Goyena por entender que en dicho artículo rige el principio de solidaridad entre los fiadores, basándose en que la naturaleza de la fianza, así constituída, está en el sometimiento de todos, al igual que el deudor principal, si otra cosa no se expresa.

Se corresponde con el artículo precedente, el 1.758 del Proyecto referido, que regula como efecto, el que pueda reclamar de cada una de los otros la parte que proporcionalmente le corresponde; Si recayere en insolvencia uno de ellos, su parte se parte se distribuirá sobre el resto en la misma proporción (88).

1.3.8. Partiendo de la redacción actual del artículo 1.822 "Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.

Si el fiador se obliga solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección 4ª, capítulo 3º, título 1º de este libro", los primeros comentarios del Código civil recogieron esta definición sin ver en ella ningún signo por el que inalterable el carácter accesorio de la fianza. Es más, el propio Manresa justifica dicha disposición, en base a la legitimación que concede a todo tercero para que intervenga en el cumplimiento de la obligación. De esta forma, por aplicación extensiva, entiende que si un tercero puede pagar por el deudor, no encuentra razón alguna para impedir que, en lugar de hacer el pago a su vencimiento, se obligue a realizarlo para cuando sea exigible lo deuda.

La dificultad que pudiera entrañar distinguir si la obligación contraída por el tercero es a título de deudor principal o fiador, lo deja a la voluntad de las partes (89).

El propio Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de diciembre de 1898, como cita Manresa, se manifestó en esta misma orientación al declarar "que por consistir la fianza en la obligación de cumplir los compromisos contraídos por un tercero para el caso de no hacerlos éste. Cabe que el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal sin perder por ello el contrato su naturaleza propia".

El propio Tribunal estimó como requisito indispensable para que existiera fianza la concurrencia de una tercera persona, estableciendo las diferencias entre el obligado solidario y el fiador también solidario. En este último supuesto no es requisito necesario agotar previamente todos los requerimientos ante el obligado principal para que la obligación del fiador nazca, pues aunque sea subsidiaria puede surtir los efectos de la principal, sin ser óbice para perder el carácter de fiador. La diferencia entre ambos obligados, según se desprende de lo dicho, radica en que "siendo la fianza una obligación accesoria, no puede asumir todos los caracteres de la obligación principal" (90).

La distinción a efectos prácticos es importante, no sólo por el empleo de excepciones que en la fianza parece tener un carácter más amplio, sino además porque el régimen de la misma favorece mayormente al fiador solidario que al deudor solidario, aunque su respuesta ante una deuda tenga que ser similar.

El deudor solidario en uso del derecho que le confiere el artículo 1.144 sólo podrá exigir de sus codeudores la parte

que a cada uno de ellos corresponde en el débito más los intereses del anticipo hecho, mientras que el fiador, obligado solidariamente con el deudor principal, podrá repetir contra el fiado por la totalidad de lo satisfecho para cumplir su obligación fideiusoria, cifrada en el artículo 1.838, además del beneficio de subrogación que es inexistente en las meras disposiciones solidarias.

El Tribunal Supremo fue más allá en sus afirmaciones imbuido del carácter meramente garante de la fianza. Significa que es medio de protección para el acreedor contra la insolvencia del deudor (91), o de asegurar al acreedor contra el daño de incumplimiento de la obligación, permitiéndole, cuando no logre su cumplimiento, obtener la utilidad económica que de ella se esperaba (92). Constituye el contrato de fianza mediante la concurrencia de tres sujetos: Acreedor, fiador, deudor y dos obligaciones: Una principal y otra subsidiaria (93). Esta última ha de entenderse como principio general como ya quedó explicado (94).

Los autores se muestran tan conformes con esta división, que incluso alguno de ellos (95) admite dos acepciones de la misma definición de fianza.

Así, entienden que en sentido lato la fianza comprende todas aquellas convenciones, con o sin nombre, que tengan por causa y finalidad asegurar o cargar sobre sí las obligaciones de un tercero, o sean los contratos genéricamente llamados de garantía con responsabilidad principal, cual si fue se el verdadero deudor, que se hace efectivo directamente del nuevo comprometido por su propia voluntad; y otra, en el restrictivo y estricto a que se refiere el título 14 del Libro 4º del Código, aunque admite también la solidaridad entre deudor y fiador.

Por lo general entiende como fianza sólo el contrato accesorio, dependiente de otro principal para cumplir por el tercero obligado, caso de que éste no lo hiciera (96).

El funcionamiento será el mismo que en los supuestos de solidaridad propia. El fiador se verá obligado a pagar principalmente a elección del acreedor a cuyo favor se constituyó la fianza, y cuando deje de hacerlo el verdadero responsable. Máxime si añadimos el derecho para promover la demanda contra el fiador sin hacer emplazar antes o a la vez al deudor, y que no se puede declarar libre al fiador si el deudor principal no hubiera sido parte en el juicio; toda vez que las excepciones que a éste competían se pueden oponer por el fiador según el artículo 1.853 y aún proceder éste desde que se vio demandado contra el acreedor, conforme al artículo 1.843 (97).

De lo dicho se desprenden dos clases de fianza: Obligación solidaria con el deudor principal y fianza simple o indefinida. Es indudable la influencia francesa en esta materia. Pothier definía la solidaridad en una obligación de una manera muy sencilla. Entendía que se producía este supuesto cuando uno de los que habían contraído la obligación se obligaba por entero soportando que la solución de uno libere a los demás. La obligación debe versar sobre una sola cosa y que cada uno de ellos debe responsabilizarse *in solidum*, de la misma manera que si fuera el único deudor, con la condición de que el pago realizado por uno de los codeudores libere a los demás.

Señala también como requisito imprescindible, no que cada uno de los codeudores lo sea de toda la cosa, propio de las obligaciones indivisibles, sino que se obligue a dar

o cumplir la prestación de toda la cosa, como si únicamente él hubiera contraído la obligación. Los deudores deben además obligarse a la prestación de una misma cosa.

Si se obligaren dos personas en favor de un tercero sobre cosas diferentes no podría hablarse de obligaciones solidarias, sino de obligaciones distintas. Poco importa, por otra parte, que cada uno de los obligados se haya obligado de manera diferente, con tal que se hubieran obligado *in solidum* a la prestación de una misma cosa.

Característica también fundamental que destaca Pothier de la solidaridad es que cuando han contraído muchos una deuda solidaria, cada uno de ellos es deudor del total, únicamente respecto al acreedor. Entre ellos la deuda se halla dividida y cada uno es deudor, de por sí, tan sólo en aquella parte que ha tomado en la causa que ha producido la deuda (98).

Aún partiendo de que el carácter solidario de la obligación debe pactarse expresamente (99), entiende que caso de no expresarse dicho carácter solidario es factible presumirlo si siendo muchos los que han contraído, cada cual se obliga en una cuota preestablecida (100). La conclusión que se deduce es que Pothier no exige la manifestación expresa de solidaridad, criterio contrario al que posteriormente se recoge en el Código Civil Francés, que en su artículo 1.202 niega la presunción de solidaridad, referente a la de deudores, aunque idéntico criterio se siga respecto a la activa.

1.4. Principales efectos de las obligaciones solidarias en varios deudores.

Pothier los centra en varios puntos:

En primer lugar, podrá el acreedor dirigirse contra el deudor que estime más solvente, exigiéndole la totalidad de la deuda. Es necesario además que el deudor satisfaga la misma en su totalidad, puesto que hasta que no se liquide íntegramente, no quedarán liberados el resto de deudores.

Una ventaja es que la interpretación judicial de uno de los codeudores solidarios interrumpa la prescripción contra todos los demás, ya que al interpelar el acreedor a uno de ellos, se le ha requerido por la totalidad de la deuda.

Siguiendo al mismo principio, si la cosa objeto de la obligación hubiere perecido por culpa de uno de los codeudores o después de incurrir en mora, la deuda se perpetúa contra todos los demás, quedando todos obligados a pagar el precio de la cosa en cuestión.

No solamente libera a todos los codeudores el pago, sino también toda forma de cumplimiento que tenga efectos liberatorios (101).

Si el deudor solidario paga toda la deuda, tiene derecho a exigir que no se entienda extinguida en su totalidad sino únicamente en la porción que les corresponda.

También está legitimado para solicitar del acreedor las acciones que éste ostente para poder proceder con ellas contra sus codeudores.

El acreedor no podrá negarse a esta subrogación, siempre que se lo pida el deudor que paga el total debido.

La subrogación amplía más los derechos. Con ella, también se estará legitimado para reclamar al acreedor las acciones de que disponga, no pudiéndose negar el acreedor a dicha sub-

rogación. Es más, afirma el autor, si el acreedor hubiera denegado dicha subrogación, será la Ley misma la que supla la negativa de aquél, atribuyéndole al deudor todos los derechos y acciones que tenía. Ya se expuso que cuando el deudor solidario no reclamaba la subrogación en el momento del pago no se le concedía (102).

Si omitió pedir la subrogación cuando pagó, al deudor solidario se le provee de una acción para conseguir de cada uno de los restantes deudores la parte por la que cada uno de éstos estuviere obligado, con la excepción de que si alguno de ellos no pudiere pagar por devenir insolvente, el que hubiere satisfecho la totalidad de la deuda podrá exigir a los restantes la parte proporcional del insolvente, dividida entre el resto (103).

Destaca la doctrina francesa la diferencia entre los deudores solidarios y los cofiadores. Entienden, que aunque estos últimos estén obligados individualmente de la deuda íntegra como indivisible, en virtud del artículo 2.025, pueden resultar, si así lo conviniere expresamente, solidarios (artículo 2.021). Sin embargo, éstos se encontrarán más beneficiados por la facultad que las Leyes les conceden de dividir la deuda en la parte correspondiente a lo que se comprometió cada uno; por lo que entienden que es más beneficiosa la facultad de repartir la deuda entre todos los obligados que renunciar a la solidaridad (104).

Una vez pagada la deuda por uno de los obligados solidarios, éste podrá repetir contra aquéllos únicamente en las porciones que cada uno se comprometiere.

Nos encontramos que el legislador, desde la primera redacción del Código civil francés, recogió el supuesto de que uno

de ellos pudiera resultar insolvente; en dicho caso, se distribuirá proporcionalmente entre el resto de los deudores solventes la parte que aquél no pudo hacer frente (105).

De este artículo hay que entender que se deducen unas consecuencias restrictivas que tendrán su repercusión en la subrogación legal.

Si el codeudor no puede repetir contra el resto de la cuantía de la deuda, sino únicamente las partes proporcionales, nos encontramos con un supuesto de pago parcial, que perjudica al deudor solidario en el momento de ejercer la subrogación, puesto que se verá obligado a concurrir con el acreedor rompiendo el principio de subrogación, en situación desfavorable para el primero.

En cuanto a los efectos del pago de uno de ellos, será la extinción de la obligación y correspondiente liberación de todos los obligados solidarios. Todo ello origina que surge una acción de repetición en beneficio del pagador contra el resto, que podrá ejercitar: o bien contra la totalidad o cada uno de ellos en el momento que estime oportuno.

Antes de efectuar el pago, el deudor deberá tener en cuenta las excepciones que podría haber opuesto alguno o todos en su totalidad.

Sin entrar en mayores profundizaciones, sólo apuntar que para el deudor que pague pueda proceder contra los demás, es necesario que no haya perjudicado alguna expectativa vinculada a la pluralidad de deudores o alguno de los implicados en la relación obligatoria.

También es requisito imprescindible que el codeudor haya informado al resto del pago que se disponía efectuar; caso

de no hacerlo se encontrará carente de acción contra los que han repetido el pago. Únicamente podrá actuar contra el acreedor por haber recibido el cobro dos veces, ocasionando el enriquecimiento injusto.

Dos principios generales extrae la doctrina francesa: El codeudor que pagó sin notificárselo a los demás se verá desprovisto de toda acción contra aquéllos. Otro segundo principio se desprende del artículo 1.214 que regula los efectos que repercuten en el deudor solidario pagador de la totalidad de la deuda; también es posible que uno de ellos pague una parte. Si la Ley prevé este supuesto es únicamente para regular los efectos sobre el resto de los obligados (106).

Si el deudor paga sólo una parte, podrá repercutir sobre los demás, en la medida proporcional a lo pagado, como si de una deuda particular se tratase, ejercitando su acción contra los demás en las proporciones correspondientes, incluidos los intereses.

Conviene destacar que aún después de la codificación, la idea del mandato en las relaciones en que intervienen pluralidad de sujetos, se justificó en virtud de que en la solidaridad se exige que el resto de los deudores le reembolsen sus cuotas correspondientes, si pagó más de su parte contando el montante de los intereses desde el vencimiento del pago.

Se entiende incluso, que con esta relación el deudor solidario que se ha convertido en acreedor tenga más derechos que el acreedor mismo, porque queda subrogado a la vez que acumula las ventajas del mandato simultáneamente (107). Se destaca, pues, que al deudor solidario se le concede también la subrogación, como interesado en el cumplimiento de la obligación (108).

En cuanto a los gastos, se establece una diferenciación respecto a los cofiadores. Los gastos producidos no podrán reembolsárselos porque se les atribuye carácter personal.

Se encuentran consiguientemente en una posición diferente del fiador, a quien la Ley concede acción para reclamar los gastos que se le originaron desde que se requirió al deudor principal que pagara en virtud del ya conocido artículo 2.028; ello no obsta para que entre los deudores pueda pactarse un compromiso de pago de los gastos y establecer en su relación interna cuantas condiciones estimen necesarias.

Respecto a la porción de deuda que se acrecienta si uno de los deudores ha devenido insolvente, se repartirá su cuota en proporción correspondiente a su contribución en la obligación. En dicho supuesto, el pago excedente no se verá compensado con la atribución de ninguna acción.

Si el acreedor hubiere renunciado a establecer una relación de solidaridad con algún sujeto, la excusión del acreedor no es óbice para que, caso de llegar a una situación de insolvencia, se reparta su deuda entre el resto (109).

También la doctrina (110) destacó la solidaridad entre deudores con la obligación impuesta a cada uno de pagar la totalidad de la deuda, debida por todos en común, cuando emite el pago uno sólo.

No forman evidentemente parte ni se obligan a una división principal, como sucedería en las obligaciones condicionales o alternativas.

Forman parte de una subdivisión en la que varios codeudores se encuentran vinculados de tal forma, que uno cualquiera

de ellos tiene derecho a pagar la totalidad, oponiéndose consiguientemente al carácter de obligación única (111), con la particularidad de que cuando hay varios deudores, la deuda se divide en tantas cuantas deudas distintas se hubieren estipulado entre los deudores; principio que conduce a consecuencias análogas a las que se derivan de la división del crédito (112).

Sobre la forma, también los autores se muestran partidarios de permitir una fórmula abierta que no imposibilite de valerse a las partes de formulaciones que expresen el ánimo de comprometerse solidariamente (113).

Para la opinión mayoritaria, y pensamos que esta consideración pudiera ser también aplicable al artículo 1.844 de nuestro Código civil, la expresión "conjointement" debe interpretarse por solidariamente (114).

Resalta Laurent con especial detenimiento, que la deuda contraída por varios deudores de manera solidaria, no es común a todos los deudores, puesto que el acreedor tendrá tantos créditos distintos como deudores existan (115).

Critica este autor la definición clásica de solidaridad que entendía se producía cuando varios deudores se obligaban a la misma cosa; es decir, cuando cada uno de ellos se comprometía de forma que pudiera ser compelido por la totalidad de la deuda y que el pago realizado por uno liberara a todos los demás. Ello motivó que la definición dada por el Código francés en su artículo 1.200 fuera criticada por las razones antedichas, puesto que una obligación no puede configurarse sólo como solidaria por el hecho de que cada deudor quede constreñido al pago de la totalidad.

La definición de fianza como contrato accesorio, con la permisión de que el fiador pueda comprometerse con carácter solidario tiene su explicación en razones históricas. Parece, pues, que la única finalidad del legislador es a partir de la concepción inmutable de que la fianza es un acto accesorio, que puede celebrarse de forma que el fiador quede privado del beneficio de excusión, pudiendo distinguirse entre la relación interna que pone de manifiesto la vinculación de garantía entre ambos y la externa que pasará por dos fases con una única finalidad.

La primera fase será la celebración del contrato con el obligado principal; la segunda, que puede ser simultánea, resultará de la estipulación de una relación que garantice aquélla.

La pretensión de dicha relación es notoria: garantizar al acreedor su crédito. Si se celebra con carácter solidario, evidentemente el acreedor tendrá su crédito más reforzado que si tiene carácter simple (116).

Esta idea se traslada también cuando hay pluralidad de fiadores. El artículo 1.827 actual no permite demandar a cada uno, sino por la parte "que proporcionalmente les corresponda"; si bien el artículo siguiente hace esta salvedad: "... Si cada uno de los fiadores se hubiere obligado mancomunadamente por toda la deuda, podrá exigírsele el pago de ella, quedándole el recurso contra los confiadores". Así pues, "el fiador que hubiere pagado toda la deuda, ya voluntariamente, ya por habersele exigido el pago en razón de estar obligado *in solidum*, tendrá derecho a pedir a los otros confiadores la parte que respectivamente les corresponda".

El artículo 1.830 queda sistemáticamente alejado del ar-

título 1.822 que regula el derecho del fiador a reclamar todo lo que pagare en razón de la fianza y además, los gastos judiciales y extrajudiciales que de la misma se le originen (117).

Concede, en todo caso, aún cuando se dé sin tener noticia el deudor, la subrogación en todos los derechos y acciones que tuviere el acreedor, tanto contra los cofiadores como contra el deudor principal (118), si bien se exige que haya resultado útil el pago al deudor como acreedor-fiador.

1.5. Expuestos en líneas generales los antecedentes históricos sustanciales de la solidaridad, así como el motivo por el que el Código civil no consigue desvincular ambos campos, puede concluirse con las siguientes ideas: Los autores clásicos se preocuparon de desvincular ambos ámbitos, partiendo de la diferencia entre el obligado con carácter solidario, que en todo momento está asumiendo una obligación principal, y la del fiador, que, aún asumida por esta atribución de carácter solidario, repercutirá fundamentalmente en las relaciones entre acreedor-fiador, quien verá mejoradas las posibilidades de agilizar el reintegro de su crédito puesto que la estipulación en sí le legitima para dirigirse indistintamente, según su voluntad, contra el deudor que mejor pueda hacer frente a la obligación contraída. La doctrina hizo mucho hincapié en que, en todo caso, la asunción de la obligación por el fiador no tiene el carácter de obligación principal, en contraposición a lo que sucede con la obligación solidaria.

Ahondando en este pensamiento, subyacente a esta idea, está la distinción entre débito y responsabilidad.

El fiador será responsable, tanto frente al acreedor como frente al deudor, en iguales condiciones que éste; sin embargo, el conocimiento de la deuda puede que los coloque en una

situación de origen diferente.

La deuda contraída por el deudor originario no debe lógicamente responder a la finalidad por la que se comprometió el fiador. Ello motiva que se pueda diferenciar *a priori* entre obligación principal, que siempre tendrá el carácter de contraída por un deudor, con la peculiaridad de asumir su responsabilidad compartida con otros sujetos, de la obligación fideiusoria que, aún contraída solidariamente, es decir, estando inmerso en los mismos condicionamientos y responsabilidades que el deudor principal, hace que por su configuración de obligación de garantía, que por principio tiene carácter subsidiario, se sitúe la responsabilidad en el mismo plano, mientras que la causa, objeto y sujeto del contrato, permitan considerar que no es la misma obligación sino dos obligaciones superpuestas que confluyen en la responsabilidad.

Ponen los autores las notas distintivas en los efectos que se producen para el deudor solidario y el fiador solidario que realiza el mismo comportamiento. Mientras que al primero se le protege concediéndole la correspondiente acción de reembolso, que propiamente en la solidaridad recibe la denominación acertada e impropriamente utilizada para otros supuestos de acción de regreso; en la fianza motivada por las razones históricas que tratamos, se concede al fiador el beneficio de la subrogación.

Beneficio que, si se tratare de un único deudor, situará al fiador en idéntica posición que el acreedor, y si fueren varios, se distribuirá entre ellos las porciones respectivas no pagadas, siguiendo el régimen de pluralidad de fiadores.

También existen diferencias en la repercusión que acarree

el comportamiento doloso de uno de los coobligados con producción de daños en el resto de los obligados.

En materia de fianza, la conducta dolosa tendrá que atenerse en su regulación al principio de que si se asumió con el pleno asentimiento del deudor principal, el fiador, a todos los efectos, se entenderá como un mandatario de aquél, sometiéndose en consecuencia, al régimen propio.

Si la fianza se contrajo en contra o bajo la ignorancia del deudor, se estará ante una conducta dolosa, teniéndose que atener a las normas propias de la gestión de negocios ajenos; mientras que en la solidaridad pasiva, es frecuente que las reglas por las que se rijan sean las propias del criterio de representación entre deudores.

También se puede establecer una normativa diferente en el sistema de excepciones, de las que son merecedores ambos tipos de deudores.

Si el deudor solidario está facultado para oponer unas excepciones de carácter muy limitado, al fiador solidario se le dan las mismas facultades que a un fiador simple; pudiéndose considerar respecto al deudor solidario diferencias muy notorias en el modo de proteger el débito, puesto que el fiador podrá oponer, no únicamente las excepciones inherentes al crédito, sino también las personales que hubiere podido accionar el deudor que contrajo la obligación originaria (119).

Por último, es importante constatar que para la constitución de la solidaridad pasiva es necesario el consentimiento de todos los contrayentes, aunque no afecte directamente a los fiadores pero sí a la relación posterior entre fiador-

deudor; la fianza, sin embargo, puede constituirse, aún en contra de la voluntad del deudor (120).

Para la mayoría de autores, las únicas diferencias entre una u otra clase de solidaridad radicaban en que al fiador solidario se le privaba del beneficio de orden y de división (121).

Este planteamiento produjo una réplica inmediata en algunos autores, sobre todo franceses, que refutaron tal explicación aduciendo que tal interpretación no tenía consistencia alguna puesto que el legislador había establecido en la primera parte del artículo, que el fiador solidario no podía valerse del beneficio de excusión con el deudor solidario. Conclusión que no aportaría nada positivo aunque no puede hablarse de excusión en los principios establecidos para las obligaciones solidarias propias, puesto que dicha relación únicamente está compuesta de deudores principales (122). Algunos autores, como por ejemplo Campogrande rechazan la tesis, argumentando que la finalidad del legislador es reforzar el concepto mismo de la fianza, con la salvedad de que cuando se obliga como solidario, su situación jurídica no es diversa de la de un deudor solidario (123).

Más difícil es en cambio, diferenciar los aspectos económicos que cubren. En ocasiones puede apreciarse la semejanza de su función, que es asegurar los créditos mediante una obligación personal accesoria, como en la fianza, o principal como en la obligación solidaria propia; en ambos casos, también es indiscutible que tanto el fiador como el deudor solidario se obligan *pro alio*, en cuanto se vinculan a los intereses de otros, sin olvidar que la ejecutan en nombre propio en cuanto asumen la obligación personal de satisfacer la deuda que garantizan.

Todo lo expuesto no es óbice para percatarse que la regulación del Código civil en materia de fianza es muy confusa. Tras manejar alternativamente los conceptos de fianza simple, simultáneamente nos remite a las normas de solidaridad tratándose de relación fideiusoria sometida expresamente a este régimen. Emplea coetáneamente de manera consecutiva los conceptos de mancomunidad del artículo 1.857 junto con los del artículo 1.844, cuyo tenor literal no propicia a declarar con carácter único que sea una fianza estipulada de forma solidaria.

Por otra parte, la solidaridad no es un intento de ampliar el tema de nuestra exposición, sino de incidir de manera directa en el mismo, cuyas repercusiones resultarán diferentes según el régimen alternativo que propongamos. Una aproximación al tema es sentar las bases sobre las que se fundamenta la solidaridad.

Establecer las diferencias es beneficioso para el fiador ya que su situación quedará mejor respaldada. La conclusión de que la remisión del Código en su artículo 1.822 es íntegra a la solidaridad, desvinculándola de su carácter de garantía personal es perjudicar la posición del fiador.

Siguiendo el criterio establecido en el Código civil en sus artículos 1.137 y siguientes, vinculándolos a los efectos regulados en los artículos 1.141, 1.142 y 1.145, hay que pensar que la esencia de la solidaridad radica en partir de la existencia de una pluralidad de sujetos, que implica que la relación obligatoria es única (124) y que además, cada uno de los deudores estén obligados a la totalidad de la prestación respecto al acreedor común o a cada uno de los varios acreedores; a su vez, cada uno de estos últimos puede exigir del deudor común o de cada uno de los deudores la to-

talidad de la prestación, con la necesidad -ya apuntada- de que la prestación se realice de una sola vez (125). Este efecto unitario se exterioriza mediante una acción única y externamente común; produciendo a su vez, un desdoblamiento en su vertiente jurídica externa.

Puede que el pago se haya realizado con la aportación de cada uno de los deudores, o que uno solo de ellos se haya erigido en pagador exclusivo.

Las situaciones jurídicas son diferentes y los remedios tutelares que concede el Código civil también; por ello interesa conocer la reclamación de las acciones pertinentes como medidas cautelares que atribuye el ordenamiento jurídico.

La redacción del artículo 1.822-2º se justifica por sus antecedentes históricos.

Los comentaristas del Código civil siguen este mismo criterio, quizás porque aún a pesar de la notable, sino decisiva influencia del Código civil francés, en el nuestro, pesaron también los antecedentes históricos propios. No hay que olvidar que inspirándose en los principios romanos, durante largo tiempo se pensó que el principio era de presunción de solidaridad; para que existiera éste se precisaba la previa manifestación expresa.

El problema de diferenciar ambas figuras es que las dos tienen una finalidad. En la solidaridad pasiva se entiende, que es dotar de mayores garantías al acreedor aumentando sus recursos o la forma de actuación frente a varios deudores en lugar de uno.

Lo que en principio se configuró al margen de las garantías personales, desde el derecho Romano al actual, va con-

solidando la tendencia a aumentar los derechos del acreedor. Sin embargo, mientras su configuración técnica las separa por contemplar la solidaridad situaciones en que se parte en origen de pluralidad de sujetos, se consolida técnicamente como una forma de obligación de sujetos múltiples, semejante a la relación obligatoria indivisible (126), cuyo recurso técnico fue la representación o el mandato en el Derecho Francés como ya quedó precisado.

El punto de partida debe constituirlo la firmeza de que la garantía es una ventaja particular que se reconoce al acreedor para protegerle de la insolvencia de su deudor.

Si el acreedor ve garantizado su crédito, la permisibilidad de pagos fraccionados o a plazos se verá larvada, siendo más fácil conseguirlo; así pues, desde un principio las garantías desempeñan el papel de ser un factor importante en el desenvolvimiento del tráfico.

Fue una materia en la que triunfó el pragmatismo; las necesidades jurídicas y el tecnicismo tuvieron que amoldarse a las necesidades del tráfico jurídico.

Llevados de este talante, hay autores que llegan a mantener que los romanos ignoraron, tanto el concepto como la teoría de las garantías de la obligación (127).

Las formas de garantía han ido surgiendo y brotando en la práctica, consagrándolas tanto la doctrina como la legislación con el defecto de no proponer ideas de conjunto, mientras que tampoco se rechazaban las técnicas caídas en desuso.

Como dicen algunos autores, el ingenio de las prácticas

tuvo el campo abierto; circunstancia que les permitió utilizar las técnicas más variadas para asegurar directamente una garantía de la obligación: compensación, resolución del contrato, solidaridad, retención... (128), siendo el factor económico el promotor de la distinción entre seguridades personales y reales, cuyo fin en aquéllas es multiplicar los deudores por una sola deuda al efecto de disminuir el riesgo de impago. Consecuencia de ello es la permisión al acreedor de accionar contra personas distintas del deudor principal. Estas suplirán la insuficiencia del patrimonio del deudor prestándose a sufrir una pérdida en el suyo.

Si la garantía que se prestó, entendiéndose por tal, la afección de un patrimonio con la finalidad de reforzar la posición del acreedor, de forma que se intensifique la responsabilidad, mientras que el débito permanece inalterable (129), queda sometida a la forma de fianza personal, nos encontraremos con una diferencia sustancial.

En la solidaridad pasiva, los derechos del acreedor se ejercitan simultáneamente, mientras que en la fianza debe producirse sucesivamente, en razón a su función meramente accesoria, que caracteriza la fianza (130). No obstante, esta afirmación, que en la actualidad abriría un interrogante para los supuestos de fianza solidaria, no es capaz de sostener un orden sucesivo, sino que cabe se produzca de forma simultánea e incluso, según la solvencia de ambos sujetos pasivos, es probable que el acreedor se dirija en primer término contra el fiador, lo que hace que dicha argumentación sólo pueda mantenerse en el terreno hipotético o dogmático.

2. ACTUACIONES DEL COFIADOR EN LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE FIADORES.

2.1. Requerimiento de pago.

2.2. Acciones nacidas después de realizado el pago.

2.2.1. Acciones de subrogación y regreso. Delimitación de las mismas.

2.3. Excepciones oponibles por el fiador.

2.1. El supuesto que nos proponemos abordar plantea un tema preciso de clarificar, por ello la denominación genérica del enunciado, como supuesto de pluralidad de fiadores.

Para percatarnos de dicho dilema hasta detenernos en el análisis de los efectos de la fianza entre cofiadores, regulado en la sección tercera, capítulo II del título XIV destinado a dicha institución.

Esta sección está constituida únicamente por tres artículos, del último de los cuales prescindiremos porque su ámbito de aplicación queda restringido a la subfianza. En consecuencia, el ámbito de nuestro planteamiento queda reducido a los artículos 1.844 y 1.845.

El artículo 1.844 atribuye al cofiador la acción de reclamación siempre que reúna dos condiciones: que el pago se efectúe después de haber sido requerido judicialmente para el pago; supuesto que nos permite excluir cualquier otro medio de notificación de incumplimiento por parte del obligado principal respecto a los codeudores, aunque la Jurisprudencia es permisiva en este aspecto. Su orientación, en principio, es dar un sentido restrictivo al artículo 1.844 y en los supuestos en que no se cumplan los requisitos exi-

gibles, habrá una remisión inmediata a las normas de la solidaridad. La Sentencia de 9 de junio de 1958, por ejemplo, admite la notificación mediante requerimiento notarial para pago de un aval. La Sentencia de 15 de enero de 1931 no presenta problemas en su aplicación porque se invoca la acción de regreso en virtud de demanda judicial. Por otra parte, otro requisito es que el deudor se encuentre inmerso en estado de concurso o quiebra.

Antes de proceder al estudio de las circunstancias que debe reunir el cofiador, así como el régimen de su integración, nos encontramos ante la necesidad de que el requerimiento de pago se haya realizado mediante demanda judicial, o que no se pueda proceder contra el obligado principal porque esté en situación de insolvencia patrimonial, motivada por la situación de concurso o quiebra.

2.2. El segundo de los supuestos no ofrece ninguna duda al respecto; no se puede proceder contra el obligado principal porque se encuentre en estado de insolvencia; caso contrario, habría que pensar, que al fiador que paga le corresponde la facultad de ejercitar las acciones provenientes de los artículos 1.838 y 1.839.

El tenor del 1.844 nos sirve para establecer, al igual que en la fianza simple, unas relaciones que pueden producirse a dos bandos, pues habrá que estudiar las que surgen entre acreedor y cofiador que paga, que originará el nacimiento del beneficio de subrogación; entre deudor-fiador que paga, que permitirá ejercitar la acción derivada del artículo 1.838 en el *quantum* desembolsado, y por último, las relaciones que surgen entre los cofiadores, principalmente cuando se ha producido el supuesto de que uno de ellos ha pagado, si no toda la deuda, más de la porción que le correspondía. Es por ello, por lo que interesa desarticu

lar esta disposición según las relaciones estructurales a que puede dar lugar; el desarrollo de estas mismas relaciones desencadenará efectos diversos según las circunstancias.

Así pues, nos encontramos que al cofiador parece que se le limita la facultad de accionar contra el resto de sus copartícipes, en el segundo caso ya analizado y en el que el pago se haya efectuado en virtud de demanda judicial. Manresa justifica esta limitación en razones de equidad para evitar que un cofiador pueda provocar una acción de regreso injustificada (131).

La respuesta a semejante redacción quizás pudiera interpretarse en el sentido de que la demanda judicial no impide que aquel codeudor amparado por el beneficio de división pudiera oponerlo; como certeramente alega Díez Picazo, no habría otro remedio que hacerlo por vía de excepción. Todo ello conduce también a comprender la posición de aquellos autores que, justificando en argumentos históricos este inciso, son partidarios de que su aplicación únicamente es posible para el supuesto de que exista el beneficio de división. Entienden los partidarios de esta teoría que la única forma de hacer inteligible este precepto, junto con su consecutivo, es contemplarlos tal como salieron a la luz en el Proyecto de 1.851, que además, interesa tener en cuenta porque partía del principio opuesto al actual. El artículo 1.750, antecedente del presente 1.837, regulaba: "Que siendo muchos los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno de ellos responde de toda la deuda", si bien hay que señalar, que a pesar del principio manifiesto de solidaridad, dejaba a salvo la posibilidad de que cada cofiador opusiera el beneficio de división.

Mientras Gullón se muestra contrario a admitir que el supuesto del 1.844 se limita a los casos donde puede darse el beneficio de división, Guilarte excluye de este último párrafo los supuestos de fianza solidaria, aduciendo en su favor el artículo 1.145 (132).

Estas polémicas contrastadas sirven para llegar al nudo gordiano de la cuestión. En efecto, el primer paso es ver el alcance del artículo 1.844. Si hablamos del beneficio de división, evidentemente tendremos que equiparar las situaciones a aquéllas donde se produce el beneficio de excusión. De esta manera, es plenamente factible que el artículo 1.844 regule todos aquellos conflictos donde exista pluralidad de fiadores, pero que no necesariamente tienen porqué tener un régimen de solidaridad establecido con el deudor, máxime si se tiene en cuenta el artículo 1.837, que establece el principio de mancomunidad entre todos ellos. Al no existir la presunción de solidaridad (133) es factible que por vía de excepción pueda oponerse el beneficio de división, teniendo a todos los efectos, la misma regulación y función que el beneficio de excusión.

Aquí radica la importancia y ambigüedad del artículo 1.844. Partimos de un principio de mancomunidad, para a continuación, pasar a la regulación, aunque sólo en principio, al régimen de solidaridad. Esta opinión es la que manifiesta Díez Picazo al afirmar que este artículo, no contempla meramente relaciones de solidaridad sino que también lo hace de mancomunidad (134), y realmente es así, porque el artículo lo que hace es contemplar las relaciones internas entre los cofiadores, para lo que resulta idéntico afirmar que el régimen es de mancomunidad como de solidaridad, ya que en sus relaciones internas se dividen las cuotas dando lugar de esta forma al nacimiento del régimen de mancomunidad.

Quizá pudiera pensarse que la dificultad del artículo se encuentra en este punto, y es así. El legislador hay que pensar que actuó con perfecta lógica jurídica, porque lo que atiende el artículo no es la relación externa que puede existir entre cofiadores, sino el efecto que, de manera automática, se produce al efectuar el pago; porque la solidaridad, y hay autores al margen de los italianos, que piensan que el principio de solidaridad pasiva es la norma común, tal como presume el artículo 1.294 del Codice civile italiano, si no existe el beneficio de excusión(135), se presenta en una doble vertiente: En aquella relacionada con el acreedor frente al cual había unidad de vínculo de todos los cofiadores, siendo posible que uno de ellos pueda pagar la totalidad por todos y la relación interna, que surge después del pago, y en la cual, la deuda se divide por cuotas entre todos los coobligados solventes. Se rompe, en consecuencia, el principio de solidaridad, dando lugar a una nueva relación interna de mancomunidad.

Este es el punto en el que nos interesa detenernos.

Al margen de tratar de justificar este artículo en supuestos de fianza mutua (136), de gestión de negocios ajenos... Lo que importa es llegar a clarificar los supuestos que está contemplando el artículo, así como el juego que permite.

El artículo 1.844 parece partir del principio de solidaridad. Estando obligado en la relación externa de la deuda, la totalidad del pago; también cabe pensar si el artículo se limita al análisis de la relación interna de solidaridad, lo que respondería dotar de lógica jurídica sistemática al artículo 1.837 en su relación con el 1.844.

Sin embargo, el planteamiento no puede resultar así de fácil, pues la lectura del artículo 1.822-2º remite a la

normativa propia de la solidaridad, mientras que el artículo 1.837 establece como principio general, la mancomunidad, cuando existan varios deudores. El primer pensamiento que nos acude, es si la conclusión debe ser que los artículos 1.844 y 1.845 serán aplicables únicamente a los cofiadores en régimen de mancomunidad.

Como ya subrayó Mucius Scaevola, la facultad supuesta en el artículo 1.844 a favor del fiador que pagó, es meramente excepcional, nunca aplicable al fiador que normalmente hubiera sido demandado por su parte correspondiente (137).

La Jurisprudencia también parece avalar este criterio. Desde la sentencia de 15 de enero de 1931, le preocupa al intérprete de la Ley fundamentalmente dos circunstancias. La primera de ellas es la relación interna, dentro de la cual se desarrollan las relaciones entre los cofiadores, en base a lo cual remitirá al artículo 1.145; normativa, por tanto, propia de la solidaridad. La otra es persistir, dentro de la regulación de la fianza, lo que no tiene mayor importancia que sustraer de la relación de garantía la fianza constituida, teniendo que plantearse si se está ante una garantía personal o ante un supuesto más de solidaridad pasiva, como afirma Rubino, entre otros. Por otra parte, el beneficio de subrogación sobre el que trataremos más adelante, no se pierde, puesto que el que paga normalmente es un sujeto interesado en el cumplimiento de la obligación (138).

También el legislador estará interesado en asegurar que el pago se realice en las mejores condiciones, sin favorecer que algún cofiador pueda anticipar el pago del débito, en perjuicio del resto, a la vez que se pretende evitar con la división de la deuda en cuotas, que empiece a aparecer, como dijo Pothier, un círculo de acciones, cuya exigibilidad ocasionaría entre las partes (139) una encrucijada, entre cuotas pagadas y no exigi-

bles y entre otras pagadas y exigibles (139). De Diego lo justifica en que debe evitarse que por malicia o simple oficiosidad pueda un codeudor erigirse en titular de un derecho de regreso contra sus compañeros de fianza (140). Por todo ello hay que pensar que entre las excepciones, los cofiadores podrán oponer al acreedor las mismas que disfrutaba el deudor principal, excepto las meramente personales, a lo que cabría añadir, en el caso de cofianza simple, la oposición por parte del cofiador del beneficio de división; beneficio que desempeña la misma función que el de excusión en la fianza simple.

2.2.1. Por todas estas razones, Gullón concluye que la interpretación de los artículos 1.844 y 1.845 hay que hacerla desde la parte que el acreedor tenga derecho a reclamar de cada fiador la totalidad de la deuda (141).

Con esta afirmación de Gullón surge una de las características que configuran el derecho de regreso.

En primer lugar, sólo podrá darse en las relaciones internas entre cofiadores y en segundo lugar, para que exista, es preciso que el codeudor pagara, si no la totalidad de la deuda, al menos, más de la cuota que le correspondiere, criterio al que Ballarín Marcial añade la interpretación del artículo 1.085 (142).

Establecida la primera premisa de la acción de regreso, pasemos a analizar los restantes requisitos, así como el área en que queda circunscrito el artículo 1.844.

Pensamos que el ámbito de aplicación del artículo 1.844 es perfectamente compatible, tanto en el régimen de cofianza simple como en la solidaria. En todo caso, no tiene tanta importancia la remisión o no al artículo 1.145, puesto que aplicar uno u otro conduce al mismo resultado.

No es tan problemático que regule el supuesto de cofianza

solidaria como la simple. Partiendo de que el coobligado simple sólo estará obligado al pago de su parte proporcional, es difícil pensar en qué supuestos podrá, el que pagó, dirigir se contra la totalidad para reclamar el excedente de su pago.

Parece, en todo caso, que si el coobligado pagó por todos sin habérselo notificado o sin haber opuesto las excepciones que obraban en poder de cada cogarante, no dispondrá de acción alguna para exigirles que aminoren los perjuicios causados por su exceso de diligencia.

Para este supuesto, quizás sería aplicable, no el artículo 1.844, sino el 1.838 y el 1.839, preceptos ya examinados.

Por su parte, Díez Picazo encuentra también, que además de resultar de más difícil justificación este supuesto, por tratarse de un pago parcial de una deuda propia y el resto ajena, el *solvens* no es más que un interesado en la obligación; en el sentido dado por el artículo 1.158, por ello "la acción de reintegro del artículo 1.844 no es más que una aplicación de la acción general de reembolso que se concede al tercero que cumple la deuda ajena cuando tiene interés en la obligación".

Guilarte no se muestra conforme con esta opinión (143), entendiendo que su justificación debe buscarse en la especial naturaleza de la cofianza que "origina una relación interna entre los cofiadores, aún asumiendo aquélla mancomunadamente, reveladora de un interés de todo ellos en la garantía prestada". En parte nuestra opinión coincide con la suya al conceder que este artículo, únicamente contempla las relaciones internas entre los cofiadores, con su origen en el pago por alguno de ellos de la totalidad de la deuda.

El sentido, que apuntan Manresa y Scaevola (144), es el mismo que pensamos debe atribuírsele al no conceder acción alguna al cofiador simple que pagó la totalidad para proceder contra los

restantes obligados. Mientras Santamaría considera que es un pago oficioso por lo que le corresponde al que paga las acciones derivadas de los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210.

Finalmente, Guilarte, tras exponer argumentaciones similares hacia las que nos hemos orientado, concluye en conceder al cofiador mancomunado las acciones de subrogación y regreso propias de los artículos 1.838 y 1.839 (145), si bien hace notar que el beneficio subrogatorio, según la posición que se adopte habrá que fundamentarla en el artículo 1.839 si se estima que son aplicables las relaciones entre acreedor-deudor o por el contrario, si se entiende que las relaciones hay que mirarlas como si de un nuevo interesado en el pago fuere, se aplicará el artículo 1.210-3º.

Por el momento, encuadrar la subrogación dentro del amplio margen del artículo 1.210 o en el específico del 1.838, no nos preocupa tanto como establecer una primera conclusión.

El cofiador simple que paga por la totalidad de los coobligados dispondrá para resarcirse de lo pagado de una acción de subrogación y otra de reembolso. Sin embargo, también podría extraerse respecto de la subrogación, otra consecuencia. En el supuesto que contemplamos, la subrogación que se opera en la posición del fiador simple no es equiparable a la del cofiador.

En la primera relación, el fiador paga la totalidad, pasando a ser acreedor del débito en su integridad, pero no ocurre así en la cofianza, tanto simple como solidaria, pues a fin de cuentas, se trata de un mero efecto que surge después de haberse establecido la relación interna. El cofiador no se subrogará en la misma posición que ostentaba el acreedor puesto que su crédito se verá disminuido en la cuota que a él le correspondía pagar; y por otra parte, también tiene mayores

limitaciones su capacidad de ejercicio, pues si bien el fiador simple únicamente tendrá que contemporizar su ejercicio con el del acreedor cuando exista un pago parcial, el cofiador, además de esta limitación, contará con el límite de no poder reclamar a cada codeudor sino la cuota que perteneciera a cada uno de ellos. En base a lo expuesto, pensamos que, aunque los efectos son similares, es preciso establecer que el cofiador mancomunado puede beneficiarse del beneficio de subrogación amparado en el artículo 1.210-3º por entender que es un sujeto que paga con interés legítimo en la liquidación de la deuda.

Pérez Alvarez, en un intento de no salir del ámbito de aplicación de las normas específicas de la fianza, entiende desde su posición, que la acción de regreso está fundamentada en la subrogación -opinión basada en la tesis de Delgado Echeverría- que el fiador que ha pagado la totalidad del débito, puede exigir la cantidad desembolsada por él mediante el ejercicio de la acción de subrogación para adquirir las cantidades que especifica el artículo 1.838 (146), para lo que invoca antecedentes legislativos también, como el imprescindible artículo 1.754 del Proyecto de García Goyena que disponía: "Cuando hay dos o más deudores mancomunados de una misma deuda, puede el fiador repetir de cada uno de ellos la totalidad de lo que haya pagado", y concluye en que la facultad del fiador para exigir el todo de cualquier deudor solidario se infiere de los artículos 1.839 y 1.212 del Código civil.

En las relaciones del fiador respecto de los cofiadores plantea Pérez Alvarez, en primer lugar, la posibilidad de compatibilización del artículo 1.844 con la acción de subrogación.

Si bien argumenta este autor que al fiador le corresponde el beneficio de subrogación, acudiendo para ello a justificarlo en la normativa general de la subrogación (147), creemos que esta remisión es necesaria por las razones que anteriormente

hemos expuesto, pero no así la puesta en tela de juicio de la atribución de dicho beneficio al codeudor, porque la propia redacción del artículo 1.852 establece como requisito previo de subsistencia de la fianza, que incluso los fiadores solidarios puedan subrogarse en la posición del acreedor. Por tanto, creemos que esta disposición permite sostener que la subrogación es un efecto propio que se deriva de la regulación misma de la fianza, aplicable a todo supuesto en que pueda sostenerse la existencia de una relación garante de afianzamiento, lo que nos permite añadir que en aquellos supuestos que haya una remisión expresa al artículo 1.145, normativa, por tanto, de la solidaridad, siempre se podrá recurrir en último extremo para justificar este efecto, a la normativa general del pago realizado por un tercero interesado en la obligación (148).

Para finalizar, añadir que la conclusión a que llega este autor de que el cofiador recurre al 1.839 le corresponderá la totalidad de la deuda, mientras que si utiliza el 1.844 únicamente una cuota proporcional, pensamos que no es totalmente admisible esta posición, y que a este respecto, únicamente le corresponderá al cofiador el ejercicio de la acción para recuperar lo desembolsado en relación con las cuotas correspondientes a cada partícipe. Criterio compartido por la mayoría de la doctrina, como pone de relieve Amorth o el propio Suso Vidal, al que se une Guilarte al afirmar que siempre que se den los requisitos del artículo 1.844-3º aparecerá el derecho a ejercitar la acción de regreso.

Amorth justifica, en base a las reglas generales sobre la subrogación, que al obligado solidario que paga también le corresponde la subrogación (149), llegando a la conclusión de que no existe un derecho autónomo de regresión distinto de la subrogación. Si el fiador que pagó sólo puede repetir de cada

uno la parte que satisfizo, implica que no existe solidaridad por medio de la cual reclamar de uno solo el pago de todos. Además, el total es disminuido en la parte correspondiente al que pagó, porque la suma de las partes de los demás es igual al total pagado por él menos la parte que pesaba sobre él. Se trata, por tanto, de los mismos límites de la subrogación. No es de extrañar porque el artículo no pretende atribuir un derecho especial, sino disciplinar u ordenar el derecho de subrogación.

La subrogación nace desde el momento mismo en que desaparece la relación externa de solidaridad, a partir de ese instante, el deudor tiene derecho a exigir el pago en virtud del crédito en cuya titularidad se ha subrogado, a los demás deudores con los cuales y por los cuales estaba obligado, pues el efecto inmediato de la subrogación es repetir o reclamar; no se puede configurar, por tanto, como un derecho autónomo (150).

Para concluir con esta exposición, podemos resaltar los aspectos siguientes:

- Hay un principio general del que está impregnada toda la relación de pluralidad de fiadores: Los actos realizados por un solo deudor benefician al grupo, pero no pueden perjudicarlos (151).
- Es razonable el párrafo tercero del artículo 1.844 ya que esta disposición facilita que las acciones entre los cofiadores no queden al arbitrio de uno solo de ellos (152).
- Es una característica de la solidaridad que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente(153), principio que se rompe tanto en la aplicación del artículo 1.844 como en el 1.145.

- La solidaridad pasiva se puede apreciar, tanto desde el punto de vista de la relación externa como desde la interna (154).

- Si la deuda es sólo de uno y se adosan varios deudores solidarios, sabiéndolo el acreedor, no llega a aparecer una verdadera solidaridad, sino una fianza múltiple o colectiva con renuncia a los beneficios de división y excusión(155). De esta forma Puig Ferriols entiende que se da un supuesto de solidadaridad pasiva cuando la parte pasiva de la relación obligatoria la integran una pluralidad de sujetos unidos entre sí por una situación de fianza (156), añadiendo a esta argumentación la sustantividad del artículo 1.140; llevando más lejos su tesis piensa que, puesto que se está ante un supuesto de solidaridad de deudores, la redacción del artículo 1.822-2º es correcta (157).

La división de cuotas sólo actúa, por regla general, en un momento posterior al derrumbamiento de la unidad de vínculo, momento en que aparece el derecho de regreso (158).

Respecto de la subrogación, todos los autores son partidarios de que en la fianza con pluralidad de fiadores, éstos se encuentran favorecidos con el beneficio de la subrogación. Así, por ejemplo, Ballarín Marcial, tras establecer que aunque la Ley no lo diga expresamente, se parte de la presunción de igualdad entre las partes, para lo que se basa en el juego del artículo 393, concluye que quien pagó puede ejercitar la acción de regreso o de subrogación, presentándolas como acciones alternativas (159), para lo que además aduce el artículo 1.085 del Código civil que admite expresamente la subrogación para el obligado solidario.

- ¿Cabe plantear el regreso en el mismo juicio en que se paga, llamando en causa a los codeudores? El acreedor podrá

dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios, y en consecuencia, no cabrá oponer la necesidad de un *litis consorcio* pasivo necesario ante la selección llevada a efecto por el perjudicado encaminando su demanda contra alguno de los partícipes del hecho damnificador (160).

- Por último, respecto a los intereses pagados, los cofiadores tendrán derecho a ellos por aplicación analógica del artículo 1.838 (161).

2.3.- Excepciones oponibles por el fiador en la fianza con pluralidad de coobligados.

Siguiendo la sistemática empleada en la fianza simple, partimos del concepto de excepción como "aquella causa justa para negarse a cumplir", que en opinión de Casanovas, de concebir así la excepción, podría comprender todos los modos de extinción de las obligaciones: la prescripción; la transacción; las causas de anulabilidad de los contratos, y todas aquellas derivadas del pacto entre acreedor y deudor, como la condición, el término... (162).

En este punto seguimos la clasificación de Caffarena (163), que inspirándose en la que hiciera Rubino, nos parece de indudable claridad; distinción que, a su vez, ha sido también recientemente adoptada en el método expositivo por Casanovas.

Primeramente hay que distinguir las excepciones que hacen del hecho jurídico del que deriva la relación obligatoria; es to es, excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación, que son utilizables por todos los deudores y afectan, además, a la totalidad de la deuda.

En segundo lugar, las que pertenecen única y exclusivamente a la persona de un deudor, en cuya persona se da el derecho del cual derivan, con la particularidad de que se permite su alegación al resto de los codeudores, en la parte correspondiente a su cuota.

Y en tercer lugar, las excepciones que pudiéramos denominar personalísimas, cuya invocación únicamente puede ser aducida por el deudor afectado.

Característica común a todas ellas es que el hecho del incumplimiento no pueda conllevar la incursión en mora, ni incumplimiento como fuente de responsabilidad (artículos

1.100 y 1.101 *a contrario sensu*).

Como principio que legitima a todo fiador para oponer las excepciones no personalísimas, hay que partir del artículo 1.853, que curiosamente se encuentra recogido en el capítulo dedicado a la extinción de la fianza. De este principio de legitimación y remisión general de las excepciones surgidas de la obligación principal a la garante, dadas las peculiaridades que puede tener la fianza con pluralidad de sujetos, aparece el artículo 1.845, que en supuestos donde haga remisión a la solidaridad, deberá conectarse con el artículo 1.148, puesto que el régimen sustantivo es semejante.

En sistema de excepciones relativo a este epígrafe es el centrado en los artículos 1.853/1.845.

Como ponen de relieve Caffarena, seguido de Casanovas, el artículo 1.853 parece querer contraponer las excepciones que corresponden a la relación obligatoria, de aquéllos a los que pudiéramos atribuir un carácter meramente personalísimo de uno de los deudores, recogiendo la tradicional distinción entre excepciones *in rem* y excepciones *in personam* (164).

Dado que el tema de las excepciones quedó ya esbozado en el régimen de la fianza simple, tan sólo nos interesa destacar en el régimen de pluralidad de fiadores los siguientes aspectos:

- Existe un deber de información por parte de cada deudor que pagó, para que los restantes codeudores puedan oponer las excepciones que les corresponden (165).
- El deudor afectado siempre podrá renunciar al empleo por su parte de alguna de las excepciones, dado que no redundará en perjuicio del resto. En el regreso únicamente podrá proceder contra cada uno de ellos por su cuota, afirmación que recibe su justificación del artículo 1.145-2º.

- Dentro de las excepciones personalísimas, se introduce como nota fundamental, el sentido de parciariedad dentro de la solidaridad. Tan sólo el deudor al que afecten podrá utilizarla en la cuantía proporcional a su cuota.
- De no prosperar una excepción de carácter personalísimo, la responsabilidad no tiene porqué sufrirla el que opuso la excepción, sino que se soportará a prorrata entre todos los obligados.
- La prescripción debe entenderse como una excepción de carácter meramente personal, no personalísimo, que no tiene porqué afectar a todos, ni compartir criterios de temporalidad.
- La renuncia a la oposición de cualquier excepción no afectará más que al sujeto implicado en la inopobilidad, ya que contra el resto de los coobligados, sólo podrá proceder en la cuantía correspondiente a su cuota (166).

- 1) Cfra. TERRE, F., "Les sûretés personnelles en France", pp. 91 a 119; GOFFIN, P., "Les sûretés personnelles en Belgique aux XIXe. et XXe. siècles", pp. 121 a 151 y HEMARD, J., "Les sûretés personnelles en Europe Occidentale au XIXe. et au XXe. siècles", pp. 1 a 42 en "Les sûretés personnelles", T. III, Bruselas, 1964.
- 2) BALLARIN MARCIAL, A., "Titularidad solidaria". Anales de la Academia Matritense del Notariado. (A.A.M.N.), t. XIII, 1962, p. 205; PUIG FERRIOL, L., "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores". Libro homenaje a Roca Sastre, vol. II, p. 490.
- 3) Vide nuestra última cita de GIORGIANI, "La obligación...", op. cit.
- 4) BALLARIN, op.cit., p. 199; VATTIER FUENZALIDA, C., "Contribución al estudio de las obligaciones accesorias", R.D.P., pp. 38 y ss.; DE LA CÁMARA, M., "Meditaciones sobre la causa", R.C.D.I., julio-agosto, 1978, nº 527, p. 678.
- 5) DELGADO ECHEVERRÍA, op.cit., p. 345, inclinándose por la tesis de BONFANTE en "Solidarietà o mutua fideiussione?", en Rev. dir. com. 1914, pp. 905 y ss.
- 6) DÍEZ PICAZO, op.cit., p. 585. BALLARIN MARCIAL, op.cit., p. 202.
- 7) GUILARTE, op.cit., pp. 28 y ss.
- 8) Cfra. RAVAZZONI, A., "La fideiussione", 3a ed., Milán, 1973, 1er. cap., pp. 1 y ss.; RUBINO, "Delle obbligazioni", "Commentario del Codice civile" a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, arts. 1285-1320, Bologna-Roma, 1958, p. 136.
- 9) GUILARTE, ibidem.
- 10) S 29-12-1898; 8-7-1915; 8-2-1956; 21-2-1956; 9-6-1958; 27-5-1968, citadas por Guilarte y la importante sentencia de 7-2-1963 que matiza la diferencia entre fianza simple y solidaria, así como del régimen de solidaridad.
- 11) CAMPOGRANDE, op.cit., p. 155; GIORGI, vol. II, n. 450, p. 520 y vol. I nº 124, 144, 148, 150, 154 y 181.
- 12) OSSORIO MORALES, J., "Lecciones de Derecho civil", Obligaciones y contratos. Granada, 1956, p. 59.
- 13) TOSETTO, Nuova Enciclopedia del Diritto, voz Solidarietà.

- 14) Conocida es la amplia discusión entre obligación solidaria y correal y obligación indivisible, vide BRANCA, "Unum debitum plures obligationes" en Riv. dir. comm. 1954; GÉRARDIN, "Etude sur la solidarité", Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1884-1885.
- 15) Inst. 3, 16, pr: Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quiosque aureos dare spondes?
- 16) D, 45, 3, 29 (Paulo): Decem illi domino, eadem decem alteri dare spondes?.
- 17) D. 45, 1, 75, 6 (Ulpiano): Id fide tua esse iubes?.
- 18) IGLESIAS, J., "Derecho Romano". Instituciones de Derecho Privado, 6ª ed., Barcelona, 1972, p. 385.
- 19) El tema de la litis contestatio no fue pacífico entre los romanistas. Vide al respecto IGLESIAS, op.cit., p. 388, parágrafo 95.
- 20) I, 3, 16, 1; D. 45, 2, 31.
- 21) ALBERTARIO, "Corso di diritto romano. Le obbligazioni solidali", Milán, 1948, p. 37.
- 22) ALBERTARIO, op.cit., pp. 40-44. D. 45, 2, 6, 3 (Julianus libro, quincuagésimo segundo del Digesto): "Duo rei sine dubio ita constitui possunt, ut et temporis ratio habeatur, intra quod uterque repondeat: /modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit, quo minus duo rei sunt./ Fideiussor quoque interrogatus inter duorum reorum responsa si responderit/ potest videri non/ impedire obligationem reorum (quia nec longum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi)".

La interpolación de las palabras "quia nec langum spatium interponitur nec is actus qui contrarius sit obligationi", está demostrada por la comparación con un texto genuino de Pomponio que dice precisamente lo opuesto. Escribe, que la estipulación de un fiador, concluída en medio de dos estipulaciones principales, impide que se constituya para el fiador una obligación principal.

El texto de Pomponio se conserva en D. 46, 1, 43 (libro 3º ex variis lectionibus): Si a titio stipulatus alium fideiussorem accipiam, confideiussores non erunt, quia diversarom stipulationum fideiussores sunt.

- 23) OURLIAC, P.; MALAFOSSE, J., "Derecho Romano y Francés histórico", trad. Manuel Fairén, T. I, Derecho de obligaciones. Barcelona, 1960, p. 525.
- 24) BIONDI, B., op.cit., p. 400.
- 25) ALBERTARIO, op.cit., pp. 185 y ss. Sobre el mismo tema, BONFANTE, que estableció en un primer escrito, posteriormente ampliado en la Rivista di Diritto Commerciale ya citada, la diferencia entre obligaciones solidarias e impropias en "Il concetto unitario della solidarietà", en Scritti Giuridici, t. III, 1921, pp. 209 y ss. y 398 y ss.; también en t. IV, 1926, pp. 568 y ss. y BRANCA, op.cit., pp. 350 y ss.
- 26) ARCHI, G.G., "La funzione del rapporto obbligatorio solidale" en "Studia et Documenta historiae et iuris", 1942, p. 201.
- 27) ARCHI, ibidem.
- 28) ALBERTARIO, op.cit., p. 205.
- 29) D. 46, 1, 17, 36; D. 46, 3, 76.
- 30) ALBERTARIO, op.cit., p. 209.

En opinión de Archi, la doctrina habla imprecisamente del término "solidaridad accesoria", pp. 204-205.

Dichos textos decían: "Fideiussoribus succurri solet" D. 46, 1, 17; "fideiussores possunt desiderare cessionem actionum" (C. 8, 40, 11).

Expresiones similares revelaban que no era normal la cesión de las acciones; su funcionamiento es consecuencia de la solidaridad. ALBERTARIO, op.cit., p. 209.

La norma D. 46, 1, 36 es una desviación justiniana de la clásica que admitía, aún después del pago, la posibilidad de pacto. En contraposición, el texto de Modestino D. 46, 3, 76, fija como presupuesto de la cessio actionis, que se realizara "ante solutionem" o en el momento del pago. Si ésta se efectuara después "nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit".

Los Justinianos en D. 46, 1, 36 no distinguían el momento del pacto. En cada caso decían que el acreedor satisfecho "teneatur ad id ipsum, ut praestet actiones".

- 31) ALBERTARIO, op.cit., p. 211.

- 32) Criterio que posteriormente recogieron los artículos 1.205 y 1.206 del Código civil francés.
- 33) GAIUS (Inst. 3, 121-122): "Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia petipotest, in tot partes diducentur inter eos, obligatio, et singuli in viriles partes vocabuntur; fideiussores vero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singulo in solido obligantur. itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. sed nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint, partes potest. eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, hoc onus ad ceteros non pertinet, si vero ex fideiussoribus ad ceteros quoque pertinet...".
- 34) ALBERTARIO, op.cit., p. 213. Vide ampliación de este beneficio por el mismo autor, que amplía los supuestos donde se aplicó con ayuda de textos interpolados, entre ellos, el comentado por nosotros de Celso y otros referentes a la fianza.
- 35) Así sucedió en el Derecho Castellano que en sus orígenes su fin primordial fue impedir o reducir el empleo de la prenda. Vide VALIENTE en "Les sûretés personnelles", t. II, Bruselas, 1969, p. 451.
- 36) GLISSEN, "L'apparition des rénonciations aux exceptions du droit romain dans le droit flamand au XIIIe. siècle", R.I.D.A. t. IV, 1950, pp. 513-550.
- 37) TIMBAL, "Les sûretés personnelles", op.cit., pp. 41-42.
- 38) VALIENTE, "Las fianzas en los derechos aragonés y castellano" en "Les sûretés personnelles", op.cit., p. 427.
- 39) VALIENTE, op.cit., p. 428.
- 40) Fuero de Jaca (F.J.), 111, 21, 177 y 25. GIBERT, R., "Sobre derecho aragonés-romano-franco", AHDE, XXVII-XXVIII, p. 1.245.
- 41) VALIENTE, op.cit., p. 439. Ya en la Alta Edad Media aparecen las fianzas de cuantía determinada, garantizando la comparecencia en juicio, el pago de una multa, o la entrega de las arras. También se ha comprobado que, junto a una fianza indeterminada, de cuantía variable y carácter más personal, aparece otra fianza económica, que se limita al pago de una cantidad fija, en el caso de que el obligado incumpla su deber. Se observa una diferencia importante entre ambos: En el

primer tipo, es un elemento importante la relación deudor principal-fiador, que implica conocimiento y confianza en el principal obligado. En el segundo supuesto, dada esa determinación previa de la responsabilidad del fiador, puramente pecuniaria, la relación personal tiene menor importancia. Vide DE ARVIZU, F., "Las fianzas de cuantía determinada en el derecho altomedieval", AHDE, T. L, Madrid, 1980, pp. 513 a 530, en especial esta última.

GERARDIN, "Etude sur la solidarité", Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger, 1884-1885, pp. 237-241.

- 42) HERNÁNDEZ GIL, "El principio de la no presunción de solidaridad", R.D.P., 1947.
- 43) El Fuero Real en 3, 18, 3, dice: "Sy aquel que tomó fiador por alguna cosa quisiera demandar al debdor, puedalo fazer, e el debdor no se pueda amparar por decir que el fiador tiene del, ca maguera que dio fiador, non es quito de la debda: Otro si si quisiere demandar al fiador puedalo fazer, ca pues que aamos le son tenidos, en su poder es que demande a aquel dellos quisiere, fuera si la fiadura fuere fecha por alguna postura en otra manera".
- 44) Al igual que en sus orígenes aparece despojada de toda protección, incluso hasta de la nota de subsidiariedad. Supuesto éste que sin ser muy audaz hace deducir que el fenómeno que se está produciendo es el de la solidaridad.
- 45) También en el Fuero Real se contiene otra disposición importante referida a los casos de pluralidad de fiadores (3,18,4): "Quando alguno tomare dos fiadores o más por alguna cosa, quier diga cada uno por todos, quier non, en su voluntad sea de demandar a todos de sinno, o a cualquier dellos: et si al uno demandare e lo él pagare, sea tenuto de darle e de otorgarle la voz que él avia contra los otros, e desi este que pagó puede demandar a cada uno de los que con él fiaron quel entreguen su parte de quanto él pago; et si cada uno fiare en su parte connoscida, non sea tenuto de pagar más, nin de responder por más".
- 46) Se supone con toda probabilidad de certeza que antecedentes que influenciaron notablemente estas disposiciones del Fuero Real se encontraron en el Fuero de Soria, principalmente en sus párrafos 398 y 399 de manera incluso literal (vide GALO SÁNCHEZ).
- 47) En las Partidas 5, 12, 8 también se señalan dos hipótesis de verdadera presunción de solidaridad ("Índice de las Leyes y glosas de las 7 Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio" por el Licenciado Gregorio López de Tovar". T. III, Madrid, 1789). "Muchos omes entrando de fiadores en uno: e obligandole cada

uno dellos en todo de dar: e de facer alguna cosa por otrosi, son tenudos de lo cumplir en aquella manera que lo prometieron. De quira, que aquel que reciba la fiadura, puede demandar a todos, o cada uno por si toda la deuda que le fiaron. E pagando el uno, son quitos los otros.

Pero si los fiadores no se obligaren cada uno por todo, mas dixessen simplemente, non somos fiadores por fulan, de dar o de facer tal cosa, entonces, si todos son valiosos para poder pagar la fiaduria: a la sazón que se demanda la debda, dezimos, que non puede demandar la cosa, el señor de la deuda, a cada uno dellos, más de quanto le cupiere de su parte. E si por aventura alguno de los fiadores fuessen tan pobres que non aviessen de que pagar aquella parte que les cabe, entonces los otros, que aviessen de que lo facer quier fuessen uno, o muchos son tenudos de pagar toda la debda principal o de cumplir aquella cosa que fiaron".

Otra hipótesis viene recogida en 5, 12, 10: "Obligándose muchos omes de so uno, e cada uno por todo faciendo principales debdores, de dar, o de facer alguna cosa a otri, si todos fueren en el lugar, quando el señor del debdo les quisiere fazer demanda, maguer cada uno dellos entrasse fiador e debdor por el otro, con todo esso, non deue demandar todo el debdo al uno. Ante dizimos, que deve ser apremiado cada uno de dar su parte, si todos ouvieren de que pagar.

E si por aventura todos no fuesen en la tierra o alguno dellos no fuesse valioso, entonces los que fueren y, e que ouvieren la valia, deuen pagar todo el debdo, quantos quier que sean uno, o dos o más".

Este mismo criterio de la existencia de varios fiadores presuponia ser garantes por toda la deuda; así como en caso de insolvencia presuma que el principio que regía dichas relaciones era el de solidaridad. Este mismo criterio se encuentra en todo el espíritu que regula la fianza en Las Partidas. Al respecto, puede consultarse la obra citada desde p. 818.

Este régimen jurídico pasa a ser modificado por la Novísima Recopilación (10,1,10): "Establecemos, que si dos o más personas se obligasen simplemente por contrato, o en otra manera alguna, para hacer cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligados cada uno por la mitad; salvo si en el contrario se dixera, que cada uno sea obligado in solidum, o entre si en otra manera fuere convenido e igualado...". Con esta modalidad quedó consolidado el principio de no solidaridad, reconociéndose como regla innovadora del sistema vigente hasta entonces.

Este criterio es el que se recogió en el artículo 1.058 del proyecto de Código civil de 1851, pasando posteriormente sin modificación al Código civil.

- 48) I, 56.
- 49) Fuero de Cuenca; vide VALIENTE, op.cit., pp. 519 a 524.
- 50) Así sucede en otros Fueros como el Real o el de las Costumbres de Tolosa, que acusan la influencia de la Recepción, reflejándose en los textos medievales tardíos. Vide DE ARVIZU, op.cit., pp. 514-515.
- 51) TIMBAL, op.cit.
- 52) En un documento fechado en Madrid el 7 de octubre de 1658, el otorgante se obliga como fiador de "estar a derecho" que el demandado "estará de derecho en todas las ynstancias con la dicha daña P. de R.. "la demandante"; y a que siendo condenado el fiador demandado, el fiador pagará por él "sin que sea necesario acer excursión en el dicho G. de R. ni sus bienes, cuyo beneficio renuncia "el fiador".
- 53) El Fuero Real contiene la regulación "de los fiadores, e de las fianzas" en el Libro II del título XVIII. AGUILERA DE VELASCO, A., "Colección de Códigos y Leyes de España", 1ª sección. Códigos Antiguos, T. I, Madrid, 1865.
- 54) Vide GÓMEZ, A., "Varias resoluciones de Antonio Gómez", pp. 133 a 145, en especial pp. 139-140 donde se comentan los beneficios de excusión y división. LÓPEZ DE TOVAR, G., "Índice de las Leyes y Glosas de las 7 Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio", T. III, Madrid, 1789, pp. 818 a 821. AMEZÚA, A. y MAYO, "La vida privada española en el protocolo notarial", Madrid, 1950, p. 320; GIBERT, "Historia general del Derecho español", Granada, 1968, p. 46.
- 55) AGUILERA DE VELASCO, op.cit., t. III, Quinta Partida, tít. XII, Madrid, 1866, pp. 138 a 146; GÓMEZ DE LA SERNA, "Elementos de Derecho civil y penal de España", Madrid, 1851.
- 56) P. 5, 12, 9.
- 57) VALIENTE, op.cit., p. 477.
- 58) VALIENTE, ult. op.cit., pp. 477-478.
- 59) F.R. III, 18, 1-3; MARTÍNEZ DIEZ, "Fuero Real y de Soria", AHDE, XXXIV, 1969, pp. 541 a 562.
- 60) VALIENTE, op.cit., p. 478.
- 61) VALIENTE, ibidem.

- 62) P. 5, 12, Leyes 8, 10 y 11.
- 63) P. 5, 12, 12.
- 64) SALA, J., "Ilustración del Derecho Real de España", 3ª ed., t. I, tít. XVII. "De las fianzas". Madrid, 1820, en particular p. 368.
- 65) ESCRICHE, J., "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", t. II, Madrid, 1874, pp. 1015 y ss.
- 66) Ley 10, tít. 1, lib. 10 Nov. Recop.
- 67) L. 8, tít. 12, Part. 5.
- 68) L. II, tít. 12, Part. 5.
- 69) GARCÍA GOYENA, Fl, "Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos", t. III, Madrid, 1842, pp. 115 y ss.
- 70) Cfra. DEMOLOMBE, "Cours de contrats et des obligations", vol. III, n. 286 y ss.; LAURENT, op.cit., vol. XVII, n. 258; BAUDRY-LACONTINERIE, et WAHL, op.cit., vol. II, n. 1296; PLANIOL, "Traité élémentaire de droit civil", Paris, 1937, n. 779.
- 71) CHABAS, F., "Remarques sur l'obligation 'in solidum'". Revue trimestrielle de Droit civil, 1967, p. 334; BRANCA, G., "Obbligazioni solidali, correali, collettive", Rivista di Diritto civile, 1957, T. 1, pp. 150-151.
- 72) GERARDIN, "Étude sur la solidarité". Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger, 1884-1885, p. 237.
- 73) POTHIER, op.cit., n. 261-262.
- 74) POTHIER, ibidem. "Pour qu'une obligation soit solidaire, il ne suffit pas toujours que chacun des débiteurs soit débiteur de toute la chose;... il faut que chacun ne soit obligé aussi totalement à la prestation de la chose que s'il eût seul contacté l'obligation".
- 75) LAURENT, op.cit., p. 282.
- 76) OURLIAC et MALAFOSSE, "El concepto de solidaridad no se utilizó hasta el siglo XIX", op.cit., p. 523. El equívoco entre solidaridad y solidité también lo apuntan RIPERT y BOULANGER, op.cit., T. II, n. 1842.

- 77) BUQUET, M., "Oeuvres de Pothier", op.cit., t. II, p. 126, apoyando su argumentación en la L. 47 ff. locati. Este criterio un siglo atrás había sido invocado en contra por Domat (Lois civiles, 3, 3, 1, 2) que permitía se concediera el beneficio de división aún cuando se reconoce que en la práctica lo más frecuente era la no permisibilidad.
- 78) BONFANTE, op.cit., p. 175. SOTO NIETO, F., "Caracteres de la solidaridad pasiva", R.D.P., 1950, p. 790.
- 79) PLANIOL, "Traité élémentaire de Droit civil", t. II, 7a ed., París, 1917, pp. 722-723, y 730.
- 80) HERNÁNDEZ GIL, "El principio de la no presunción de solidaridad", op.cit., p. 84.
- 81) Cita Hernández Gil (ult. op.cit., p. 84) que Benito Gutiérrez, tras exponer el criterio de la Novísima Recopilación de que la solidaridad no se presume, escribía "Las Partidas, siguiendo una interpretación del Derecho Romano, establecieron la solidaridad o correalidad como regla y la parcialidad como excepción. Y éste es el Derecho que la Novísima Recopilación deroga, estableciendo la solidaridad como excepción, mediante pacto expreso, del mismo modo que el Proyecto de Código de 1851. BENITO GUTIERREZ, Códigos, vol. IV, pp. 91 y ss.
- 82) LASSO GAITE, G., op.cit., v. II, pp. 268-269.
- 83) Art. 1.793: "La fianza es un contrato accesorio por el cual se obliga uno o más individuos a pagar una deuda o cumplir cualquier obligación contraída por otro, en el caso de que éste no la cumpla". LASSO GAITE, G.F., "Crónica de la Codificación española". Codificación civil. (Génesis e historia del Código). Madrid, 1970, p. 270.
- 84) Art. 1.813. LASSO GAITE, op.cit., p. 269.
- 85) Art. 1.814. LASSO GAITE, ibidem.
- 86) Art. 1.099 del Proyecto de 1881. LASSO GAITE, op.cit., p. 412.
- 87) Arts. 1.822 y 1.823. LASSO GAITE, op.cit., p. 270.
- 88) L. II, tít. 12, Part. 5.
- 89) Art. 1.830: "En el caso que expresa el artículo anterior, la Ley declara subrogado al fiador en todos los derechos y acciones que tuviere el acreedor, así contra los confiadores como contra el deudor principal". Art. 1.829: "El fiador que
- ./.

hubiere pagado toda la deuda, ya voluntariamente, ya por habérsele exigido el pago en razón de estar obligado in solidum, tendrá derecho de pedir a los otros confiadores la parte que respectivamente les corresponda". LASSO GAITE, op. cit., p. 271.

- 90) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, "El anteproyecto del Código civil español" (1882-1888). Madrid, 1963, p. 695.
- 91) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, op.cit., art. 17, p. 701 y arts. 24 a 26, pp. 702-703.
- 92) GARCÍA GOYENA, op.cit., pp. 154-155.
- 93) GARCÍA GOYENA, op.cit., pp. 163-164.
- 94) MANRESA, op.cit., pp. 163-164.
- 95) MANRESA, op.cit., pp. 172-173.
- 96) PLANIOL, op.cit., T. II, párrafo 2.308.
- 97) BARASSI, "Le obbligazioni. Con speciale riguardo ai contratti" Milán, 1934.
- 98) Cfra. S. 26-9-1918.
- 99) S. 10-12-1915.
- 100) SANTAMARÍA, J., "Comentarios al Código civil", t. II, arts. 1.088 a disposiciones transitorias y apéndice foral de Aragón. Madrid, 1958, p. 857.
- 101) SANTAMARÍA, ibidem y S. 9-7-1929.
- 102) S. 20-12-1910.
- 103) BUQUET, op.cit., pp. 146-147.
- 104) Afirmación que realiza Pothier apoyándose en la L. 9 ff. de duob. reis.
- 105) Sigue Pothier la doctrina romanista, en concreto la L. 11 parágrafo 2 ff. de duos. reis de Papiniano confirmada posteriormente por Justiniano en la Novella 99.
- 106) Oeuvres de Pothier, op.cit., pp. 150 1 157.
- 107) Oeuvres de Pothier, op.cit., pp. 162 y ss. En especial p. 164.

- 108) Dumoulin se manifestó en contra de la necesidad del requerimiento, entendiendo que todo obligado solidario o fiador/por estar directamente interesados en el cumplimiento de la obligación, se entienden subrogados automáticamente.
- 109) POTHIER, op.cit., p. 168.
- 110) LAROMBIERE, "Théorie et pratique des Obligations", t. II, París, 1862, p. 672; ZACHARIAE, op.cit., t. III, p. 161, n. 18.
- 111) Cfra. art. 1.214 Código civil francés.
- 112) LAROMBIERE, op.cit., pp. 683 y ss.
- 113) LAROMBIERE, op.cit., p. 687.
- 114) En contra se manifiesta Laurent y de la mayoría de la doctrina. Op.cit., p. 279.
- 115) LAROMBIERE, op.cit., pp. 688-689 y arts. 1.214 y 1.215.
- 116) TOULLIER, "Droit civil français", t. VI, 5ª ed., París, 1830, pp. 741 y ss.
- 117) Vide MARCADE, "Explication du Code civil", 3ª ed., t. IV, París, 1873, p. 489.
- 118) LAURENT, op.cit., p. 279.
- 119) TOULLIER, op.cit., p. 751.
- 120) TOULLIER, ibidem.
- 121) LAURENT, op.cit., p. 280.
- 122) Cfra. Sentencia 21-4-1931.
- 123) Criterio que, de haberse adoptado definitivamente en el Código civil, hubiera evitado polémicas sobre el alcance de la misma.
- 124) Vide arts. 1.822-1.823 y 1.830 del proyecto de Código civil de 1936. LASSO GAITE, op.cit., pp. 270-271.
- 125) Originario art. 1.193 del Código civil italiano de 1865. GIORGI, vol. II, n. 450, pp. 520-521 y vol. I, n. 156 y ss.
- 126) Vide nuestras anteriores citas al respecto.

- 127) CAMPOGRANDE, op.cit., p. 157 comentando los arts. 1.907 y 1.912 del primitivo Código civil italiano.
- 128) Sentencia de la Cour de Cassation 7-7-1882 (Dalloz, 1882, I, 441). CAMPOGRANDE, op.cit., p. 158.
- 129) CAMPOGRANDE, ibidem.
- 130) OSSORIO MORALES, J., "Secciones de Derecho civil". Obligaciones y contratos. (Parte general). Granada, 1956, p. 59.
- 131) HERNÁNDEZ GIL, op.cit., R.D.P., año XXX, nº 351, junio 1946, p. 23.
- 132) OURLIAC, P. y MALAFOSSE, J., "Derecho Romano y Francés histórico", T. I, Derecho de Obligaciones. Barcelona, 1960, p. 521.
- 133) BIONDI, op.cit., p. 417. OURLIAC y MALAFASSE, op.cit., p. 515.
- 134) OURLIAC y MALAFASSE, ult. op.cit.
- 135) Sobre el concepto de garantía vide AMOROS GUARDIOLA, M., op.cit., p. 12.
- 136) IGLESIAS, op.cit., p. 504.
- 137) MANRESA, op.cit., p. 349.
- GUILARTE, op.cit., p. 265. En especial vide "Notas sobre la cofianza y su régimen en el Código civil español", R.D.P., 1975, pp. 891-920, particularmente pp. 905 y ss.
- 138) Al respecto vide CRISTOBAL MONTES, A., "Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil", Barcelona, 1985, pp. 14-15; SANCHO REBULLIDA, A. de A., "La mancomunidad como regla general de las obligaciones con pluralidad de sujetos", op.cit., p. 573.
- 139) DIEZ-PICAZO, op.cit., p. 604.
- 140) RUBINO, "Delle obbligazioni solidale", op.cit., p. 191.
- 141) A favor de dicha tesis BONFANTE y SRAFFA, Riv.Dir.Com. 1914, pp. 915 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, op.cit.; PÉREZ ALVAREZ, op.cit. En contra, RAVAZZONI, "La Fideiussione", op.cit., pp. 9 y ss.; SANTINI, P., "Le obbligazioni solidali e l'art. 66 L. Camb.", Banca, borsa 1954-I, p. 767; SOTO NIETO, op.cit., p. 3; PUIG FERRIOL, op.cit., p. 440, sostiene la inutilidad de la posición doctrinal que pretende explicar la solidaridad pasiva como un caso de fianza mutua, desde el momento en que la fianza hace tránsito a uno de los posibles casos de solidaridad pasiva.

- 142) VÁZQUEZ GUNDIN, op.cit., p. 657.
- 143) Sobre la noción de interés, vide MUSSONS CASANOVAS, op.cit., pp. 151 y ss.; HERNÁNDEZ MORENO, op.cit.
- 144) POTHIER, op.cit., pp. 166 y ss.
- 145) DE DIEGO, op.cit., p. 372.
- 146) GULLÓN, op.cit., p. 444.
- 147) BALLARIN MARCIAL, op.cit., p. 215.
Art. 1.085: "El coheredero que hubiere pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional.
Esto mismo se observará cuando por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente.
El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogándole en su lugar".
- 148) GUILARTE, op.cit., p. 261.
- 149) MANRESA, op.cit., p. 351; SCAEVOLA, op.cit., p. 659; SANTA-MARIA, op.cit., p. 870.
- 150) Para ampliación de lo dicho vide GUILARTE, op.cit., pp. 263 y ss.
- 151) PEREZ ALVAREZ, op.cit., pp. 290 y ss.
- 152) PEREZ ALVAREZ, op.cit., p. 291.
- 153) En contra de esta posición SUSO VIDAL, "El derecho de regreso entre coavalistas de créditos bancarios; especial consideración del supuesto de pago voluntario al acreedor por parte de uno de ellos", RDM, 1980, p. 534; DIEZ PICAZO, op.cit., vol. I; GUILARTE, op.cit., a favor de la subrogación.
- 154) AMORTH, G., "La responsabilidad del deudor solidario", Barcelona 1963, pp. 342 y ss., donde aduce razones en pro y en contra, optando por esta última posición.
- 155) AMORTH, op.cit., p. 350.
- 156) SANTINI, G., "Le obbligazioni solidali e l'art. 66 L. Camb.", Banca, borsa, 1954-I, p. 765.
- 157) PUIG BRUTAU, op.cit., p. 555.
- 158) DEL ARCO, op.cit., p. 625.

- 159) HERNÁNDEZ GIL, "Comentario a la sentencia de 13 de marzo de 1943". R.G.L.J., 1944, enero-junio, pp. 98 y ss.; AMORTH, op. cit., pp. 378 y ss. En el sentido que en defecto de pacto, debe regir en la relación interna el art. 1.138 C.c. vide Sentencia de 11 de junio de 1955.
- 160) BALLARIN MARCIAL, op.cit., p. 202.
- 161) PUIG FERRIOL, op.cit., pp. 440 y ss. La solidaridad tiene una función similar a la fianza, pudiendo el acreedor reintegrarse de un codeudor en la parte que no le corresponda en la relación interna. BONFANTE y SRAFFE propusieron en 1914 este tema, que no se puede sostener. RUBINO, op.cit., p. 141. CAFFARENA LAPORTA, J., "La solidaridad de deudores", Madrid, 1980, p. 51, comparte la noción de Bonfante de la solidaridad como fianza mutua.
- En este sentido la sentencia de 7 de febrero de 1963 entiende que la fianza solidaria es asimilable, hasta el momento del pago, a la relación jurídica que se establece entre acreedor y deudores solidarios.
- 162) CASANOVAS MUSSONS, op.cit., p. 41.
- 163) CAFFARENA, op.cit., p. 53.
- 164) CAFFARENA, op.cit., p. 58; CASANOVAS, op.cit., p. 41.
- 165) S. 14 noviembre 1984.
- 166) Para un estudio pormenorizado de las excepciones, así como de las causas que pueden motivar la extinción de la fianza, dentro de los subrogados del cumplimiento vide por todos juntos con la numerosa bibliografía con que respalda sus argumentos, CAFFARENA, op.cit.

C O N C L U S I O N E S

Conclusiones que se deducen del estudio de las acciones de subrogación y regreso en el ámbito de la relación obligatoria de fianza.

Uno. Tanto la acción de subrogación como la de regreso, reguladas en la normativa específica de la fianza, han de estudiarse en estrecha vinculación con los artículos dedicados a la regulación del pago por tercero, artículos 1.158 y 1.159 del Código Civil, y de los efectos generales de la subrogación, artículos 1.210-3º, 1.212 y 1.213 del Código Civil.

Dos. La acción de subrogación consiste en colocarse en la misma situación que tenía el acreedor frente al deudor, respecto a los derechos, acciones y accesorios; se opera, por tanto, una modificación en el elemento subjetivo de la relación a que se refería la garantía. No cambia el contenido sino el sujeto acreedor, porque el fiador entra en la relación principal asumiendo la posición del acreedor satisfecho y convirtiéndose en acreedor del deudor garantizado en las mismas condiciones en que se encontraba el acreedor principal.

Tres. No hay una acción general de regreso. El Código Civil no da una definición que contribuya a la clarificación.

Utilizamos el término "acción de regreso" para referirnos a una relación jurídica en la que hay pluralidad de sujetos obligados y el pago de la deuda lo efectúa uno solo de los obligados, teniendo como finalidad el resarcimiento de la cantidad desembolsada. De lo afirmado puede deducirse que la

"acción comprendida en el artículo 1.838 no es una acción de regreso en sentido técnico. Esta acción legitima para recobrar la cantidad desembolsada; dudoso resultaría que comprendiera los gastos, mas en ningún caso la reclamación por los daños y perjuicios sufridos".

El contenido de la acción de indemnización del artículo 1.838 del Código Civil es más amplio que el de la acción de subrogación.

Cuatro. Si bien algunas legislaciones, como la alemana, configuran la acción de subrogación como la forma que explica el regreso, las legislaciones italiana, francesa y española, al margen de opiniones doctrinales, contemplan en su regulación dos acciones, que no cabría si el regreso fuera instrumento de la subrogación.

Cinco. Subrogación y regreso constituyen dos acciones diferentes. La redacción simultánea de los preceptos 1.838, 1.839 y 1.844 en el Código Civil responden a situaciones jurídicas diferentes que existían antes de la Codificación.

Seis. Subrogación y regreso son acciones dirigidas a obtener los derechos de crédito que nacen a favor del fiador, una vez éste haya satisfecho al acreedor. Son, en consecuencia, efectos del pago.

Siete. El beneficio de subrogación y la acción de regreso son aplicables a la fianza simple, solidaria, cofianza y subfianza.

Obviamos el estudio de la subfianza, por entender que la regulación de los supuestos estudiados es aplicable también a este tipo de relación obligatoria.

Ocho. Subrogación y regreso son facultades derivadas del pago del fiador, que se concretan en el ámbito de la relación fiador-deudor.

Nueve. La redacción del artículo 1.852 del Código Civil no puede inducir a configurar el beneficio de subrogación como un elemento estructural de la relación de fianza.

Diez. En la actualidad, como ha propugnado la mayoría de la doctrina italiana y algunos autores españoles, sería aconsejable la fusión de ambas acciones en una sola, pues el que su finalidad sea similar conduce, en muchas ocasiones, a darles un tratamiento unitario.

Once. Una vez vencida la obligación principal, para irrogarse la acción de subrogación o la de regreso, es indiferente el comportamiento del deudor, siempre que se le haya notificado previamente el pago.

Doce. Son acciones que tienen un carácter opcional, con efecto preclusivo en la cuantía satisfecha.

Trece. La elección del fiador entre la acción de subrogación o de regreso supone optar por circunstancias jurídicas diferentes.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR CARVAJAL, L., "Contratos civiles". Méjico, 1977.
- AGUILERA Y VELASCO, A., "Colección de Códigos y Leyes de España", T. I, Madrid, 1866.
- ALBADALEJO, M., "Derecho civil". "Derecho de Obligaciones. Los contratos en particular. Y las obligaciones no contractuales". 7ª ed., Barcelona, 1982.
- ALBERTARIO, E., "Corso di Diritto romano. Le obbligazioni solidali". Milán, 1948.
- "L'obbligazione solidale romana e l'obbligazione solidale giustiniana". Studi di Diritto Romano, VI, Milán, 1953.
- "Dispute romanistiche in materia de solidarietà contrattuale". Studi di Diritto Romano, VI, Milán, 1953.
- "Le obbligazioni", T. I, Milán, 1936.
- ALVAREZ PUGA, E., "De la extinción de las obligaciones. El pago (Texto, jurisprudencia. Comentarios)". Barcelona, 1962.
- AMEZÚA Y MAYO, A., "La vida española contemporánea en el protocolo notarial". Madrid, 1950.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., "La garantía patrimonial y sus formas". Rev. Gral. de Legis. y Juris., Mayo, 1972.
- AMORTH, G., "L'obbligazione solidale". Milán, 1959.
- "La responsabilidad del deudor solidario". Barcelona, 1963.
- "Considerazioni sui rapporti fra surrogazione e regresso nell'obbligazione solidale". Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1958, 133.
- ANDREOLI, G., "Note critiche in tema di subingresso ex art. 1.259 C.c.", en Studi Parmensi. Università de Parma. Milán, 1953.
- "La cesión del contrato", Madrid, 1956.
- ANGELONI, V., "Fideiussione per obbligazioni indeterminate". Banca, borsa e titoli di credito, 1954-1, pp. 65-67.
- APPLETON, "Les lois romaines sur le cautionnement", Zeit. Savig. Stif., n. 28, pp. 1 a 48.

- ARANGIO-RUIZ, V., "Istituzioni di Diritto Romano", Nápoles, 1945.
- ARCHI, G.G., "La funzione del rapporto obbligatorio solidale", *Studia et Documenta historiae et iuris*. 1942, pp. 197 a 254.
- AUBRY, C. et RAU, C., "Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae". 4ª ed., T. IV, París, 1871.
- BALLARIN HERNÁNDEZ, R., "El cobro de lo indebido". Perfiles institucionales y eficacia traslativa". Madrid, 1986.
- BALLARIN MARCIAL, A., "Titularidad solidaria". *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIII, 1962.
- BARASSI, L., "La teoria generale delle obbligazioni", vol. III. L'attuazione. Milán, 1946.
- "Istituzioni di Diritto civile". 4ª ed., Milán, 1948.
- "Le obbligazioni" Con speciale riguardo ai contratti". Milán. Dott. A. Giuffrè Ed. 1934.
- BARBERO, D., "Sistema del Derecho Privado". T. IV, Contratos. Buenos Aires, 1967.
- BAUDRY, G.; LACANTINERIE; WAHL, A., "Traité théorique et pratique de Droit civil". Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction. 3ª ed., París, 1907.
- BAUDRY; LACANTINERIE, "Delle obbligazioni", en *Trattato de Diritto civile*", V. I, sin fecha.
- BEAUCHET, "Histoire du droit privé de la République Athénienne" T. IV, París, 1897.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., "El cumplimiento de las obligaciones", Madrid, 1956.
- "La comunidad de bienes en el Derecho español". Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, "Comentarios al Código civil y compilaciones forales". T. XVI, arts. 1.156 a 1.213, Madrid, 1980.

- BESELER, Studi in onore di Pietro Bonfante. Vol. II. "Miscellanea Graecoromana". Milán, 1930.
- "Miscellanea". Zeits. Sav. Stift. pp. 188 a 265, n. 45, ult. ed. 1964.
- BETANT-ROBERT, S., "La décharge de la caution par application de l'article 2.037". Revue Trimestrielle de Droit Civil. Y. 72, 1974, pp. 309-347.
- BETTI, E., "Teoria generale delle obbligazioni", Milán, 1953.
- "Teoría general de las obligaciones". T.I yII, Madrid, 1969.
- "Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine". Riv. Diritto Commerciale, XXV, 1927, 1º, pp.
- BIANCA, M., "Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento". Milán, 1963.
- BIONDI, B., "Sponsio e stipulatio" (Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali). Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano, 1962, nº 65.
- BO, G., "Nuevo Digesto Italiano", Voz garanzia. pp. 192 a 196.
- "Contributto alla dottrina della obbligazione fideiusoria". Milán, 1934.
- BONELLI, G., "Sulla natura giuridica dell'avallo, e sugli obblighi del possessore per conservare l'azione verso l'avallante". Riv. Diritto Commerciale, 1911, t. II, pp. 116 a 135.
- BONFANTE, P., "Il concetto unitario della solidarietà", en Scritti giuridici, vol. III, pp. 209 y ss.
- "Istituzioni di Diritto Romano", Turín, 1946.
- BONNECASSE, "Précis de Droit civil", T. II, París, 1934.
- BORJA SORIANO, M., "Teoría general de las Obligaciones", T. II, 7ª ed., México 1974.
- BORRELL, A., "Efectos de la fianza relacionados con la retroacción de la quiebra". Revista de Derecho Privado, 1946, pp. 272-283.
- BRANCA, G., "Obbligazioni solidali, correali, collettive". Riv. di Diritto civile, 1957, T. I, pp. 150 a 162.

- G. BRANCA, "Unum debitum plures obligationem". *Rivista di Diritto commerciale*, 1954.
- BRECCIA, U., "La repetizione dell'indebito", Milán, 1974.
- J. BRISSAUD, "Manuel d'histoire de droit privé", París, 1907.
- BROSETA PONT, M., "Manual de Derecho Mercantil", 5ª ed., Madrid, 1983.
- BRUGI, B., "Instituciones de Derecho civil". Trad. de la 4ª ed. italiana por Jaime Simó Bofarull. México, 1946.
- BRUNELLI, G., "Azione surrogatoria", en *Nuovo Digesto Italiano*, pp. 182-183.
"Azione surrogatoria", en *Novissimo Digesto Italiano*, p. 157.
- BUCKLAND, W.W., "Les limites de l'obligation du 'fideiussori'". *Revue historique de Droit français et étranger*, 1933, pp. 116 a 129.
- BUCCISANO, O., "La surrogazione per pagamento", Milán, 1958.
"Code civil allemand". Trad. al francés por C. Bugnoir; P. Cazzelles; J. Challamel; J. Drionix; F. Gény; P. Hamel; H. Lévy-Ulmann; R. Sallies. T. II, París, 1906.
- BUGNET, M., "Oeuvres de Pothier", T. I, "Coutume d'Orléans", París, 1845.
"Oeuvres de Pothier", T. II, "Eloge de Pothier.- Traité des Obligations. De la prestation des fautes". París, 1848.
- BUSSE, E., "La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (Diritti reale e Diritti di obbligazione)". Padua, 1937.
- BUTERA, A., "Codice civile italiano commentato". Libro delle obbligazioni. Parte seconda, Torino, 1943.
- CAFFARENA LAPORTA, J., "La solidaridad de deudores". Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva". Madrid, 1980.
- CAMPOGRANDE, V., "Trattato della fideiussione nel diritto odierno". Torino, 1902.
Voz "Fideiussione". *Il Digesto Italiano*, pp. 159-199.
- CANDIAN, A., "Cessione delle azioni revocatorie al fideiussore nel concordato". *Riv. del Diritto Commerciale*, 1920, I, pp. 459-462.
- CANGINI, T., "L'azione surrogatoria in relazione surrogatoria alla cosa giudicata (art. 1.234 e 1.351 Codice civile)". *Rivista di Diritto civile*, 1921.

- CANTARELLA, E., "La fideiussione reciproca". Contributo allo Studio delle Obbligazioni Solidali. Milán, A. Giuffrè Ed., 1965.
- CANTONI, A., "Le origini dell'azione surrogatoria". Rivista di Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni. Vol. V, 1907. 1ª parte.
- CAPOBIANCO, R., "Giurisprudenza sulle fideiussioni". Banca, borsa e titoli di credito, 1960, pp. 430-452.
- CARBONNIER, J., "Droit civil", T. II, "Les biens et les obligations". París, 1967.
- CARPINO, B., "Il pagamento con surrogazione". Riv. Diritto civile, vol. XVII, 1971-19, pp. 731-739.
"Novissimo Digesto Italiano. Voz "surrogazione" (Pagamento con).
- CARRERAS, J., "El embargo de bienes". Barcelona, 1957.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., "Derecho civil español común y foral". Derecho de obligaciones. T. IV, 11ª ed., Madrid, 1981.
- CÀSANOVAS MUSSONS, A., "La relación obligatoria de fianza", Barcelona, 1984.
- CICALA, R., "L'adempimento indiretto del debito altrui", Nápoles, 1968.
- "Code des Obligations", Berna, 1979.
- COLIN, A. y CAPITANT, H., Trad. de la última edición francesa para la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1925.
- COLOMBRES GARMENDIA, I., "El pago por tercero". Buenos Aires, 1971.
- COLLINET, P., "Le pseudo-bénéfice de division des débiteurs solidaires romains". Studi in memoria di Aldo Albertoni. T. I, Diritto Romano e bizantino. Vol. XVII. Padua, 1934.
- CORSI, "La fidejussione considerata nei rapporti del Codice civile", Catania, 1891.
- CORRADO, P., "Il trasferimento del debito". Rivista di Diritto Privato. Enero-Feb. 1943, XXI, año XIII, nº 1-2, 1943.

- COSSIO, de A., "Instituciones de Derecho civil", Madrid, 1975.
- COVIELLO, N., "Concetto della successione singolare nei debiti".
Archivio Giuridico. Pisa, 1896.
- CRISTÓBAL MONTES, A., "Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil".
Barcelona, 1985.
- CROME, "Teorie fondamentali delle obbligazioni". Trad. it.,
Milán, 1908.
- CUQ, "Revue d'Assyriologie", XII, pp. 101 y ss.
- CHABAS, F., "Remarques sur l'obligation 'in solidum'". Revue
trimestrielle de Droit civil, 1967, pp. 310 a 338.
- CHIRONI, G.P., "Istituzioni di Diritto civile italiano", 3a ed.,
vol. II, Turín, 1912.
- CHIROTTI, G., "L'obbligazione nel pensiero di F. Carnelutti",
en Archivio Giuridico "Filippo Serafini", 5a
serie, vol. VII (Dell'intera collezione vol.
XXVII), pp. 53 y 95 y 152-200.
- CHULIÁ VICENT, F., "Compendio crítico de Derecho inmobiliario"
T. II, Valencia, 1982.
- D'AVANZO, "La surrogatoria". Padua, 1939.
- DE ARVIZU, F., "Las fianzas de cuantía determinada en el Dere-
cho altomedieval", Anuario de Historia del Dere-
cho Español, t.L, 1980, pp. 513 a 530.
- DE BUEN, D., "Derecho civil español común", 2a ed., Madrid,
1930.
- DE CASTRO, F., "La acción pauliana y la responsabilidad patrimo-
nial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111
del Código civil". Rev. de Derecho Privado,
t. XIX, julio-agosto, 1932.
- DE DIEGO, C., "Instituciones de Derecho civil español", t. II,
Madrid, 1930.
- DE FRANCISCI, P., "Puntos de orientación para el estudio del
derecho". Barcelona, 1951.
- DE GASPARI, L., "Tratado de las obligaciones en el Derecho ci-
vil paraguayo y argentino", vol. III, Parte
especial. Buenos Aires, 1946.
- DE LA CÁMARA, M., "Meditaciones sobre la causa". R.C.D.E., ju-
lio-agosto, 1978, nº 527.
- DE MARTINO, F., "L'origine delle garanzie personali e il con-
cetto dell'obbligatio" en Studia et Documenta,
fascículo 1, 1940.

- DE MARTINO, F., "Le garanzie personali dell'obbligazione", T. I, Roma, 1940.
 "Novissimo Digesto Italiano", t. VII, Fds. 90, 1961. Voz "Fideiussione".
- D.F. de P. y D.J.B.S., "Código civil español", Barcelona, 1843.
- DE PAGE, H., "Traité élémentaire de Droit civil belge", t. 60, Bruselas, 1942.
- DE PORTOMARIN, A., "Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López". Madrid, 1974.
- DEIANA, G., "Surrogazione dell'indennità alla cosa in usufructo", Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni. Parte prima, 1946, pp. 315 a 348.
- DEL VISO, S., "Lecciones elementales de Historia y de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España", 2ª parte del Derecho civil. Tratado 1º. Valencia, 1859.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Elementos de Derecho civil". T. II. Derecho de Obligaciones. V. III de La-cruz Berdejo. Barcelona, 1979.
- DEMOLOMBE, "Cours de Code Napoléon". París, 1887, t. XXVII.
- DERNBURG, "Die hypothekarische Succession". Archiv für civilistische Praxis, 41, 3.
 "Das bürgerliche Recht", t. II, parágrafo 142, La Haya, 1903-1908.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", 2ª reimpr., Madrid, 1979.
 "La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero". En Anuario de Derecho Civil, 1959, pp. 127-197.
 "La aceptación de la herencia por los acreedores del heredero", en Estudios de Derecho Privado, pp. 379-437. Civitas, Madrid, 1ª ed., 1980.
- DOMAT, "Les lois civiles dans leur ordre naturel", T. I, París, 1777.
- DONATI, A., "Orientamenti della P.A. in tema di assicurazione del credito e di polizze cauzionali". Banca, borsa e titoli di credito, 1960, pp. 100-104.
- DI MAJO, A., N.D.I. voz Pagamento (Diritto privato).

- DONATI, A., "Natura giuridica delle c.d. polizze fideiussorie".
Banca, borsa, 1957, II, pp. 75-81.
- D'ORS, A. y otros, "El Digesto de Justiniano".
- D'ORS, A., "Derecho Privado Romano", Pamplona, 1981.
- D'ORS, A. y GIMÉNEZ-CANDELA, T., "Fianza parcial", Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, t. XXX, Bruselas, 1983.
- D'ORS, A., "Certum-incertum en la fideiussio", IURA, 1963, p. 190.
"Credutum", Anuario de Historia del Derecho Español, T. XXXIII, pp. 345 a 364, Madrid, 1963.
- DUPONT DELESTRAINT, P., "Droit civil", 8ª ed., París, 1981.
- DURANTON, M., "Cours de Droit civil, suivant le Code français", (avec des sommaires). Manheim, 1841.
- DUSI, "Istituzioni di Diritto privato", Bologna, 1956.
- ENNECERUS, L., "Derecho civil" (Obligaciones). 11ª rev. por Lehmann, H., adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Pérez González y Alguer, Barcelona, 1935.
- ESCARRA, G., "Principes de Droit Commercial", T. I, París, 1934.
- ESCRICHE, J., "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", t. II, Madrid, 1874.
- ESMEIN, "Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année". 10ª ed., París.
- ESPIN CÁNOVAS, D.E., "Sobre el pago con subrogación". Rev. de Derecho Privado. Año XXVI, N. 303, mayo 1942.
- FALASHI, V., "Fidejussioni, garanzie date da terzi e conflitto d'interessi". Banca, borsa e titoli di credito, 1954, I, pp. 292-295.
- FENET, A., "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil", t. XIII, Osnabrück, 1968, pp. 193 y ss.
"Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil". T. XV, Otto Zeller. Osnabrück, 1968 (reimp. de la ed. de 1827).
- FLUME, "Studien zur Akzessorietät des römischen Bürgschaftsstipulationem". Weimar, 1932.
- FOSCHI, M., "Fideiussione per obbligazione determinabile e per obbligazione futura". Riv. del Diritto Commerciale, 1957, II parte, pp. 450-473.

- FRAGALI, M., "Nueva Enciclopedia del Derecho", t. XVII, Fav. Form. Voz "Fideiussione".
- "Fideiussione e assicurazione", Banca, borsa e titoli di credito, 1955, I, pp. 135-152.
- "Trattato di Diritto civile e commerciale". Ciccumessineo, T. III "La Comunione". Vol. XIII, T. 3, Milano, 1983.
- "Enciclopedia del Derecho", t. XVIII, Vol. Foro-Giud., Voz "Garanzia", pp. 446 a 466.
- "Recente indirizzi sulla natura dell'assicurazione fideiussoria". Banca, borsa e titoli di credito, 1972, I, pp. 514-530.
- "Ancora sul comportamento omissivo del creditore verso il debitore garantito", Banca, borsa e titoli di credito, 1971, I, pp. 161-172.
- "Commentario a cura di Scialoja-Branca", Bologna, 1944.
- FREZZA, P., "Le garanzie delle obbligazioni". Corsi di Diritto Romano. V. I, Le garanzie personali, Padua, 1962.
- FUENTESECA, P., "Origen del concepto romano de obligación (obligatio)" en Homenaje a Roca Sastre, I, Madrid, 1976, pp. 111-152.
- FUZIER-HERMAN, "Code civil annoté", t. 6, arts. 1708 a 2091, París, 1949.
- GAMBINO, A., "Fideiussione, fideiussio, indemnitas e polizze fideiussorie". Rivista del Diritto Commerciale, 1960, II parte, pp. 57-80.
- GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., "Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos". t. III, Madrid, 1842.
- GARCÍA GOYENA, F., "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español". Reimp. de la ed. de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente. Zaragoza, 1974.
- GARRIGUES, J., "Curso de Derecho Mercantil", T. I, 7ª ed., Madrid, 1976.
- "Tratado de Derecho Mercantil", T. II, Madrid, 1955.

- GARRIGUES, J., "Tratado de Derecho Mercantil", T. III, vol. 1, Madrid, 1963.
 "Contrato de Seguro terrestre". Madrid, 1983.
- GAUDEMET, E., "Théorie générale des obligations". Reimpr. de la ed. de 1937. París, 1965.
- GAUTHIER, "Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation". París, 1853.
- GERARDIN, "Etude sur la solidarité". Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 1884-1885.
- GERI, V., "Ulteriori osservazioni in tema di assicurazioni cauzionali e della loro natura". Assicurazioni, 1969, II, pp. 124-129.
- GIBERT, R., "Historia general del Derecho español". Granada, 1968, p. 46.
 "Sobre derecho aragonés-romano-franco", AHDE, XXVII-XXVIII, p. 1.245.
- GILISSEN, G., "L'apparition des renonciations aux exceptions du droit romain dans le droit flamand au XIIIe. siècle", en Revue Internationale des droits de l'antiquité, t. IV, 1950, pp. 513-550.
- GIMÉNEZ-CANDELA, T., "A propósito del 'vadimonium' en las 'tabulae pompeianae' de Murécine", en Studi Sanfilippo, I.
 "Notas en torno al 'vadimonium'" en SDHI, 1982.
 "La contribution des tablettes pompéiennes au Droit Romain". Comunicación al VIII Congreso Internacional de Epigrafía griega y latina. Atenas, 1982.
- GIOIA, A., "L'azione surrogatoria nel diritto vigente". Nápoles, 1965.
- GIORGI, J., "Teoría de las obligaciones", vol. IX, Madrid, 1813.
- GIORGIANNI, "Nuovo Digesto Italiano", Surrogazione (Pagamento con), pp. 1.231 a 1.235.
 "Novissimo Digesto Italiano", Voz Pagamento (Diritto civile), t. XII, 1965.
 "L'inadempimento". Corso di Diritto civile. 2ª ed. revisada. Milán, 1974.
- GIRARD, F., "Manuel élémentaire de Droit Romain". 6ª ed., París, 1918.
- GONZALO DE LAS CASAS, J., "Diccionario General del Notariado de España", t. II, Madrid, 1853.

- GLUCK, F., "Commentario alle Pandette". Libro II. Trad. por G. de Marinis, con notas de los profesores C. Ferrini y F. Serafini. Milán, sin fecha.
- GÓMEZ, A., "Resoluciones".
- GÓMEZ DE LA SERNA, "Elementos de Derecho civil y penal de España". Madrid, 1851.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V., "Derecho Procesal civil". V. I, Madrid, 1975.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., "Concurso de Leyes y concurso de acciones en Derecho civil", Año XXX. Núm. 355. Octubre, 1946, R.D.P., pp. 705-715.
- GOROSABEL, P., Redacción del Código civil de España. Tolosa, 1832.
- GROSSO, G.; BURDESE, A., "Trattato di Diritto civile italiano". "Le succesione". Parte generale. V. XII, T. 1, Turín, 1977.
- GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentarios al Código civil y compilaciones forales". T. XXIII, arts. 1.822-1.886. Jaén, 1980.
- GUILLOUARD, "Traité de cautionnement et des transactions". Libro III, tít. XIV y XV del Código civil (arts. 2.011 a 2.058). París, 1894.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., "La acción subrogatoria". Rev. de Derecho Privado. T. XLIII, enero-dic., 1959.
- "Curso de Derecho civil". Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual. Madrid, 1968.
- GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B., "Estudios sobre el Derecho civil español". T. V, 1871.
- GUZMÁN COSP, J.; MAIRATA LAVIÑA, J.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.M.; SECHI VÁZQUEZ, J.M., "Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias", Barcelona, 1984, 3ª ed.
- HERNÁNDEZ GIL, A., "R.D.P.", año XXX, nº 351, junio 1946.
- "El principio de la no presunción de solidaridad", R.D.P., 1947, n. 359, año XXXI.
- "Derecho de obligaciones". 2ª reimpr., Madrid, 1960.
- HERNÁNDEZ MORENO, A., "El pago del tercero", 1ª ed., Barcelona, 1983.
- HUSCHKE, P., "Über das Rects des Nexum und das alte römische Schuldrecht". 9ª ed., Leipzig, 1846-1980.

- LENEL, "Das Nexum", Zeit. Sav. Stift., 23, 1902, pp. 84 a 101.
- LEVY, E., "Nachträgliches zu den Aufträgen der römischen Bürgerschaft". Zeits. der Sav. Stif., 26 Romanische, pp. 398 a 405.
- "Sponsio" "Fidepromissio" "Fideiussio". Berlín, 1907.
- LOPEZ DE TOVAR, G., "Índice de las leyes y glosas de las 7 Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio", T. II y III, Madrid, 1789.
- LUBTON, U. von, "Zum Nexumproblem", Zeits. Sav. Stift., 1950, n. 67, pp. 112 a 161.
- MACQUERON, G., "Histoire des obligations, le droit romain". Aix-en-Provence, 1971.
- MAGINI, U., "La surrogazione per pagamento nel Diritto Privato italiano", Turin, 1924.
- MANRESA Y NAVARRO, J.Ma, "Comentarios al Código civil español", T. VIII, Madrid, arts. 1.088 a 1.314. 1907.
- "Comentarios al Código civil español", T. XII, Madrid, 1907.
- MARCADE, P.V., "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", 5ª ed., vol. III. París, 1852.
- MARÍN PÉREZ, P., "Derecho civil", Derecho de obligaciones y contratos, v. II, Madrid, 1983.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., "Código civil", redactado por Marín Pérez, P., t. XIX, arts. 1.088 a 1.213. 2ª ed. "De las obligaciones", Madrid, 1957.
- MARTÍNEZ DÍEZ, "Fuero Real y de Soria", AHDE, XXXIX, 1969, pp. 541 a 562.
- MARTORANO, "Enciclopedia del Diritto", Voz "Cauzione".
- MARTY, G., "Derecho civil: Garantías accesorias". México, 1952.
- MARZO, S. di, "Lebasi romanistiche del Codice civile", Turín, 1950.
- MASUCCI, "L'azione surrogatoria nel nuovo Codice civile", Rivista di Diritto Privato, T. XIII, 1943, enero-feb., 1943, XXI, año XIII, nº 1-2.
- MAYER, "El anteproyecto de obligaciones español según sus rasgos fundamentales", Barcelona, 1926.

- HUC, Th., "Commentaire théorique et pratique du Code civil".
T. VIII, arts. 1.234 a 1.386. París, 1895.
"Commentaire-traité et pratique du Code civil",
T. XII, arts. 1.984 a 2.091. París, 1899.
- IGLESIAS, J., "Derecho Romano". Instituciones de Derecho Pri-
vado", 6ª ed., Barcelona, 1972.
- IRTI, "Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui".
Milán, 1967.
- JESTAZ, "Encyclopedia Dalloz". Voz "Cautionement" n. 49 y ss.
2ª ed.
- JOSERRAND, L., "Cours de Droit positif français". 2ª ed.,
París, 1932, t. II.
- KASER, M., "Das römische Zivilprozessrecht". Munich, 1966, 3ª
parte, 4ª ed.
"Das römische Privatrecht", t. I, Munich, 1955.
"Derecho Romano privado". 5ª ed., trad. por José
Santa Cruz Teijeiro, Reus, 1968.
- KUNKEL, W., "Historia del Derecho Romano", trad. de la 4ª ed.
alemana, por Juan Miquel. Barcelona, 1985.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., "Algunas consideraciones sobre el objeto
de la acción subrogatoria". En Anuario
de Derecho Civil, 1950.
"Elementos de Derecho civil". Derecho de
Obligaciones. T. IX, vol. 3ª (Contratos
y cuasi-contratos).
"El pago de lo indebido", Libro Homenaje
a Ramón María Roca Sastre. v. II, Madrid
1976.
- LALAGUNA, E., "Sujetos del pago". Boletín de Información del
Ministerio de Justicia. Año XXXIX, 5 agosto 1985.
- LARENZ, K., "Derecho de obligaciones", t. II, Madrid, 1959.
- LAROMBIERE, L., "Théorie et pratique des obligations ou com-
mentaire des titres III, IV, livre III du
Code Napoléon, arts. 1.101 a 1.386"., T. 2º,
París, 1862.
- LASSO GAITE, J., "Crónica de la Codificación española". Codi-
ficación civil (Génesis e historia del Códigi-
go), V. II. Madrid, 1970.
- LAURENT, F., "Principes de Droit civil français". Tomo XVII,
3ª ed., Bruselas 1878.

- MAYR, R., "Praestare", Zeit. Sav. Stift., 1921, n. 42, pp. 198 a 227.
- MERLIN, "Repertorio universale e ragionato di Giurisprudenza e questioni di diritto", vol. II, 1834.
- MERLO, G.M., "La surrogazione per pagamento", Padua, 1933.
- MESSINEO, F., "Manual de Derecho civil y comercial", trad. al español por Santiago Sentis Melendo. T. VI, Buenos Aires, 1955.
- MESTRE, J., "La subrogation personelle", París, 1979.
- MICCIO, R., "Commentario del Codice civile" "Delle obbligazioni in generale", Turín, 1957.
- "I diritti di credito", vol. I, Turín, 1971.
- MIRABELLI, "Contratti varii (Il deposito e il sequestro. Il pegno)". 2ª ed., Nápoles-Turín, 1915.
- MOLLE, "Fideiussioni bancarie e assicurazioni fideiussorie". Banca, borsa e titoli di credito, II, 1953, pp. 442-452.
- MONIER, R., "Manuel élémentaire de droit romain", T. II, Les obligations. París, 1936.
- MONTELEONE, G., "Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria". Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione". Milán, 1975.
- MONTERO AROCA, J., "La intervención adhesiva simple". Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil". Barcelona, 1972.
- "El proceso laboral", T. I, 2ª ed. actualizada. Barcelona, 1982.
- "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes". Rev. Gral. de Derech
- NANI, C., "Storia del Diritto privato italiano", Turín, 1902.
- NICOLO, "Dell'azione surrogatoria" en Commentario diretto da Scialoja e Branca. Bologna-Roma, 1953.
- "L'adempimento dell'obbligo altrui", Milán, 1936.
- ORTOLÁN, "Instituciones de Justiniano". Buenos Aires, 1960.
- OSSORIO MORALES, J., "Lecciones de Derecho civil". Obligaciones y contratos. Granada, 1956.
- OURLIAC, P. et MALAFOSSE, J., "Derecho Romano y francés histórico", trad. al español con anotaciones de Manuel Fairén, T. I, Derecho de Obligaciones, Barcelona, 1960.
- MORENO QUESADA, B., "El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías", A.D.C., 1971, XXIV, pp. 429-479.

- OYUELOS, R., "Digesto. Principios, doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español". T. VII, (arts. 1604 a 1976), Madrid, 1932.
- PACIFICI-MAZZONI, E., "Istituzioni di Diritto civile italiano", vol. V, parte II, 5ª ed., Florencia 1921.
- PACIFICI-MAZZONI, E., "Istituzioni di Diritto civile italiano", vol. IV. Parte speciale. Obligazioni in generale., 1920. Vol. V, parte speciale, partes 1 y 2. Dei signoli rapporti obligatorii, 1921.
- PACCHIONI, "Delle obbligazioni in generale", Padua, 1935.
- "Elementi di Diritto civile", 4ª ed., Milán, 1944.
- "Lezioni di Diritto civile". Le obbligazioni. Parte generale. Padua, 1926.
- "El libro de las obligaciones del nuevo Código civil italiano". Trad. por A. Hernández Gil. Revista de Derecho Privado, año XXV, n. 291. Abril 1941, pp. 12 a 35.
- "Trattato delle obbligazioni secondo il Diritto civile italiano". Turín, 1927.
- "Obbligazioni e contratti". Sucinto commentario al libro quarto del Codice civile, a cura di Cesare Prosetti. Milán, 1950.
- PALANDT, Th., "Bürgerliches Gesetzbuch", 28 Aufl., Munich, 1969.
- PASTORI, "Appunti in tema di sponsio e stipulatio". Pubbl. Fac. Giurisprudenza Univ. Urbino, VII, Milán, 1961.
- PLANIOL, M.; RIPERT, J., "Tratado práctico de Derecho civil francés". Trad. de Mario Díaz Cruz, Habana, 1945.
- PLANIOL, M., "Traité élémentaire de Droit civil", T. II, 7ª ed., París, 1917.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., "El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)", Centenario de la Ley del Notariado. Sección IV, Fuentes y bibliografía. Vol. I, Madrid, 1965.
- PÉREZ ALVAREZ, M.A., "Solidaridad en la fianza". Pamplona, 1985.
- PERNICE, A., "Parerga". Zeits. Sav. Stift. n. 19, 1963, pp. 82 a 183.
- POLACCO, V., "L'obbligazioni nel Diritto civile italiano", 2ª ed., Roma, 1914.

- PONT, P., "Explication théorique et pratique du Code civil". T. IX, París, 1867, Commentaire-Traité des Petits Contrats.
- PUGLIESE, "Intorno all'impossibilit  della prestazione dal paterfamilias e dal fideiussore", en Studi in onore di U.E. Paoli, Florencia, 1955, pp. 573 y ss.
- PUIG BRUTAU, J., "Diccionario de acciones civiles en el Derecho civil español". Barcelona, 1984.
- "Fundamentos de Derecho civil". T. I, vol. II, Derecho General de las Obligaciones, Barcelona, 1959.
- PUIG FERRIOL, L., "Régimen jurídico de la solidaridad de deudores", en Libro homenaje a Ramón Ma Roca Sastre, vol. II, Madrid, 1976.
- PUIG PEÑA, F., "Compendio de Derecho civil español". Contratos, t. IV, 2a ed., Pamplona, 1972.
- RASCIO, R., "Fideiussione omnibus". Dizionario del Diritto Privato. Vol. I, Diritto civile, 1980, pp. 377-417.
- RAVAZZONI, A., "Problemi relativi al pagamento da parte dell'istituto garante nelle c.d. polizze o cauzioni fideiussorie". Assicurazioni, 1964-I, pp. 493-506.
- "Novissimo Digesto Italiano", vol. VII, fols. go. Voce "Fideiussione".
- "Sulla fideiussione per obbligazione non determinata". Banca, borsa e titoli di credito, 1957. II, pp. 524-528.
- "Fideiussione in luogo di cauzione" (Le c.d. cauzioni fideiussorie". Assicurazioni, 1959-I, pp. 266-283.
- "Nuove riflessioni sulle cauzioni fideiussorie". Assicurazioni 1973, T. 1, pp. 541-561.
- REDENTI, "Dizionario pratico del Diritto privato", voz "Fideiussione". Vol. III, pp. 118-150.
- RENUSSON, Ph. de, "Trattato della surroga", 1a trad. italiana, 1846.
- REYES MONTERREAL, J.M., "La letra de cambio: el avalista y la fianza ordinaria", R.G.D., 1954, pp. 148-152, n. 114.
- RICCI, F., "Corso teorico-pratico di Diritto civile", 2a ed., vol. IV, "Delle obbligazioni e dei contratti in genere", Turín, 1886.

- RIFÁ SOLER, J.Ma, "La anotación preventiva de embargo", Madrid, 1983.
- ROCA JUAN, J., "Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida" (en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro, II). Madrid, 1976, pp. 523-548.
- ROCA SASTRE, R.Ma, "El derecho de transmisión", en Estudios de Derecho Privado. II. Sucesiones, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948.
- "Estudios de Derecho Privado". T.I., Madrid, 1948.
- "Derecho hipotecario". T. IV. Barcelona, 1948.
- ROCCO, A., "Il concordato nel fallimento e prima del fallimento". Turín, 1902.
- ROTONDI, G., "Scialoja. Dizionario del Diritto privato". T. III, 1ª parte, F- Inv., Voz "Garanzia", pp. 236-237.
- RUBIO, J., "Derecho cambiario", Madrid, 1973.
- RUBINO, D., "Delle obbligazioni". Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Arts. 1.285-1.320. Bologna-Roma, 1958.
- RUGGIERO, R. de, "Instituciones de Derecho civil", Vol. II, Madrid, 1931.
- SABATO, F. di, "Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: Criteri d'interpretazione". Riv. Dir. Civ., 1961-II, pp. 490-502.
- SACCO, "Il potere di procedere in via surrogatoria". Parte generale. Giappichelli. Ed. Torino, 1955.
- SALA, J., "Ilustración del Derecho Real de España", 2ª ed., T. I, Madrid, 1820.
- SALVESTRONI, "Solidarietà d'interessi e d'obbligazioni". Padua, 1974 (Profilo sistematici per lo studio della solidarietà fideiussoria).
- SÁNCHEZ MEDAL, R., "De los contratos civiles", México, 1976.
- SANCHO REBULLIDA, F., "La novación de las obligaciones". Barcelona, 1964, p. 161.
- "Comentarios al Código civil y compilaciones forales". Manuel Albadalejo, t. XVI, arts. 1.156 a 1.213.
- "La mancomunidad como regla general en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos", en Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas. T. III, Pamplona, 1969, pp. 565 a 578.
- SAUNPONTS, I.; BARBA MARTÍ DE EIXALA, R. y FERRER Y SUBIRANA, J., "Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Licenciado Gregorio López vertida al castellano y extensamente adicionada con nuevas notas y comentarios". Barcelona, 1843.

- SANTAGATA, C., "L'automaticità della surrogazione assicuratoria (Appunti per una costruzione unitaria del subingresso nel credito)" en R.T.D.P.C., 1961.
- SANTAMARÍA, J., "Comentarios al Código civil", T. II, art. 1.088 a disposiciones transitorias y apéndice foral de Aragón. Madrid, 1953.
- SANTORO-PASSARELLI, F., "Dottrine generali del Diritto civile", 7ª ed., Nápoles, 1962.
- SENTO, "Istituzioni di diritto privato", V. II, Nápoles, 1942.
- SCHLESINGER, P., "El pago al tercero". Trad. A. de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, 1971.
- "Il pagamento al terzo", Milán, 1961.
- SCHOCH, H., "La fianza en el Derecho civil alemán", T. XX, Rev. Derecho Privado, 1933.
- SEGRE, G., "In materia di garanzie personali". Bulletino dell' istituto di Diritto Romano. Roma, 1934, nº 42, pp. 497 a 549.
- "Scritto giuridici", Turín, 1973.
- "Corso di Diritto Romano", Turín, 1929.
- SENTIS MELENDO, S., "Manual de Derecho civil y comercial". T. IV, Derecho de las Obligaciones. Parte general. Buenos Aires, 1955.
- SERRA DOMÍNGUEZ, "Efectos procesales de la insolvencia". Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix, T. XII, Barcelona 1965, p. 95.
- SINLOPMANN, S., "Altrönisches Schuldrecht-Nexum-Praescriptiones", Leipzig, 1904.
- SIGALAS, A., "Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire". Aix-en-Provence, 1957.
- SIMONETTO, "Sulla natura della cauzione". Banca, borsa e titoli di credito. 1954, II, pp. 292-300.
- SINAY, H., "La situation juridique du donneur d'aval". Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1953, pp. 17 a 52.
- SOLAZZI, "L'estinzione delle obbligazioni", Nápoles, 1935.
- "La compensazione in diritto romano", Nápoles, 1950.
- SOTO NIETO, F., "Caracteres fundamentales de la solidaridad pasiva", R.D.P., pp. 782 a 806, 1980.

- SOTO NIETO, F., "Dinámica de la obligación solidaria". La obligación 'in solidum'. B. de Información del Ministerio de Justicia nº 1220. Madrid, 5-11-1980, pp. 1 a 14.
- STAMMLER, "Recht der Schuldverhältnisse", Berlín, 1897.
- STANOJEVIC, O., "Lamutui catio du Droit Romain", Labeo, 1969, pp. 311 a 326.
- STOLFI, "La promesa del fatto di un terzo". Riv. Dir. Com., 1927, T. I.
 "Natura giuridica dell'assicurazione cauzioni". Assicurazioni, 1958, T. 1, pp. 61-77.
 "In tema di fideiussione per debiti futuri", en Studi di Diritto Privato, Milán, 1980.
- TALAMANCA, M., "Nuova Enciclopedia del Diritto, T. XVII, Fav.-Form., voz "Fideiussione".
 "L'origine della 'sponsio' e della 'stipulatio'". Labeo, 1963, pp. 96 a 117.
 "Alia causa e durior conditio come limite dell' obbligazione dell'adpromissor". Studi Grosso, T. III.
 "Recensión a Triantaphyllopoulos". Archivio Giuridico, 1957, Atenas, 1952.
- TAMBURRINO, G., "Appunti sulla natura e sulla disciplina della cosiddeta assicurazione fideiussoria", pp. 523-534, Assicurazioni, 1970, I.
- THARWART, K., "Le paiement avec subrogation en Droit français et en Droit suisse". Genève, 1963.
- TERRE, F.; GOFFIN, P.; HEMARD, J. y otros, "Les sûretés personnelles", T. III, Bruselas, 1969.
- TIMBAL, C., "Les sûretés personnelles dans la France centrale". en "Les sûretés personnelles", 2ª parte. Moyen-Âge et Temps Modernes. Bruselas, 1971, pp. 36 a 55.
- THÉZARD, "De la nature et des effets de la subrogation". Revue de Législation et de Jurisprudence, 1897.
- TONNI, L., "Disciplina legale e convenzionale delle polizze fideiussorie", pp. 133-141. Assicurazioni, 1957-II.
- TORRALBA, V., "Lecciones de Derecho civil". Vol. I y II. Reimpr. 1984. Barcelona.
- TORRENT, "El pago de un tercero con relación al pago con subrogación". Rev. Crít. Der. Inmobiliario, 1950.

- TORRENTE, A.; SCHLESINGER, P., "Manuale di diritto privato", 11ª ed., Milán, 1981.
- TOULLIER, C.B.M., "Le Droit civil français suivant l'ordre du Code", 5ª ed., París, 1830-1834.
- TRABUCCHI, "Istituzioni di diritto civile", Padua, 4ª ed., 1948.
- TRANTAPHYLLOPOULOS, J., "La législation romaine sur le cautionnement", Revue Historique du Droit français et étranger. 1961.
"Lex Cicereia", Atenas, 1957.
- TROPLONG, "Du cautionnement et des transactions", XVI, París, 1846.
- VALIENTE, T., "Las fianzas en los derechos aragonés y castellano", pp. 425 a 481. "Les sûretés personnelles", 2ª parte. Moyen-Âge et Temps Modernes. Bruselas, 1971.
- VALIÑO, E., "Instituciones de Derecho privado romano", Valencia, 1976.
- VANDEBOSSCHE, A., "Le cautionnement en Gaule dans les Droits franc et burgonde", en "Les sûretés personnelles". 3ª parte. Moyen-Âge et Temps Modernes en Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions". T. XXIX, 1971, p. 29.
- VATTIER FUENZALIDA, C., "Notas sobre la subrogación personal", Rev. Derecho Privado, junio 1985.
"Contribución al estudio de las obligaciones accesorias". Rev. Derecho Privado, 1980.
- VÁZQUEZ GUNDIN, "Mucius Scaevola", Código civil, T. XXVIII, arts. 1.790 a 1856. Madrid, 1953.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, "Operaciones bancarias", Madrid, 1985.
- VIDAL MAYOR, "Traducción aragonesa de la obra 'In excelsis dei thesarius' de Vidal Canellas". 1956.
- VINCENT, "L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive", en Revue trimestrielle de Droit civil, nº XXXVIII, 1939, pp. 601 y ss.
- VIOLLET, P., "Histoire du Droit civil français", Alemania, 1966. Reimpr. de la 3ª ed.
- VOCABULARIUM IURISPRUDENTIAE ROMANAE.
- VON THUR, A., "Tratado de las obligaciones", t. II, 1ª ed., trad. por W. Roces, Madrid, 1934.

- WATTIEZ, J.P., "Le cautionnement bancaire", Tomo 9, París, 1964.
- WINDSCHEID, B., "Diritto delle Pandette". Trad. Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa. V. II, Turín, 1925.
- ZACHARIAE, C.S., "Cours de Droit civil français". T. II, Bruselas, 1850.
- ZUCCONI, C., "L'origine storica dell'azione surrogatoria". Riv. di Diritto civile, 1910, pp. 749 a 784.
- "Natura ed effetti dell'azione surrogatoria". Riv. di Diritto civile, pp. 1 a 36.
- ZULIANI, G. de, "Successione di Diritto nel rapporto assicurativo". Milán, 1960.

INDICE GENERAL

	<u>pág.</u>
INTRODUCCIÓN	1
PREMISAS	7
1. Concepción genérica de garantía	8
2. Concepto técnico de garantía. Caracteres.	11
3. Clases: Garantías personales y reales.	13
4. Caracteres genéricos de las garantías personales.	14
CAPÍTULO I.	
1. Antecedentes remotos de la fianza	21
2. Origen de las garantías	24
3. Formas primitivas	26
3.1. El Praes	26
3.2. El Vades	26
3.3. El nexum	33
4. La Sponsio	34
5. La Fidepromissio.	39
6. La Fidejussio	43
6.1. Características de la fianza	46
6.2. Responsabilidades del garante.	49
6.3. Extensión de las excepciones del deudor al garante	52
6.4. Relaciones entre deudor-garante.	54

	<u>pág.</u>
6.4.1. Forma	55
7. Modalidades jurídicas que pueden extinguir la obligación	56
7.1. Pérdida fortuita del objeto de la obligación	56
7.2. Litis Contestatio.	56
7.3. Novación	56
7.4. Confusión.	57
7.5. Compensación	57
8. Excepciones que pueden oponer el deudor principal y el garante.	57
9. Acciones de las que disponían los garantes.	62
10. Beneficio de cesión de acciones.	66
10.1. Cesión de las acciones del garante contra el deudor.	68
10.2. Cesión de las acciones del garante contra el resto de cogarantes	69
11. Relación del beneficium cedendarum con el beneficium divisionis.	70
12. Pluralidad de fiadores	74
12.1. Relaciones existentes con el acreedor.	74
12.2. Relaciones de los cogarantes entre sí.	75
12.3. Efectos.	76
13. Regreso del garante.	77
14. Actio mandati contraria.	82
15. Condiciones para el conocimiento y ejercicio de la acción de regreso.	86

	<u>pág.</u>
16. Extinción del afianzamiento	88
17. Instituciones afines.	90

CAPITULO II.

1. Génesis histórica de la subrogación.	123
1.1. Antecedentes romanos de la subrogación personal.	123
1.1.1. Beneficio de cesión de acciones. . .	124
1.1.2. Successio in locum	124
2. Evolución de la subrogación.	124
2.1. Compenetración y desarrollo de los elementos romanos en el Derecho Común . .	127
2.2. Etapa de los glosadores	129
2.3. Nacimiento de la subrogación en el Derecho Francés	131
2.4. Contenido de la nueva institución	135
2.4.1. Análisis de la teoría de Dumoulin. .	136
2.4.1.1. Breve estudio de las razones que motivaron a Dumoulin a orientarse en sentido opuesto al criterio mayoritario	137
2.4.2. Construcciones que se efectuaron con la finalidad de dar a la sub- rogación una configuración jurídica propia	139
2.4.2.1. Tesis de Domat.	139
2.4.2.2. Distinción entre subro- gación legal y conven- cional.	140

	<u>pág.</u>
3.1. Tesis de Manresa	166
3.2. Tesis de García Goyena	169
3.2.1. Supuestos de subrogación legal.	169
3.2.2. Subrogación convencional.	172
3.2.3. Pago parcial de la deuda.	173
3.3. Estudio pormenorizado de la subrogación legal.	174
4. Aproximación a la naturaleza jurídica de la subrogación	182
4.1. Sintetización de las distintas teorías. Especial referencia a la teoría de la sucesión en el crédito	188
4.1.1. Teorías del pago o extinción del crédito	192
4.1.1.1. Teoría de la ficción	193
4.1.1.2. Teoría de la transmisión de las garantías	194
4.1.1.3. Teoría del regreso legal	195
4.1.2. Grupo de teorías eclécticas	196
4.1.2.1. Teoría de la operación de "double face".	197
4.1.2.2. Teoría de la extinción re- lativa	198
4.1.3. Teoría del pago no extintivo.	200
4.1.4. Teorías de la transmisión del crédito	202
4.1.4.1. Teoría que diferencia la subrogación de la cesión	202
4.1.5. Teoría de la cesión	208

	<u>pág.</u>
4.1.6. Teoría de la expropiación del crédito.	209
5. Situación jurídica del que paga en calidad de tercero, no extraño a lo obligado, investido de cierto interés jurídico	213
5.1. Tesis de Magini.	214
 CAPÍTULO III.	
1. Concepto de la subrogación.	236
1.1. Visión de los autores clásicos	237
1.1.1. Vinculación o similitud de la cesión con la subrogación.	252
1.2. Visión panorámica actual de la subrogación . .	254
1.2.1. Nuevo sentido de la institución de la subrogación	254
1.2.2. Alcance y visión actuales	254
1.2.3. Visión de los autores italianos	257
1.2.4. Definición y requisitos de la subro- gación. Alcance de la misma	257
1.2.5. Es un fenómeno sucesorio.	259
1.2.5.1. Diferenciación de la sucesión a título particular .	259
1.2.5.1.1. Subrogación en la titularidad activa.	260
1.2.5.1.2. Subrogación en la titularidad pasiva.	260
1.2.5.1.3. Subrogación en el ejercicio de un derecho de otro . .	260

	<u>pág.</u>
1.2.4.1.4. Subrogación en el cumplimiento de una obligación de otro o en general en la actuación de un vínculo jurídico establecido y correspondiente a otra persona.	260
1.2.6. Es un título adquisitivo o derivativo.	260
1.2.7. Clasificación del "subingreso" y de la subrogación	269
2. Mecanismo	271
2.1. Análisis del mecanismo de la subrogación	272
2.2. La subrogación resultado del pago.	274
2.2.1. La subrogación es un efecto del pago.	275
2.3. El pago de un tercero en el cumplimiento de la obligación	280
2.3.1. Consecuencias que se derivan del cumplimiento llevado a cabo con la aprobación del deudor.	282
2.3.1.1. Acción para ejercitar contra el deudor por el perjuicio patrimonial sufrido.	282
2.3.1.2. Derecho a la subrogación	284
3. Interpretación del artículo 1.159 C.C. español.	286
3.1. Pago de un tercero "en nombre del deudor".	294
3.2. Pago con ignorancia del deudor	294
3.3. Imposibilidad de subrogar al acreedor en sus derechos y acciones.	294
3.4. Requisitos del pago.	297

	<u>pág.</u>
4. El interés del tercero	298
4.1. Efectos	298
- Extintivo del pago	
- Liberatorio del pago	
4.2. Interés como antecedentes del pago del fiador y de las atribuciones que se le conceden. . .	303
4.3. Alcance a limitaciones del artículo 1.251-3º del C.C. francés.	305
4.4. Estudio de la subrogación en relación con el artículo 1.839. Alcance y contenido. . . .	307

CAPÍTULO IV.

1. Estudio particular de los problemas que suscitan las acciones de subrogación y de regreso	339
1.1 Breve referencia al desarrollo legislativo de las acciones de regreso y subrogación antes de la Codificación.	339
2. Génesis del regreso.	340
3. Contenido del regreso y de la subrogación. Apre- ciación crítica del contenido de ambos. ¿Dos acciones o una correlativa?.	346
3.1. Contenido de estas dos acciones	347
3.1.1. Tesis de Dumoulin.	347
3.1.2. Tesis de Renusson.	349
3.1.3. Codificación	352
3.1.4. Tesis de Guillouard.	355
3.1.5. Tesis de Troplong.	356
3.2. Pago de gastos.	357
3.2.1. Tesis de Merlin.	357
3.2.2. Tesis de Laurent	358

	<u>pág.</u>
3.2.3. Tesis de Pothier	358
3.3. Operaciones a realizar una vez haya pagado el fiador	359
3.3.1. Análisis especial de los intereses .	360
3.3.1.1. Momento a partir del cual comienzan a computarse los intereses	360
3.3.2. Reclamación de daños y perjuicios. .	363
3.3.3. Pago en contra de la voluntad del deudor	365
3.3.3.1. Pago en contra de la voluntad del deudor con interés del fiador.	366
3.3.3.2. Pago por un fiador solidario	367
3.3.4. Elección de las acciones de subroga- ción o de regreso	369
3.3.5. Estudio de la legislación italiana. .	370
4. Subrogación y regreso en el Derecho español. . . .	374
4.1. Antecedentes históricos del art. 1.839. Diferencias con instituciones en las que aparece la subrogación.	374
4.2. Supuestos favorables a la acción de subro- gación.	379
4.3. Casos en que la subrogación es inaplicable. .	383
4.4. Apreciación actual de las acciones de subrogación y de regreso.	385
4.4.1. Análisis del art. 1.839 C.C.	387
4.4.2. Distintas posiciones	390

CAPÍTULO V.	<u>pág.</u>
Peculiaridades de la fianza simple	417
1. La accesoriadad en la fianza.	421
2. La subsidiariedad en la fianza.	433
2.1. Noción	433
3. El beneficio de excusión.	439
3.1. Concepto. Supuestos de aplicación.	439
3.2. Naturaleza del beneficio de excusión	445
3.3. Gastos del beneficio de excusión	451
4. Garantía o caución de afianzamiento y asesura- miento de fianza. Criterios delimitativos	453
5. Actuación del fiador en la fianza simple.	459
5.1. Requerimiento del pago al fiador	459
5.2. Comportamiento del fiador.	463
5.2.1. Excepciones oponibles antes del pago.	463
5.2.1.1. Por el deudor.	463
5.2.1.2. Por el fiador.	474
5.2.1.2.1. Estudio del art. 1.852 C.C.	477
5.2.1.2.2. Ambito de aplica- ción del artículo comentado	480
a) Renuncia a posteriori	487
b) Renuncia anticipada	487
c) Actos del acreedor.	489
- Negligencia del acreedor respecto de la conservación de la garantía	489

	<u>pág.</u>
6. Acción de subrogación. Planteamiento de la cuestión.	491
6.1. Contenido de la acción de subrogación	500
6.2. Ejercicio de la misma	505
7. Acción de regreso. Planteamiento de la cuestión. . .	508

CAPÍTULO VI.

1. Fianza solidaria. Introducción	544
1.1. Fianza solidaria, solidaridad en la fianza. Caracteres	545
1.2. Criterios doctrinales	547
1.3. Orígenes.	551
1.3.1. Derecho Romano	551
1.3.2. Derecho Aragonés	557
1.3.3. Derecho Castellano	560
1.3.4. Derecho Francés.	561
1.3.5. Derecho de los Fueros.	563
1.3.6. Ley de Partidas.	565
1.3.7. Proyectos de Código Civil: Proyecto de 1836; de 1851; de 1882; redacción definitiva	571
1.3.8. Comentarios a los mismos	575
1.4. Principales efectos de las obligaciones soli- darias con varios deudores	579
2. Actuaciones del cofiador en los supuestos de plura- lidad de fiadores.	595
2.1. Requerimiento de pago	595
2.2. Acciones nacidas después de realizado el pago .	596

	<u>pág.</u>
2.2.1. Acciones de subrogación y de regreso.	
Delimitación de las mismas.	601
2.3. Excepciones oponibles por el fiador.	609
CONCLUSIONES.	626
BIBLIOGRAFÍA.	629

CAPITULO V
