

La *condictio* de regreso por pago de tercero

por
PABLO GÓMEZ BLANES
Universidad de Navarra

SUMARIO

1. LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO *SOLVENTS*.
2. LOS EFECTOS DEL PAGO DE TERCERO.
3. VALORACIÓN CRÍTICA.
4. LA VÍA DE REGRESO.
5. LA CESIÓN DEL CRÉDITO Y EL PAGO DE TERCERO.
6. EL FIADOR Y EL PAGO DE TERCERO.
7. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO *SOLVENTS*

El interés crediticio puede resultar satisfecho no por prestación del deudor principal, sino a consecuencia de la intervención de un tercero. Salvo que se trate de obligaciones personalísimas o exista pacto en contrario, cualquier persona puede satisfacer el crédito mediante la realización íntegra y exacta de la prestación, sin que se requiera el consentimiento del acreedor. La negativa injustificada de éste al ofrecimiento del tercero da lugar a *mora acci- piendi* (1). Su justificación es sencilla. Al acreedor le resulta indiferente quién

(1) También le hace perder las garantías reales o personales que tuviera. Al respecto, en el Derecho Romano, vid. Álvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano* (Eunsa, 10.^a ed., Pamplona, 2006), pág. 476. Vid. también André MAGDELAIN, «Note sur la “Purgatio

realice la prestación; en cualquier caso, su interés resulta plenamente satisfecho; por el contrario, su rechazo sin razón resulta abusivo y contrario a la buena fe, pues perjudica otros intereses legítimos, ya sean del tercero o del propio deudor.

Por la misma razón, la *datio* del tercero *solutionis causa* origina el pago, aunque lo hiciese con desconocimiento del deudor, e incluso, contra su voluntad (*licet invito et ignorante liberat eum*) (2). Si bien, normalmente lo hará por delegación del propio deudor (*iussum solvendi*); se trata de una modalidad de *delegatio dandi* o *tradendi*, en la que la relación de ejecución que existe entre el delegado y el delegatario consiste siempre en una *datio solvendi causa* (3). Si el delegado era, a su vez, deudor del delegante, la relación

Morae"», en *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl* (Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris, París, 1959), 199-204. Es dudoso si el tercero puede proceder a su consignación, al igual que sucedería si fuese el propio deudor quien se ofreciese a ejecutar la prestación debida. En el Derecho alemán, la legitimación para efectuar el pago es requisito necesario, pero no suficiente para consignar; para ello es preciso el *Ablösungsrecht* o derecho de satisfacción del § 268 BGB. Cf. Pedro DEL OLMO GARCÍA, «Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar», en *Anuario de Derecho Civil* 52 (Ministerio de Justicia - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999), 145-207, pág. 171; a juicio de este autor, en el Derecho español tampoco cabe identificar automáticamente esta legitimación para pagar con la legitimación para consignar, que un tercero sin interés tendrá francamente limitada (págs. 188-189). En este sentido, vid. también Antoni VAQUER ALOY, *El ofrecimiento de pago en el Código Civil* (Marcial Pons, Madrid, 1997), págs. 73-79.

(2) Cf. el artículo 1.158 del Código Civil, el artículo 1.180 *Codice* (= Código Civil italiano de 1942), y el § 267.1 BGB (= Código Civil alemán de 1900). Vid. también Marciano, D. 46.3.40 (= Digesto, Theodor Mommsen, Paul Krüger, 16.^a ed., Berlín, 1954); Ulpiano, D. 46.1.31; Ulpiano, D. 14.1.1.24; Gayo, D. 46.3.53; Gayo, D. 3.5.38, y C. 4.29.1. En este caso, el tercero actuará como gestor oficioso y podría reembolsarse mediante la *actio negotiorum gestorum* (Labeo, D. 3.5.42). En cualquier caso, el tercero debe pagar *nomine debitoris* (es decir, «lo debido por el deudor»); de lo contrario, habría *indebitum solutum*, como sucede cuando el heredero aparente paga al acreedor hereditario (Pomponio, D. 12.6.19.1; Paulo, D. 12.6.44; Paulo, D. 12.6.65.9).

(3) Vid. Fernando LAGUNA IBÁÑEZ, «Delegación», en *Temis* 3 (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1958), 157-178. Cf. también, Alejandro GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, 2 (Editorial Jurídica de Chile, 1996, Santiago de Chile), págs. 296-297, y Lodovico BARASSI, *La teoria Generale delle Obbligazioni. 3. L'attuazione* (Giuffrè, Milán, 1964), págs. 115-145. Sobre la evolución de la delegación en la tradición jurídica europea, cf. Margarita FUENTESeca, *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas* (Dykinson, Madrid, 2000). Esta autora entiende la delegación como un supuesto de novación subjetiva por cambio de deudor, distinta de la asunción de deuda (pág. 260). Sin embargo, la mayoría de los autores conciben la delegación como una institución distinta de la novación. Cf., en este sentido, Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. 2. Las relaciones obligatorias* (Civitas, 5.^a ed., Madrid, 1996), págs. 868-869. Por su parte, Marc BILLAU, *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations* (LGDJ, París, 1989), págs. 426-427, propone un concepto muy restringido de la delegación. Por lo demás, la STS (= Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, Sección 1.^a), 963/2006, de 9 de octubre, ponente: Encarnación Roca Trías, FJ. 3.º,

de cobertura también será *solvendi causa* y supone un pago abreviado con doble efecto liberatorio (4); en otro caso, la relación de cobertura puede consistir en una donación (*donandi causa*) o en una concesión de crédito (*credendi causa*) (5).

Con todo, el tercero *solvens* precisa del consentimiento de alguno de los titulares de la relación obligatoria o de un legítimo interés propio. Ciertamente, la legitimación para el pago es amplísima (cualquier persona puede satisfacer el crédito) (6); pero, sólo en la medida en que cuente con el consentimiento del acreedor o del deudor, o pueda alegar un interés legítimo (cualquier persona, pero no en cualquier circunstancia); de ahí que, el acreedor pueda rechazar la prestación del tercero sin interés cuando el deudor se manifieste contrario a dicho pago (7). Por lo demás, las obligaciones personalísimas

confunde *obiter dicta* la *delegatio solvendi* de la *delegatio promittendi*, al calificar como delegación de deuda lo que en realidad es un pago de tercero por delegación: el delegado no asume obligación alguna; simplemente paga una deuda ajena.

(4) Cf. Ulpiano, D. 24.1.3.12; Paulo, D. 46.3.64; Pomponio, D. 50.17.18. Si el delegante es fiador del delegatario y hubiera delegado a un deudor suyo, será él quien disponga de la acción de regreso contra el deudor principal. Cf., en este sentido, Ulpiano, D. 16.1.8.3.

(5) La eventual acción de reembolso sólo procede en este último supuesto (vid. Marciiano, D. 46.3.49). Por lo demás, de acuerdo con la doctrina de Celso, los vicios de la relación de valuta o de la relación de cobertura no se comunican a la de ejecución (cf. Paulo, D. 12.4.9.1; Ulpiano, D. 16.1.8.2; Trifonino, D. 23.3.78.5; Paulo, D. 44.4.5.5). Sin embargo, respecto de la relación de valuta, habrá que distinguir según la representación sea directa o indirecta.

(6) Según Benedikt FRESSE, «Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*. 4 (Fratelli Treves Editori, Milán, 1930), 397-457, sólo determinados terceros podrían pagar la deuda en el derecho romano clásico: *procurator, bonorum possessor, bonorum emptor...*; situación que, en su opinión, cambiará con el Derecho justiniano (págs. 431, 444-445 y 457). Al respecto, vid. la refutación de Siro SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano* (Jovene, Nápoles, 1935), págs. 44-50. La legitimación general es pacíficamente admitida en la actualidad. Cf. el artículo 1.158 del Código Civil; el artículo 1.236 *Code* (= Código Civil francés, de 1804); el artículo 1.180 *Codice*, y el § 267 BGB.

(7) En este sentido, vid. el § 267.2 BGB y el artículo 1180.2 *Codice*. Vid. también el artículo 79.1 *in fine* del Código Europeo de Contratos del «Grupo de Pavía». En el Derecho español, Luis PASCUAL ESTEVILL, *El pago* (Bosch, Barcelona, 1986) págs. 239, 243, 245, acude al artículo 7 del Código Civil. Cf. también José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, «El cumplimiento de las obligaciones» (*Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956), pág. 136, para quien habría en tal caso una auténtica ingerencia indebida en los negocios ajenos. Pienso que, en el fondo, por esta razón, Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 482, estima necesario considerar los motivos por los cuales una persona distinta del deudor interviene en la obligación. Por lo demás, Antonio HERNÁNDEZ MORENO, *El pago de tercero* (Bosch, Barcelona, 1983), págs. 112-113, 118, distingue entre una legitimación amplísima para realizar un pago extintivo y una legitimación limitada para efectuar un pago «heteroeficaz», con efecto subrogatorio. Según este autor, sólo quien tiene interés propio (caso del fiador o del deudor solidario) puede optar entre la legitimación genérica del artículo 1.158 del Código Civil o la legitimación específica de un pago no extintivo (págs. 138, 162).

(*intuitu personae*) en ningún caso pueden ser satisfechas por un tercero, pues toman en consideración la persona del deudor y sus especiales cualidades. En el derecho romano, esta limitación se aprecia de algún modo en la distinción entre *solutio* y *satisfactio* (8). La *solutio* clásica consistía en el cumplimiento exacto de una obligación de *dare certum* (*rem certam debitam et totam dare*), integrada por un acuerdo consensual de pago y por el acto real adquisitivo (*mancipatio, in iure cessio, traditio...*) (9); por el contrario, con el término *satisfactio* se designaba el cumplimiento de las obligaciones de hacer (*facere satis*) y los subrogados del pago (*datio in solutum, dare partem o aliquid, novatio, compensatio...*), que reclaman una especial aceptación del acreedor que debe darse por satisfecho (10). Los efectos solutorios y el pago de tercero se referían propiamente a las obligaciones de dar; las obligaciones de hacer normalmente debían ser realizadas por el mismo deudor. Por supuesto, esto podía ser alterado por voluntad de las partes negociales. Actualmente, el cumplimiento de tercero con efectos satisfactivos también comprende las prestaciones de hacer, a menos que la calidad y las circunstancias de la persona del deudor configuren de modo esencial la prestación debida (art. 1.161 CC; art. 1.237 *Code*). Así pues, se generaliza lo que era excepcional (el pago de tercero de una obligación de hacer).

(8) Respecto de la distinción entre *solutio* y *satisfactio*, vid. Paul KRETSCHMAR, *Die Erfüllung* (Veit, Leipzig, 1906) en especial págs. 4 y 33; en parte de ahí deriva el desarrollo elaborado por Sebastiao CRUZ, *Da solutio. Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins. I. Épocas arcaica e clássica* (Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1962). No le parece probado a Generoso MELILLO, *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziale nell'adempimento inesatto* (Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1970) en especial págs. 5-6.

(9) Se configuraba, pues, como una modalidad de *datio ob causam*, en la que el convenio de pago (*solutio*) era causa de la *datio (solutionis causa)*: si existe una deuda previa (*debitum*), ésta se extingue (*liberatio*); de no existir (*indebitum*), corresponde la *condicatio indebiti*, pues, pese a haber *causa adquirendi*, viene a fallar la *causa retinendi*. Vid. Sebastiao CRUZ, *Da solutio. Terminologia*, en especial págs. 153 y 328. Vid., sin embargo, Max KASER, *Das Römische Privatrecht. I. Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht* (Ch. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2.^a ed., Múnich, 1971), pág. 635.

(10) Sobre la anómala evolución de *solutio* y de *solvore* en el período postclásico y la confusión de términos y conceptos, Vid. Sebastiao CRUZ, *Da «solutio»*. *Época post-classica occidental. «Solutio» e «Vulgarrecht»* (Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1974). En el Derecho justiniano se generaliza la *solutio* como cumplimiento de cualquier tipo de obligación (también *facere*) o subrogado del mismo; ampliación que principia en el período postclásico oriental. Como señala Álvaro D'ORS, *Crítica romanística* (Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano, Servicios de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 1999), pág. 90, el lenguaje corriente, y aun el técnico, viene a desmentir la forzada ampliación del concepto de pago operada en su evolución histórica, pues nadie dirá que el vendedor o el arrendador de una cosa «paga», y es notoria la tendencia a reducir el término a la entrega de cantidades de dinero.

2. LOS EFECTOS DEL PAGO DE TERCERO

A diferencia de lo que acaece con el pago efectuado por el deudor, la prestación de tercero no determina necesariamente la extinción automática de la obligación con la consiguiente liberación del deudor. Puede suceder que el tercero *solvens* se subrogue en la posición jurídica del acreedor, y que surja a su favor una *conductio* frente al deudor por enriquecimiento injustificado. En realidad, sólo la prestación realizada por el propio deudor, por sí mismo o por medio de representante, libera a éste y extingue definitivamente su obligación. Ciertamente la *solutio* también puede producirse por obra de un tercero, sin necesidad de contar con la voluntad del deudor; sin embargo, a partir de ese momento, por lo regular, éste permanece obligado frente al *solvens* y, en consecuencia, subsiste la relación obligatoria: la posición acreedora es asumida por el tercero que paga.

«Pagar» propiamente significa «apaciguar, contentar» al acreedor y, en este sentido, sólo contempla el aspecto satisfactivo del pago (11). Es la noción amplia que centra su atención en la satisfacción del interés crediticio, al igual que la *solutio* del derecho romano (12). En acepción más restringida, el pago satisface el crédito, libera al deudor y extingue la obligación. En este sentido comprende únicamente la realización espontánea y exacta de la prestación por el deudor o su representante y excluye otros supuestos tradicionalmente incluidos en el pago, como el cumplimiento parcial, las cesiones solutorias, la prestación por tercero, la consignación y la compensación (13).

(11) Del latín *pacare*, «pacificar», «apaciguar», derivado de *pax*, *-cis*, «paz». De uso general en todas las épocas y común a todos los romances presenta desde el principio el sentido de «contentar, satisfacer», de donde se pasa a «satisfacer al acreedor, pagarle» y, finalmente, «pagar una cantidad». Cf. Joan COROMINAS - José A. PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. 5 (Gredos, Madrid, 2002), pág. 337. *Solvare*, «desligar, desatar, liberar de responsabilidad», en oposición a *ligare*, estaba centrado originariamente en la idea de liberación del deudor, sin tener en cuenta la manera en que se verificaba (Ulpiano, D. 42,1,4,7; Paulo, D. 46,3,54; Paulo, D. 50,16,47). En el período clásico se suele oponer a *credere* y pasa luego a significar un *dare certum*, sobre todo *pecuniam*, distinta por tanto de la *satisfactio*; en la etapa postclásica se hace equivaler a la *satisfactio* y significa la prestación de lo que es debido, también obligaciones de dar cosa incierta, de hacer y de no hacer (Ulpiano, D. 50,16,176; Ulpiano, D. 46,3,52). En el Derecho justiniano equivale a *liberatio* de la deuda. Cf. asimismo la Partida 15.14.1.

(12) Si bien, como ya se ha señalado, en el período clásico, venía referida exclusivamente a una obligación de dar cosa cierta. La ampliación a las obligaciones de hacer parece postclásica. El artículo 1.157 del Código Civil acoge de forma implícita un concepto muy amplio de pago, que gira en torno a la idea de satisfacer al acreedor y se despreocupa de la suerte del débito. En el Derecho romano, sobre el concepto de *satisfacere* y su ampliación postclásica, vid. Jules ROUSSIER, «Satisfacere», en *Studi in onore di Pietro de Francisci*. 2 (Dott. Antonino Giuffrè, Milán, 1956), 113-157.

(13) Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* 2, pág. 471, habla de tres coordenadas para comprender la dinámica de la obligación: ejecución exacta de la prestación, satisfacción del acreedor y liberación del deudor.

Estas modalidades de cumplimiento, sin entrañar una genuina ejecución de la prestación, hacen, de algún modo, las veces del pago; razón por la que son designadas como «formas especiales de cumplimiento» o «subrogados del pago» (14).

Con el pago, se extingue tanto el derecho de crédito como el deber de prestación (efecto extintivo): el acreedor ve satisfecho su interés (efecto satisfactivo) y el deudor queda liberado de su obligación (efecto liberatorio). Lo mismo sucede con la realización de una prestación distinta de la debida y con la compensación. Se ha logrado plenamente la finalidad económica perseguida y se han agotado los efectos buscados. La prestación de tercero, pese a su condición de subrogado del pago y satisfacer el interés del acreedor, ni extingue la obligación, ni libera al deudor (15). La consignación también adolece de alguno de los efectos del pago: libera al deudor, pero no satisface al acreedor —al menos en un primer momento, hasta la efectiva entrega de lo consignado—, por lo que, en puridad, tampoco extingue la obligación, que ahora corre a cargo de la entidad donde ésta se realizó. La distinción entre un pago en sentido estricto y otro lado explicará, a mi juicio adecuadamente, la cuestión acerca de la naturaleza extintiva o transmisiva del pago de tercero: éste no supone un auténtico y definitivo cumplimiento exacto de la presta-

(14) La relación obligatoria también puede extinguirse por causa distinta a la de su cumplimiento, entendido éste en su acepción lata. Así, por remisión o por confusión. Entre el pago y el efecto remisivo y de confusión de titularidades hay una relación de analogía. Son dos actos, en parte, iguales (el efecto extintivo), y en parte, diferentes (el efecto satisfactivo). Ni la remisión ni la confusión implican *solutio*; ni, en consecuencia, cuando existe una pluralidad de deudores organizados bajo el régimen de solidaridad, provocan la apertura de la vía de regreso: el vínculo solidario subsiste respecto de los restantes codeudores. El artículo 1.143 del Código Civil es, pues, directamente aplicable; el artículo 1145.2 y 3 del Código Civil sólo lo es por analogía. En España, este criterio de eficacia personal de la confusión fue acogido por el artículo 1.159 del Proyecto de 1851; solución alabada por Florencio GARCÍA GÓYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Cometa, Zaragoza, 1974), pág. 615. Sin embargo, vid. Jorge CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva* (Edersa, Madrid, 1980), págs. 241-262, y María Rosa LLÁCER MATAcáS, «La extinción de las obligaciones por confusión», en *Revista de Derecho Privado* (Edersa, Madrid, 1990), 13-38, pág. 28.

(15) Vid. la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 21 de marzo de 2007, *RJ* 2007/2355, ponente: Encarnación Roca Trías, FJ. 3.^º Cf. también Paul KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, pág. 107, y Rosario NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui* (Giuffrè, Milán, 1936), págs. 59, 93. Asimismo, vid. José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, págs. 44-45, 131-132; Ángel CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones* (Tecnos, Madrid, 1986), págs. 17-18, y Luis PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, págs. 30, 238-239, 242, 252. Cf. también João de Matos ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral* (Livraria Almedina, 2.^a ed., Coimbra, 1973), pág. 317. Por su parte, Lodovico BARASSI, *La teoria Generale*, págs. 103-115, considera la prestación de tercero como un subrogado del cumplimiento.

ción; en realidad, se trata de un mero subrogado, que, por lo regular, ni siquiera extingue la obligación (16).

Por lo demás, los efectos del pago de tercero dista mucho de ser un tema específico. El Código Civil francés no se refiere expresamente a ellos y sólo recoge, en determinados supuestos, la posibilidad de subrogación (arts. 1.236 y 1.249-1.252 *Code*); la literatura francesa reconoce otras acciones a favor del tercero *solvens*, propias de su peculiar relación con el deudor, como la de mandato, la de gestión de negocios y la de enriquecimiento sin causa. En el derecho español, los efectos vienen determinados por el complejo juego de los artículos 1.158 y 1.159, 1.209 y 1.210 del Código Civil. La generalidad de la doctrina habla de tres derechos distintos a consecuencia de la prestación de tercero: *a) el derecho de subrogación en la posición jurídica del acreedor; b) el derecho de reembolso frente al deudor surgido ex novo por el hecho de la prestación, y c) el derecho surgido también ex novo por el enriquecimiento del deudor.*

Las discrepancias giran en torno a los supuestos comprendidos en uno y otro, así como en lo relativo al modo de concurrir éstos entre sí. De conformidad con el tenor literal del artículo 1.158 del Código Civil, el tercero que satisface al acreedor dispone de un derecho de reembolso, siempre que el deudor no se oponga expresamente, en cuyo caso el *solvens* sólo podrá repetir del deudor aquello en que el pago le hubiera sido de utilidad (17). Según otra interpretación, el tercero *solvens* posee una acción de reembolso en la medida en que cuente con la aprobación del deudor, sea por haber consentido expresamente en el pago (mandato expreso) o porque guarde silencio (mandato tácito) (18); por el contrario, el *solvens* que obra con desconocimiento o contra la expresa voluntad del obligado (gestor oficioso) sólo cuenta con una

(16) Como señala José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento*, pág. 45, la intervención del deudor no sólo es importante, sino que es decisiva para que verdaderamente pueda actuar el contenido de la obligación. Sin embargo, vid. Anna CASANOVA MUSSONS, *La relación obligatoria de fianza* (Bosch, Barcelona, 1984), págs. 18-20, quien afirma la absoluta fungibilidad del autor de la prestación.

(17) En este sentido, cf. entre otros Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas. 3. Derecho de obligaciones* (Espasa-Calpe, Madrid, 1988), págs. 292-293; y Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, págs. 486-487. Vid. también Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago de tercero y subrogación* (Civitas, Madrid, 1998), pág. 83, para quien el artículo 1.158 del Código Civil responde al modelo básico tradicional de tres acciones (mandato, gestión y enriquecimiento) que se corresponden a los tres supuestos de hecho relevantes para determinar los efectos del pago de un tercero que no se subroga: pago de un mandatario, pago de un gestor, pago de un tercero que no reúne los requisitos de la gestión.

(18) Existe unanimidad en afirmar que el deudor consiente y aprueba la intervención del *solvens* cuando, conociendo su actuación, no se opone. El conocimiento por el deudor de la intención de pago de un tercero y la ausencia de prohibición expresa se entiende como una suerte de aprobación tácita. Cf. Javier SERRA CALLEJO, «Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero», en *Revista Jurídica La Ley 2* (La Ley-Actualidad, Madrid, 1991), 1089-1091, pág. 1083.

acción de repetición en lo que hubiera sido útil al deudor (19). Finalmente, según cierto sector doctrinal y jurisprudencial, las acciones de reembolso y repetición se circunscriben al tercero sin interés que pague con desconocimiento del deudor (reembolso) o contra su expresa voluntad (repetición por la utilidad), y así no colisionen con el derecho de subrogación (arts. 1.209 a 1.213 CC) (20).

Además de un derecho de reembolso, la prestación de tercero interesado en el cumplimiento de la obligación o con aprobación del deudor confiere al *solvens* la posibilidad de subrogarse en la posición jurídica del acreedor con las garantías y accesorios del mismo (art. 1.210 CC). Por el contrario, el *solvens* desinteresado que obre con desconocimiento o contra la expresa voluntad del obligado queda desprovisto de toda posibilidad de subrogarse en el derecho del acreedor (21). Se discute si los casos del artículo 1.210 del Código Civil son auténticos supuestos de subrogación legal o, más bien, se trata de presunciones *iuris tantum*. Según la opinión hoy dominante, el tercero se subroga *ex lege* en la posición jurídica del acreedor cuando se trata de un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación (art. 1210.1.º y 3.º CC), o cuando, pese a la falta de interés, la prestación cuenta con la aprobación del deudor (arts. 1210.2.º y 1.159 CC) (22). Para algunos autores, sin embargo, el artícu-

(19) Cf. Javier SERRA CALLEJO, *Consideraciones*, pág. 1091. Según este autor, el tenor literal del artículo 1.158 del Código Civil favorece maquinaciones fraudulentas y protege actuaciones culposas; mientras que la tesis que él postula es acorde con la regulación del código relativa al gestor oficioso. Vid. también, Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Pago», en *Nueva Encyclopedie Jurídica* (Seix, Barcelona, 1986), 770-791, pág. 778.

(20) Vid. STS (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre de 1997, *RJ* 1997/8819, ponente: Román García Varela, FJ. 7.º Cf. también Pascual RAGA GIL, *Subrogación por pago y juicio ejecutivo basado en pólizas de contratos mercantiles y escrituras públicas* (Revista General del Derecho, Valencia, 2000).

(21) Según Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, págs. 127-128, el artículo 1.159 del Código Civil excluye la subrogación en los casos en que el deudor ignore el pago de un gestor sin interés: el tercero sin interés que interviene ignorándolo el deudor sólo podrá reclamar el reembolso de lo efectivamente pagado, sin las garantías y accesorios del crédito satisfecho, y, además, sólo en la medida del enriquecimiento.

(22) Opinión que se ampara en el Proyecto de 1851 y en su valor interpretativo impuesto por la Ley de Bases del Código civil. Cf. Rodrigo BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO - Etelvina VALLADARES RASCÓN, «Artículos 1.157 a 1.169 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. 16.1.* Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (Edersa, 2.ª ed., Madrid, 1991), 8-151, pág. 39. En términos parecidos, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, «Artículos 1.203 a 1.213 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. 16.1.* Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (Edersa, 2.ª ed., Madrid, 1991), 593-792, págs. 785-786, y Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, pág. 169; para este último, la posibilidad de transmisión legal del crédito hace actualmente innecesario recurrir al artificio de presumir la voluntad del acreedor o del tercero (págs. 184-185). Cf. también Carlos VATTIER FUENZALIDA, «Notas sobre la subrogación personal», en *Revista de Derecho Privado* (Edersa, Madrid, 1985), 491-514, para quien la subrogación propia es la que actúa precisamente *ex lege* (pág. 510). En el mismo sentido, cf. José FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subro-*

lo 1.210 del Código Civil recoge supuestos de subrogación voluntaria, ya sea por disposición del acreedor, del deudor o del propio tercero (23).

La eventual concurrencia de los derechos de que dispone el tercero por razón del pago se resuelve, para unos, mediante la necesidad de optar por uno de ellos (24); para otros son remedios complementarios, donde el derecho subrogado cumple una función auxiliar y de garantía del de reembolso (25). Sin perjuicio de que el ejercicio de estos derechos sea de exclusión recíproca o cumulativo, para algunos autores, la titularidad del derecho más enérgico comporta siempre la de los remedios más débiles (argumento *maiori ad minus*); de esta suerte, la concurrencia de derechos no se limitaría al caso de prestación de tercero con aprobación del deudor y a la doble posibilidad de ocupar el lugar del acreedor originario o repetir lo efectivamente desembolsado, sino que alcanzaría también al enriquecimiento (26).

gación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil Español (Comares, Granada 1999), págs. 343-349.

(23) Para Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 382, hay que presumir la existencia de un convenio de subrogación del *solvens* con el acreedor. Según Antonio HERNÁNDEZ MORENO, *El pago de tercero*, págs. 163-183, el artículo 1.210 del Código Civil presume el interés del tercero en realizar un pago «*heteroeficaz*», que satisfaga sin extinguir; esto es, que el tercero quiere subrogarse o, lo que es lo mismo, excluir el efecto extintivo que procede de un pago satisfactorio. También para Javier SERRA CALLEJO, *Consideraciones*, págs. 1096-1100, se presume *iuris tantum* que el tercero interesado en el pago interviene con ánimo de subrogarse en la posición del acreedor. Vid., asimismo, Ana CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación* (Civitas, Madrid, 1996), págs. 87-111, en especial pág. 103.

(24) Cf. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*. 3, pág. 292, quien entiende que ambos créditos se excluyen recíprocamente. Si se opta por el reembolso, no procede instar la subrogación, y a la inversa. La titularidad es cumulativa; no así su ejercicio, que es alternativo. Cf. también Rodrigo BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO - Etelvina VALLADARES RASCÓN, *Comentarios 16.1*, pág. 49. Para estos últimos, la subrogación se produce automáticamente en el mismo momento del pago, aunque puede renunciarse a ella y optar por el ejercicio de la acción de reembolso; opción que debe realizarse en el mismo momento del pago.

(25) Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 489, habla de un ejercicio conjunto, si bien alternativo, de los remedios legalmente reconocidos. Según Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, págs. 297-330, el tercero *solvens* adquiere el crédito pagado en garantía del derecho de reembolso que surge de la relación de mandato subyacente. Respecto de la fianza, en el mismo sentido, cf. Beatriz ALONSO SÁNCHEZ, *Protección del fiador en vía de regreso* (Tecnos, Madrid, 1993), págs. 32-33, para quien el artículo 1838.1.º contempla el derecho de reembolso o de reintegro, mientras que el artículo 1.839 recoge el beneficio de la subrogación por pago con el propósito de facilitar al fiador la actuación efectiva e íntegra del reembolso. Los restantes conceptos indicados en los siguientes números del artículo 1.838 integran un derecho de resarcimiento o de indemnización.

(26) Hacen referencia a este peculiar sistema de protección escalonada tanto partidarios del sistema opcional como del complementario. Cf. Rodrigo BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO - Etelvina VALLADARES RASCÓN, *Comentarios 16.1*, pág. 49, y Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 489. A ello, ha objetado Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, pág. 235, que el derecho personal subyacente es el que corresponde según los casos, de modo que el titular de una acción contraria de mandato no dispone por esta razón de una de enriquecimiento.

El contenido de los derechos surgidos por pago de tercero viene determinado por tres factores: *a) los derechos accesorios; b) la cuantía, y c) las excepciones del deudor*. La cuestión relativa a la transferencia de los derechos accesorios no ofrece particulares problemas; sí, por el contrario, la relativa a la cuantía y la que hace referencia a las excepciones disponibles. Con el derecho de reembolso o de enriquecimiento, el *solvens* no adquiere los accesorios del crédito satisfecho, pues se trata de derechos surgidos *ex novo*. En cambio, el derecho de subrogación comprende los derechos accesorios que acompañan al crédito pagado (art. 1.212 CC), porque se trata de la misma relación obligatoria (27).

La cuantía del derecho de reembolso y del de enriquecimiento se limita a la cantidad efectivamente entregada por el *solvens* al acreedor; su importe no puede, pues, exceder de lo efectivamente desembolsado. La cuantía del derecho de subrogación es cuestión dudosa. Para algunos autores, dado que la subrogación comporta la subsistencia de la relación obligatoria y la entrada del tercero en la posición jurídica del primitivo acreedor, no sólo los derechos accesorios, sino incluso la propia cuantía del crédito ha de permanecer inalterada (28). Argumentación que otros rechazan porque la función esencialmente recuperatoria de la subrogación impide la intervención de un tercero con fines lucrativos: pagar menos y exigir, sin embargo, el importe íntegro (29).

La subrogación no plantea ninguna cuestión respecto a las excepciones que el deudor puede utilizar frente al tercero *solvens*; pues supone la subsis-

(27) Según Pascual RAGA GIL, *Subrogación por pago*, pág. 56, dentro de los derechos accesorios del crédito ha de incluirse necesariamente la acción ejecutiva, derivada de su configuración formal como título ejecutivo. Respecto de la subrogación covencional y cesión de créditos, vid. SAP de Madrid (= Sentencia de la Audiencia Provincial, Sala 12.^a) de 16 de noviembre de 1993, AC 1993/2378, ponente: César Uriarte López, FJ. 3.^º

(28) En opinión de Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 835, la tesis contraria supondría forzar la letra del artículo 1.212 del Código Civil, que ordena una plena transferencia del crédito al subrogado; y si bien la subrogación no es una operación especulativa, tampoco puede entenderse como manifestación del *favor debitoris*, sino, más bien, del *favor creditoris*.

(29) Cf. Carlos VATTIER FUENZALIDA, «Contribución al estudio de las obligaciones accesorias», en *Revista de Derecho Privado*, 1 (Edersa, Madrid, 1980), 28-49, pág. 514; José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral. 3. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general. Edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero* (Reus, 16.^a ed., Madrid, 1992) pág. 453. En el mismo sentido, vid. Javier SERRA CALLEJO, *Consideraciones*, págs. 1100-1104, quien matiza estas conclusiones en los casos de subrogación concedida por el acreedor, donde la transferencia del crédito será, en principio, por su valor nominal. Se presume que el tercero asume el riesgo o aleas porque alberga la esperanza de beneficio, cifrada en la diferencia entre lo que pagó y lo que espera recibir. Lo mismo sucede cuando la subrogación surge por aprobación del deudor, pues, en principio, se presume que el *accipiens* quiere cobrar el remanente; pero, aunque renuncie a la suma impagada, se presume que al *solvens* no le guía un ánimo liberal. Cf. también Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, págs. 310-311, quien alega como fundamento la función accesoria de la subrogación.

tencia de la relación obligatoria y la entrada del *solvens* en la posición jurídica del acreedor: se transfiere el crédito con los derechos anexos y, en consecuencia, el deudor puede oponer al tercero *solvens* cualquier tipo de excepción derivada de su relación con el primitivo acreedor. Las dudas surgen con relación a los derechos de reembolso y enriquecimiento. Según la opinión mayoritaria, el deudor no puede alegar frente al tercero, titular de un derecho de reembolso, las excepciones que pudiera tener contra el primitivo acreedor. Sí podría hacerlo ante la pretensión de enriquecimiento, pues el tercero sólo puede repetir en la medida en que su intervención fue de utilidad, y no lo fue si pudiese haber opuesto excepciones derivadas de su relación con el anterior acreedor (30). Otro sector doctrinal rechaza de plano que el derecho de reembolso resulte inmune de tales excepciones: el deudor puede oponer al *solvens* las excepciones del crédito satisfecho que, en el momento de pago, habrían impedido una eventual reclamación del acreedor. Estos autores salvan los problemas de su delimitación con el de enriquecimiento restringiendo el contenido de éste: el deudor puede negarse a pagar por no haberse enriquecido cuando haya razones para presumir que no se hubiese llegado al pago de la deuda (por ejemplo, por prescripción) (31).

3. VALORACIÓN CRÍTICA

Las opiniones antedichas se basan en una interpretación, más o menos literal, más o menos histórica, de los preceptos directamente referidos al pago de tercero; todas adolecen de un defecto fundamental, que impide su plena aceptación: su excesivo apegamiento a los artículos 1.158, 1.159 y 1.209 a 1.213 del Código Civil, sin tomar suficientemente en cuenta la variedad de situaciones y relaciones jurídicas que pueden influir en sus efectos y con olvido, por lo general, de la necesaria armonía de sus resultados con otras instituciones del derecho civil. A mi entender, la prestación de tercero debe encuadrarse dentro del concepto más amplio de gestión de asuntos ajenos, que puede realizarse en interés del deudor o en exclusivo interés propio (32). En el primer caso se enmarca, a su vez, dentro del instituto de la representación, en el que una persona realiza un acto o negocio jurídico ajeno en

(30) Cf. Javier SERRA CALLEJO, *Consideraciones*, págs. 1087-1088.

(31) Cf. José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Señor don Francisco de Cárdenas*. 8.2. Edición revisada por Miguel Moreno Mocholí (Reus, 6.^a ed., Madrid, 1967), págs. 610-611.

(32) En sentido amplio, la «gestión de asuntos ajenos» también comprende el mandato. No me refiero sólo al gestor oficioso de los artículos 1.888-1.894 del Código Civil. Así pues, en este artículo, por «gestión de asuntos ajenos» debe entenderse cualquier intervención de un tercero en un negocio, aunque no actúe por encargo, ni por representación.

interés de otra: el tercero ocupa el lugar del interesado en el acto de pago y, *animus solvendi*, realiza la prestación por cuenta y en interés del deudor. El *solvens* que satisface el crédito en interés del deudor puede actuar *contemplatio domini*, en nombre del deudor representado (*agere nomine alieno*); o bien, en nombre propio (*agere in nomine proprio*).

En el primer caso, lo actuado por el tercero repercute de una manera directa e inmediata en la esfera jurídica de deudor, como si éste hubiese actuado por sí mismo (representación directa). Los efectos resultantes de su gestión se anudan, pues, a la persona del deudor representado. La prestación en nombre del deudor precisa de su aprobación, por apoderamiento o en virtud de ratificación expresa posterior; salvo que venga impuesta por la ley para suplir un defecto en la capacidad de obrar de determinadas personas, o para evitar el desamparo de unos bienes cuyo titular está ausente o no se encuentra en condiciones de asumir su gobierno. Se trata, pues, de un supuesto de gestión de asuntos ajenos con autorización representativa. El tercero que realiza su prestación con poder no es, en puridad, él mismo quien actúa, sino el deudor por medio de él. En consecuencia, se producen los efectos satisfactorio, liberatorio y extintivo propios del pago: el tercero que satisface el interés del acreedor lo hace en virtud del poder de representación que detenta; la obligación se extingue y el deudor queda liberado, pues es como si éste hubiese cumplido en persona. En ocasiones, puede surgir *ex novo* un derecho, como el de reembolso a favor del tercero representante que hubiese anticipado fondos, además de otros derechos de retención, de indemnización o de retribución del servicio prestado. Este sería el caso del mandato de pago con poder de representación en el que el mandatario anticipa las cantidades con las que debe efectuarse el pago de la prestación debida (art. 1.728 CC) (33).

En la representación indirecta hay, al menos en apariencia, una ruptura total entre la relación que el representante mantiene con el deudor representado y la que existe con el acreedor. La realización por el tercero de la prestación debida es, respecto del deudor, *res inter alios acta*. Tercero en sentido estricto es el que actúa sin poder de representación (directa). Si el tercero interviene por cuenta e interés del deudor pero en nombre propio, la prestación no puede considerarse realizada por el propio obligado, pues no dio poder expreso para actuar en su nombre. El tercero no es aquí un *alter ego* del deudor y, por esta

(33) Siguiendo las ideas de Windscheid y, sobre todo, de Laband, la doctrina actual distingue netamente la representación del mandato. Cf. entre los civilistas, Luis DÍEZ-PICAZO, *La representación en Derecho Privado* (Civitas, Madrid, 1992); y, entre los mercantilistas, Joaquín GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil. 2. Edición revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero* (Imp. Aguirre, 8.ª ed., Madrid, 1980), págs. 35 y 105, para quien el representante, como tal, no tiene obligaciones, sino un poder, es decir, una capacidad para producir efectos jurídicos en el patrimonio del representado; por el contrario, la posición jurídica del mandatario se define atendiendo a su contenido obligacional.

razón, los efectos de su actuación dependen de su relación con él. Caso de existir una relación jurídica entre el tercero *solvens* y el deudor, los efectos dependerán de la relación subyacente (34). Una persona distinta del deudor puede satisfacer el interés del acreedor *animus donandi*, a fin de beneficiar al deudor, o bien en cumplimiento de una obligación que, a su vez, tiene frente al deudor del crédito satisfecho. En tales casos se produce el efecto liberatorio del deudor y la extinción total de la relación obligatoria. La prestación de tercero encuentra su causa en una donación o se realiza en cumplimiento de una obligación que mantenía con aquél y, de esta manera, la obligación se extingue con la consiguiente liberación del deudor. El *solvens* también puede satisfacer el interés *creditoris* en cumplimiento de una orden de pago o de prestar garantía (relaciones de mandato entre el deudor y el tercero, ya sea de pago o de prestación de garantía, en las que no se concede al mandatario poder de representación). En estos supuestos, surge un derecho de regreso que incluye la cesión legal del crédito o subrogación, además de otros derechos posibles, como el de indemnización o retribución por el servicio prestado. Además, puede suceder que el tercero satisfaga el crédito sin tener relación jurídica alguna con el deudor. El tercero *solvens* que satisface el crédito en interés pero sin vinculación jurídica con el deudor es un gestor oficioso (arts. 1.888-1.894 CC) (35). Conforme a los artículos 1158.3 y 1.893 del Código Civil, este deudor sólo queda obligado frente al tercero *solvens* sin mandato, en la medida en que le sea de utilidad (36).

(34) Todas las teorías sobre los efectos del pago de tercero terminan, inevitablemente, por reconocer la necesaria subordinación de cualquier tipo de construcción a la realidad multiforme de las relaciones subyacentes. Por esta razón, Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, págs. 124-125, se ve obligado a precisar que el modelo básico de tres acciones del artículo 1.158 del Código Civil, no agota los posibles efectos de un pago de tercero sin subrogación.

(35) Salvo que el deudor apruebe expresa o tácitamente la prestación realizada (arts. 1858.2 y 1210.2.º CC); pues, la ratificación del pago por el deudor produce los efectos del mandato (art. 1.892 CC). Cf. Miguel PASCUAL LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos. Estudio crítico de sus caracteres y de su función práctica en el ordenamiento jurídico español* (Montecorvo, Madrid, 1986).

(36) La doctrina especializada es unánime al manifestar que el *dominus* sólo contrae obligaciones en la medida en que le fueron de utilidad. Cf. Javier SERRA CALLEJO, *Consideraciones*; si el gestor que actúa *motu proprio* sólo puede reclamar el provecho objetivo (el enriquecimiento) que el *dominus negotii* ha obtenido a su costa, este autor no alcanza a explicarse «por qué, cuando la gestión realizada consiste en la satisfacción de una deuda, la norma que rige las relaciones entre el *solvens* y el *dominus* habría de ser distinta» (pág. 1091). Del mismo modo, si el deudor puede oponer al fiador —que paga sin comunicárselo— todas las excepciones que le competen frente al acreedor (art. 1.840), debe poder hacer lo propio con un tercero, extraño a la obligación, que obró de igual forma, pues «quien puede lo más, puede lo menos» (pág. 1090). Cf., en sentido contrario, Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, pág. 119, para quien la acción contraria de gestión se parece más a la de mandato que a la de enriquecimiento. En su opinión, tampoco el artículo 1.840 resulta aplicable por analogía, pues gestor no sólo es aquél que interviene

Por último, el tercero puede pagar, no ya en interés del deudor, sino, más bien, movido por un interés propio. La existencia de un derecho de regreso se justifica bien en la negociabilidad del crédito (supuesto de cesión convencional), bien en la existencia de un interés digno de protección, como es el caso del fiador o del deudor solidario que cumplen una obligación propia, o del acreedor que paga la deuda de otro preferente (art. 1210.1.^º y 3.^º CC). De actuar el tercero en exclusivo interés propio, no hay representación, ni siquiera indirectamente. La prestación por un tercero que ni es parte en la obligación ni actúa por representación puede ser consecuencia de una previa relación jurídica existente con el acreedor, cuyo objeto comprende la transmisión del crédito (el tercero realiza la prestación a fin de favorecer al acreedor; o en cumplimiento de un contrato, como el de compraventa) (37); o bien, su garantía (fianza sin mandato del deudor) (38). Pero también puede deberse al interés de su ejercicio para facilitar un derecho propio cuya existencia o eficacia depende del cumplimiento de aquél (el subarrendatario paga la renta debida por el arrendatario para evitar el desahucio; el acreedor ordinario paga a un acreedor preferente a fin de liberar el bien gravado y hacerlo objeto de ejecución).

En suma, entiendo que la prestación por tercero es un supuesto concreto de gestión de asuntos de otro. Se puede realizar en interés del deudor o en exclusivo interés propio. En el primer caso, hay representación y puede ser directa o indirecta. La prestación realizada con poder de representación (representación directa) produce los efectos propios del pago en sentido estricto y, en consecuencia, libera al deudor y extingue la obligación. Los efectos del pago en interés del deudor, pero sin autorización representativa (representación indirecta), dependen de la concreta relación jurídica que les una. Como regla general, el tercero dispone de un derecho de regreso, siempre que rea-

en negocios ajenos por ausencia del *dominus*, sino que, además, es preciso que no pueda advertir al ausente o que el negocio sea de tal naturaleza que resulte indispensable proveer rápido, sin atender a las decisiones del interesado (pág. 117). Con todo, esta conclusión me parece dudosa. El gestor oficioso, precisamente, por no contar con un mandato o con la aprobación del *dominus*, debe asumir los riesgos de la gestión. Ciertamente esta responsabilidad agravada puede desincentivar a intervenir en beneficio de un ausente; pero, de lo contrario, se correría el riesgo de fomentar gestiones imprudentes o negligentes, confirmando aquello de que «no hay peor ayuda que la de un torpe bienintencionado».

(37) El crédito es considerado como objeto de tráfico jurídico y, por tanto, negociable. Estos negocios cumplen, pues, una función de circulación y comercialización del crédito. Cf. Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 830.

(38) Para Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, págs. 24-25, el pago de tercero es incompatible con la existencia de una relación entre el *solvens* y el acreedor, por lo que no cabe calificar la prestación del fiador como pago de tercero. A mi entender, esta afirmación debe ser matizada. Evidentemente, el pago del fiador es un pago por quien está obligado; pero, sin duda se trata de una prestación de tercero respecto de la obligación garantizada. De ahí que el autor citado se encuentre seguidamente ante la necesidad de explicar «qué ocurre cuando paga un fiador para poder dar una completa explicación de los efectos del pago por tercero» (pág. 25).

lice el pago en virtud de un mandato y no *animus donandi*, o *solvendi causa*, en cumplimiento de un contrato, a título de contraprestación (art. 1.727 en relación con el art. 1.158 CC). A falta de relación jurídica concreta con el deudor, el tercero que paga una deuda ajena en interés del deudor o en exclusivo interés propio también puede dirigirse contra el deudor en vía de regreso (arts. 1.158 y 1.210 CC).

4. LA VÍA DE REGRESO

Salvo excepción, el pago de tercero sin poder del deudor para representarle determina la apertura de la vía de regreso. Ésta cumple una función recuperatoria: subsanar el empobrecimiento del *solvens* a costa del enriquecimiento indebido del deudor. Se trata, pues, de una modalidad de *condictio* y debe encuadrarse dentro de la doctrina general del enriquecimiento injustificado (39). Al igual que la *condictio indebiti*, el derecho de regreso tiene como objeto específico la restitución de prestaciones realizadas *solvendi causa*. Sin embargo, se distingue de ésta en el supuesto de hecho, así como en la persona frente a la cual tiene lugar. La *condictio* de regreso se dirige frente al deudor y presupuesto para su aplicación es el pago de una deuda ajena, ya sea en interés del deudor (mandato, gestión oficiosa) o en interés propio. Por el contrario, la *condictio indebiti* procede cuando se paga una deuda inexistente, o que dejó de existir, o bien una deuda existente, pero a uno que no es acreedor, o por quien no es verdadero deudor; y se dirige frente al *accipiens* que, aquí sí, es el enriquecido sin causa.

La acción de regreso del tercero *solvens* se mueve dentro de dos coordenadas: *a) el interés del solvens en recuperar lo que ha pagado o el equivalente; y, b) el interés del deudor en que la subentrada del tercero en el puesto del acreedor no perjudique ni agrave, en ningún caso, su situación, sin su consentimiento*. De ahí deriva que todo regreso por pago de tercero comprenda un derecho de subrogación. Éste no es más que un beneficio dispuesto por la ley a favor del *solvens* con la exclusiva finalidad de asegurarle el interés de regreso que le incumbe por el hecho del pago (40). Cumple, pues, una fi-

(39) Según Charles MITCHELL - Stephen WATTERSON, *Subrogation. Law and Practice* (Oxford University Press, Nueva York, 2007), pág. 19, la subrogación puede explicarse como una respuesta legal al enriquecimiento injustificado. En el mismo sentido, vid. Oracio BUCCHISANO, *La surrogazione per pagamento* (Giuffrè, Milán, 1958), págs. 26-27. Vid., sin embargo, Alberto RAVAZZONI, «Regreso», en *Novissimo Digesto Italiano* 15 (Unione tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1968), 356-360, pág. 358.

(40) A pesar de su precedente en el *beneficium cedendarum actionum*, la subrogación propiamente no es, en la actualidad, un beneficio a modo de ventaja adicional que pueda solicitar quien se halle en determinadas circunstancias objetivas (Paulo, D. 28.6.43pr.; Paulo, D. 50.17.69), como sería el de competencia, el de inventario o, en la fianza, los de excusión y división.

nalidad recuperatoria (es *condictio*) y está sometido a las excepciones que competían al deudor frente al acreedor originario. Se protege así el interés del deudor en no ver mermada su situación y el del tercero en recuperar lo entregado al acreedor. Obviamente, si lo entregado al acreedor no es, por la causa que sea, realmente debido, no procede la acción de regreso —el deudor puede oponer las excepciones oportunas—, sino, si acaso, la *condictio indebiti* frente al acreedor (41).

A mi entender, el derecho de subrogación es, juntamente con el derecho de reembolso, una modalidad de *condictio* de regreso, aunque no surja *ex novo* (existe un mero cambio de titular de un derecho ya nacido) (42). Adopto, pues, un concepto genérico de *condictio* que comprende cualquier obligación *ex lege* de restituir: a) la *condictio indebiti*; b) la *condictio* de regreso (subrogación y reembolso); c) la *condictio* por la explotación, disfrute o disposición de bienes ajenos; d) la *condictio* por ineeficacia del acto jurídico (nulidad, resolución, rescisión), y e) la *condictio* por expensas realizadas en bienes ajenos. El fundamento es el mismo en todos estos supuestos: una atribución patrimonial (que también puede consistir en una disminución del pasivo o en un gasto evitado) sin causa o cuya causa ha dejado de existir (43).

(41) Al respecto, con referencia especial al regreso del fiador *solvens*, vid. Pablo GÓMEZ-BLANES, *El principio de accesoriedad de la fianza* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008), págs. 130-133. Como indica Teresa GIMÉNEZ-CANDELA, «Mandatum und Bürgergenreß», en *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*. Hersg. Dieter Nörr, Shigeo Nishimura (Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1993), 169-177, la *actio mandati contraria* aparece en el Digesto con esta función de regreso. En este sentido, según Pietro BONFANTE, *Corso di Diritto Romano. 4. Le Obbligazioni* (Giuffrè, Milán, 1979), págs. 153-169, no parece que pueda hablarse de una genérica acción de regreso. En el derecho actual, que no sigue el sistema de acciones típicas, se habla de un derecho de regreso, pero su contenido dependerá igualmente de la concreta relación interna (sociedad, mandato, gestión de negocios ajenos).

(42) Luis DÍEZ-PICAZO, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (Civitas, Madrid, 1988), 7-133, habla de una *condictio* de regreso como derecho del tercero que paga una deuda ajena y afirma que esta materia se regula en los artículos 1.158 y 1.210 del Código Civil; en su opinión, el *solvens* debe ejecutar la prestación de manera consciente y no ha de perseguir una finalidad jurídico-obligatoria en relación con el acreedor o con el deudor cuya deuda paga (págs. 128-129). Este autor distingue tres categorías de *condictio*: a) la *condictio* de prestación; b) la *condictio* por intromisión; y, c) la *condictio* por inversión o desembolso (págs. 100-132); el derecho de regreso sería una modalidad de esta última. Por su parte, José Antonio ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, *El enriquecimiento sin causa* (Comares, 3.^a ed., Granada, 1993), págs. 70-73, distingue tres tipos de *condictio*: a) *sine causa*, cuando se entrega lo que no se debe o ya estaba pagado; b) *ob causam finitam*, cuando se entrega algo que se ha dejado de deber, ya sea por anulación, rescisión, revocación o por resolución; c) *ob causam datorum*, cuando se entrega para obtener algo a cambio y la contraprestación es incumplida.

(43) Sobre un concepto más amplio que también incluya la *condictio* contractual (del mutuo), vid. Álvaro D'Ors, *Derecho*, págs. 447-453.

Cuando un tercero sin poder de representación satisface al acreedor no hay reembolso en sentido técnico. La redacción del párrafo segundo del artículo 1.158 del Código Civil es, en contra de lo que se piensa, ambigua: al afirmar que el *solvens* «podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado», no deja, en absoluto, claro si «lo que hubiese pagado» debe referirse al importe efectivamente desembolsado o al crédito pagado. A mi entender, razones de dogmática jurídica (coherencia con la doctrina de la representación), de carácter sistemático (armonía con el art. 1.210 CC) y de justicia (evitación de actuaciones fraudulentas o negligentes) aconsejan referirlo al crédito. Conceder a un tercero sin autorización representativa (esto es, a un tercero en sentido estricto), un derecho de reembolso —inmune, por tanto, a toda excepción que pudiera competir al deudor frente al acreedor pagado— está en abierta contradicción con la doctrina de la representación y con el hecho de haber realizado el pago en nombre propio e, incluso, en ocasiones, con un interés propio. En efecto, la ausencia de un poder de representación supone que el deudor quiere y el tercero acepta que éste pague si, y en la medida en que, es debido. El supuesto es de fácil representación. Una determinada persona o empresa decide liquidar sus obligaciones y, para ello, encarga a un tercero la realización de los pagos efectivamente debidos. El deudor decide así desentenderse de toda posible controversia o discusión sobre los mismos. El encargo dado al tercero incluye el examen de las deudas y la responsabilidad de su gestión y pago. Por otra parte, resulta lógico entender que los artículos 1158.2 y 1210.2 del Código Civil se refieren a un mismo derecho. Por el contrario, parece poco razonable afirmar la existencia de dos derechos, uno de subrogación y otro de reembolso, que concurren en el *solvens* por un único hecho, el pago de deuda ajena (44). En mi opinión, se trata de un único derecho cuyo contenido fundamental consiste en subrogarse

(44) Obviamente, ningún autor llega a afirmar que los dos derechos se superponen. La doctrina tradicional exige optar por uno de los remedios legales; en la actualidad, algunos autores proponen el ejercicio sucesivo de las dos acciones, cumpliendo la subrogatoria una función de integración de la de regreso. La tesis según la cual la subrogación es mero complemento del regreso es acogida por Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, pág. 323, y, respecto de la fianza, entre otros, por Vicente GUILARTE ZAPATERO, «Artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 23. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (Edersa, 2.^a ed., Madrid, 1990), 1-683, quien afirma que el fiador, una vez ejercitada la acción elegida, «podrá intentar la otra si con la primera no cubrió todos los perjuicios que le ocasionó el pago» (pág. 257). Sin embargo, respecto a la fianza, algunos autores van más allá y tratan de refundir en una única acción lo preventido en los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil. Cf. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «La fianza», en *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. 2. Contratos y cuasicontratos. 2. Delito y cuasidelito* (Dykinson, 2.^a ed., Madrid, 2002), 323-354, pág. 350, y Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad en la fianza* (Aranzadi, Pamplona, 1985), págs. 288-290. Modernamente, se tiende a unificar las dos acciones. Vid., en este sentido, Giorgio AMORTH, «Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regreso nell'obbligazione solidale», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 12 (Giuffrè, Milán, 1958), 133-152, págs. 137-138.

en la posición del acreedor, sin perjuicio de otros posibles contenidos que completen la acción de regreso por pago de tercero. Pero es que, además, el simple y puro reembolso de la cantidad entregada da lugar a un resultado a todas luces injusto. Ciertamente, cualquiera puede inmiscuirse en una relación obligacional ajena y satisfacer un derecho de crédito; pero esto no justifica que después pueda reclamar el importe íntegro de lo desembolsado. Téngase en cuenta que el deudor podría gozar de excepciones que hicieran el crédito total o parcialmente inexigible y no se comprende por qué ha de ver empeorada su posición si el *solvens* no actúa en su nombre y representación (45).

El *solvens* dispone de un derecho de subrogación cuando tiene un interés relevante en el cumplimiento de la obligación, o bien actúa por orden o con aprobación del deudor (art. 1.210 en relación con el art. 1158.2 CC). El *solvens*, gestor oficioso, dispone de este derecho de regreso, pero limitado a aquello en que le fue de utilidad al deudor, a no ser que éste apruebe su gestión y, en consecuencia, se produzcan los efectos del mandato y, por tanto, el tercero se subrogue de modo pleno en la posición jurídica del acreedor (arts. 1158.3, 1.159 y 1210.2.º en relación con el art. 1.893 CC). En realidad, no puede decirse que se trate de derechos enteramente distintos. A mi juicio, lo ideal sería unificarlos. Todo tercero que satisface al acreedor se subroga en su posición. La diferencia residiría únicamente en los demás derechos que pudieran surgir en vía de regreso. De esta manera, quien paga sin aprobación del deudor no puede exigir que le indemnice o remunere; pero, el derecho de subrogación permanece intacto, con todas sus garantías y accesorios. En ningún caso, el deudor podrá rechazar su pago con apoyo en expectativas de eludirlo, más o menos firmes, como la posibilidad próxima y real de prescripción o de llegar a un acuerdo con el acreedor (46).

Con todo, la idea de subrogación debe entenderse en sus justos términos, necesariamente flexibles. Sin duda, es aplicable al cumplimiento de obligaciones dinerarias e, incluso, genéricas. Mayores dificultades ofrece cuando se trata de obligaciones de *dare* cosa específica o de *facere*, pues, por lo regular, el tercero *solvens* preferirá su equivalente dinerario (47). A mi entender,

(45) Tomo este argumento de Javier SERRA CALLEJO, *Consideraciones*, págs. 1089-1090, si bien éste lo refiere exclusivamente a la intervención dolosa o negligente de un tercero con desconocimiento o contra la voluntad expresa del obligado. Por su parte, Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, pág. 294, entiende que, en tales casos, no se da un derecho de reembolso por la sencilla razón de que no se trata, en realidad, de un gestor oficioso. En mi opinión, ni siquiera es necesario que medie fraude o negligencia para que la acción de reembolso sea excesiva y, por ende, injusta.

(46) Cf. Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 488, para quien el enriquecimiento debe considerarse en forma objetiva: el patrimonio del deudor ha crecido por una disminución de su pasivo, de manera que solamente hay que exceptuar de la regla de utilidad los desembolsos que el deudor podría haber eludido mediante la puesta en juego de excepciones derivadas del propio crédito.

(47) Cf. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas. 3*, pág. 215.

sigue habiendo subrogación, si bien el deudor responde por *aestimatio rei*, en vez de *in natura*. No se trata de un simple reembolso, que, quizá también haya por otros conceptos, sino de una auténtica subrogación, pues el derecho del *solvens* (cuantía, excepciones y derechos accesorios) se determina *per relationem* al crédito pagado. Así pues, la imposibilidad de cumplimiento *in natura* en modo alguno impide la subrogación. En realidad, más que un pago de tercero, nos encontramos ante un cambio de sujetos en la relación negocial, justificado en el incumplimiento de alguno de los términos del contrato por la parte negocial suplantada.

Por supuesto, la subrogación también es compatible con su carácter parcial (48). En principio, la prestación parcial de tercero supone que se subroga en el derecho de igual modo. Se presume, pues, que el acreedor *accipiens* acepta la cantidad inferior en satisfacción igualmente parcial de su crédito, de manera que conserva ese crédito por el resto y, además, con preferencia a la porción de deuda en que se subroga el *solvens* (art. 1.213 CC) (49). Sin embargo, el acreedor *accipiens* puede aceptar la prestación parcial como pago por la totalidad, ya sea a título de contraprestación por la cesión del crédito, o a título de condonación parcial de deuda. Tratándose de una cesión por enajenación, el tercero adquiere el montante íntegro del crédito, pues se trata de una operación especulativa. En caso de remisión, el *solvens* ve reducido su derecho de regreso a lo efectivamente desembolsado (respecto al fiador, cf. el art. 1839.2 CC); si bien, en realidad, no es de cuantía inferior al crédito pagado, pues éste también ha disminuido a consecuencia de la remisión (50).

(48) Vid. Lidia ARNAU RAVENTÓS, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil* (CEDECS, Barcelona, 2000), págs. 91, 95, para quien el artículo 1.212 del Código Civil resulta plenamente aplicable.

(49) Cf. también el artículo 1.252 *Code*. Sin embargo, vid. el artículo 1.205 *Código*. Según Tomás RUBIO GARRIDO, *La subrogación por pago*, págs. 76, 150, el artículo 1.213 del Código Civil no es aplicable a la cesión convencional del crédito; en mi opinión, sí, pues la *ratio* es la misma. Por lo demás, como señala Lidia ARNAU RAVENTÓS, *Pago parcial, subrogación*, pág. 142, este precepto sólo contempla un supuesto particular de subrogación parcial: el de un pago parcial por tercero en el que el primitivo acreedor sigue siendo titular del resto pendiente de pago. Este precepto queda, pues, excluido en otros supuestos: a) cuando el pago parcial concurre con pagos parciales de otros terceros (pág. 127); b) cuando el pago parcial se realiza con remisión parcial del débito (págs. 124-126), y c) cuando un fiador parcial o un deudor solidario paga toda la deuda (págs. 114, 130-131, 133).

(50) Cf. Francisco de Asís SANCHEZ REBULLIDA, *La novación de las obligaciones* (Nau- ta, Barcelona, 1964), págs. 230, 235-236. Según Javier SERRA CALLEJO, *Consideraciones*, págs. 1101-1104, la subrogación tiene lugar por el importe íntegro del crédito si el acreedor renuncia a la suma impagada por el *solvens* que presta sin interés propio pero con aprobación del deudor (art. 1210.2.º CC), pues al *solvens*, como regla general, no le guiará un ánimo liberal, sino que pretenderá compensar la incomodidad y el peligro que representa la titularidad de un crédito mediante el lucro que le ha de reportar la reclamación del importe nominal de la deuda; por el contrario, si el *solvens* paga en propio interés (art. 1210.1.º y 3.º CC), la subrogación se limita a lo efectivamente desembolsado, pues la ley desea garantizar el resarcimiento de este tercero que paga para evitar un perjuicio

5. LA CESIÓN DEL CRÉDITO Y EL PAGO DE TERCERO

El cambio de acreedor, esto es, la transmisión del crédito, o la subrogación de un tercero en la posición jurídica del acreedor, puede tener lugar *inter vivos* (cesión del crédito), o *mortis causa* (sucesión en el crédito). La transmisión *inter vivos* del crédito puede ser legal (verbigracia, por el pago de deuda ajena), judicial (a consecuencia de una resolución de los tribunales de justicia), o convencional (en virtud de un acuerdo entre el acreedor y un tercero) (51). La cesión legal tiene lugar principalmente por pago de tercero y está contemplada, con carácter general, en los artículos 1.158 y 1.159, 1203.3 y 1.209 a 1.213 del Código Civil. El pago efectuado por el deudor solidario (art. 1452.2 CC) y el llevado a cabo por el fiador (arts. 1.838 y 1.839 CC) constituyen los supuestos más importantes de cesión legal por pago de otro. El efecto subrogatorio *ex lege* del crédito procura, sin más, la recuperación o reintegro de la prestación realizada. La cesión judicial del crédito procede en los casos de partición judicial de la herencia (arts. 1.051 a 1.081 CC) y en los de división, también judicial, de cosa común (art. 400 a 406 CC) (52).

La cesión convencional del crédito aparece regulada en los artículos 1.526 a 1.536 del Código Civil y cumple una función de circulación del crédito en el tráfico jurídico. El crédito se transmite en virtud de un acuerdo

injusto, mas no premiarle con el regalo que supondría la facultad de reclamar una suma que no ha desembolsado. En mi opinión, este autor no acierta a ver que el premio, cuando lo hay, es concedido por el acreedor que acepta una prestación de cuantía inferior; no, evidentemente, por la ley. La subrogación de un pago parcial aceptado como total sólo se limita a la cuantía si cabe entender que ha habido remisión (en interés del deudor); en otro caso, habrá cesión (en interés del *solvens*). Para Pedro DEL OLMO GARCÍA, *Pago*, pág. 228, como regla general, el tercero sólo adquiere el crédito por subrogación en la medida del pago efectivo, pues ese pago es el título que lo legitima para hacer valer el crédito. A mi juicio, si el acreedor *accipiens* renuncia a la parte que falta por pagar, debe presumirse que hay cesión onerosa, antes que condonación; y, en cualquier caso, la renuncia no se debe al pago sino a la voluntad del acreedor.

(51) Clasificación compartida, entre otros, por Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 804, y José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho 3*, págs. 377-378. Y, que, en mi opinión, viene a corroborar la afirmación de que toda subrogación convencional entre acreedor y tercero es un supuesto de cesión convencional del crédito. El argumento contrario de que el artículo 1.209 del Código Civil reconoce la subrogación voluntaria es muy endeble, pues nada impide su consideración como regla general que debe ser completada y armonizada con los artículos 1.526 a 1.536 del Código Civil. Además, este precepto puede ser interpretado como vía de apertura a otros supuestos legales de subrogación contenidos en otras leyes, fuera del Código Civil. Cf., en este sentido, Diego ESPÍN CÁNOVAS, «Sobre el pago con subrogación», en *Revista de Derecho Privado* (Edersa, Madrid, 1942), 300-327.

(52) Sobre la cesión judicial de los créditos, cf. José Luis NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español* (Ibarra de Arce, Granada, 1988), págs. 87-91. La acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil, cuando el crédito es embargado por los acreedores de su titular y vendido en pública subasta, parece un auténtico supuesto de cesión, si bien la subrogación se produce en el ejercicio del crédito, no en su titularidad.

entre el acreedor (cedente) y un tercero (cesionario), acuerdo que puede ser de cualquier tipo y obedecer a distintas causas: *emendi causa, donandi causa, solvendi causa*, en descuento, en prenda, en comisión de cobro (53). Estos negocios son simultáneamente dispositivos y obligacionales: dispositivos en cuanto tienen por objeto un derecho de crédito ya existente, del que se dispone; obligacionales en cuanto constitutivos de obligaciones (54). Nada impide que, en un mismo negocio, se constituyan unas obligaciones y, a la vez, se modifiquen, transmitan o extingan otras. En la enajenación de un crédito se constituyen dos obligaciones —la de ceder el crédito y la de pagar el precio— y se modifica una relación obligatoria ya existente; se trata, pues, de un negocio obligacional con efectos dispositivos (se dispone de un crédito; disposición que tiene por objeto su traslación o trans-

(53) Cf. Francesco GALGANO, *Diritto Civile e Eommerciale. 2. Le obbligazioni e i contratti. I. Obbligazioni in generale. Contratti in generale* (Cedam, 3.^a ed., Padua, 1999), pág. 114. Según este autor, la cesión de un crédito puede cumplir una función traslativa (venta de crédito, descuento, *factoring*), una función solutoria (*pro soluto* o *pro solvendo* —o con cláusula salvo buen fin—), o bien una función de garantía (prenda de crédito). El crédito puede transmitirse de manera más ágil, dinámica y segura mediante su incorporación a un título valor o su anotación en un registro especial. El ejercicio y transmisión del crédito por el titular es más fácil y seguro, pues requiere la tradición del título, o bien la inscripción y anotación en el sistema electrónico contable de carácter oficial destinado al efecto. En orden a su transmisión, determinados títulos posibilitan una cesión especialmente privilegiada, rápida y eficaz, que exime de la necesidad de su puesta en conocimiento del deudor. Me refiero a los títulos al portador y los nominativos a la orden. Los primeros se transmiten por la mera *traditio* del título; los segundos, además de la tradición, exigen la inserción en el título de una cláusula de endoso que deje debida constancia del nuevo titular. Aquí se adopta un concepto amplio de título valor. Por tal se entiende el documento que incorpora un derecho privado cuyo ejercicio está condicionado a la posesión del título y, en consecuencia, cualquier acto de disposición que se haga sobre él queda supeditado a la *traditio* del documento. El concepto comprende, pues, los llamados títulos causales, así como los abstractos —que incorporan una obligación «autónoma»—. Las anotaciones contables permiten la transmisión del crédito mediante la mera inscripción, sin necesidad de *traditio*.

(54) Por negocio obligacional u obligatorio se entiende: a) aquél que se perfecciona por el mero consentimiento (frente al «manual» o «real», que exige la entrega de la cosa); b) aquél que produce exclusivamente efectos obligacionales, aunque también pueda servir como justo título para transmitir, gravar o extinguir derechos reales, y c) aquél que constituye relaciones obligatorias, frente al negocio que las modifica, transmite o extingue —cf. José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral. I. Introducción y parte general. 2. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. La cosa. Los hechos jurídicos*. Edición revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos (Reus, Madrid, 1987), págs. 716-719; Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato* (Thomson-Civitas, 6.^a ed., Madrid, 2007), págs. 79 y 235—. Conforme a los dos primeros sentidos, los negocios siempre son obligacionales en el Derecho español. Conforme al último, un negocio puede ser obligacional, dispositivo, o simultáneamente obligacional y dispositivo. Para otro criterio de distinción entre negocios de disposición y negocios de obligación, cf. Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil* 3 (Ministerio de Justicia - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1988), 1033-1131, pág. 1036.

misión) (55). Toda subrogación entre el acreedor y un tercero es, en realidad, un supuesto de cesión del crédito. El argumento contrario de que el artículo 1.209 del Código Civil reconoce la subrogación voluntaria es muy endeble, pues nada impide su consideración como formulación general que debe ser completada y armonizada con los artículos 1.526 a 1.536 del Código Civil.

La cesión convencional y legal se distinguen por su origen y, en consecuencia, por la diferente función jurídico-económica que desempeñan: mientras la legal cumple una simple función restitutoria o recuperatoria, la convencional va más allá y se justifica en la conveniencia económica en que los créditos circulen y sean objeto de negociación (56). Ahora bien, si es posible hablar de distinta función jurídico-económica, es precisamente por el distinto origen del que proceden, legal y convencional, de manera que, más que referirse a la subrogación y a la cesión como instituciones contrapuestas, habría que hablar de subrogación (o cesión, lo mismo da) legal como opuesta a la subrogación (o cesión) convencional; o bien, si se prefiere, de un efecto subrogatorio de origen convencional (la cesión) o legal (el pago) (57).

En realidad, la *dato* del acreedor satisfecho por el tercero es consecuencia de un acuerdo (*dato solvendi causa*), como también sucedería si cumpliera el propio deudor (58); sin embargo, no se negocia el crédito. Ciertamente, cualquiera está legitimado para el pago, pero, de hecho, no se produce sin el consentimiento del acreedor; de faltar éste, si acaso, habrá *mora accipiendi* y, en ciertos casos, la posibilidad de proceder a su consignación; sólo entonces procede la vía de regreso. Con todo, aunque el pago de tercero requiera,

(55) Como advierte Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Cesión*, págs. 1060-1061, el Derecho español sigue el sistema del título y del modo respecto de la transmisión de derechos reales (arts. 609.2 y 1.095 CC); sin embargo, en relación a la cesión del crédito, sigue el sistema de transmisión por el mero consentimiento, de modo que, por ejemplo, la venta de un crédito es un negocio típicamente traslativo. En efecto, la compraventa de bienes es un contrato traslativo en el único sentido de que sirve de título para la transmisión de la propiedad; la compraventa de créditos es, por el contrario, un contrato traslativo en el sentido más pleno de no ser necesaria la *traditio* u otro requisito adicional para la transmisión del crédito.

(56) Cf. Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. 3.2. Vicende dell'obbligazione* (Dott. A. Giuffré, Verona, 1955), págs. 59, 62. Vid. también, Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 830, y del mismo modo, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Commentarios 16.1*, págs. 778-779. Para Philippe-Antoine MERLIN, *Recueil alphabétique de questions de droit. 14* (H. Tarlier, 4.^a ed., Bruselas, 1829), 387-398, mientras la cesión procura la transmisión del crédito, el pago con subrogación origina un crédito enteramente nuevo, si bien revestido de las garantías del primitivo (pág. 391). Vid., asimismo, Ana CAÑIZARES LASO, *El pago*, págs. 71, 131-134.

(57) Según Ana CAÑIZARES LASO, *El pago*, pág. 70, sólo quien entienda la cesión como un efecto puede identificar la cesión con la subrogación. Por mi parte, o identifico la cesión y la subrogación como efecto, o entiendo que la cesión (legal, judicial o convencional) produce el efecto de la subrogación.

(58) Al respecto, vid. Peter KLEIN, *Die Natur der causa solvendi. Ein Beitrag zur Causa- und Kondictionen Lehre* (Hermann Behrendt, Bon, 1903), en especial pág. 65.

para su efectividad, la aceptación del acreedor, es claro que su posible efecto subrogatorio se produce *ex lege*, es decir, sin que haya sido expresamente contemplado por las partes. Por lo demás, tampoco se negocia con el crédito; simplemente se ofrece su satisfacción; de ahí que deba desecharse la idea de una subrogación convencional distinta y contrapuesta a la cesión (59).

En cualquier caso, la consecuencia que la doctrina común hace derivar de esta distinción me parece dudosa: la acción del subrogatario —dicen— se limita a lo efectivamente desembolsado; por el contrario, el cesionario puede exigir el importe íntegro de la deuda, pese a haber realizado un desembolso de cuantía inferior. A mi entender, se trata en realidad de una cuestión de interpretación: ¿se considera un pago o cesión parcial y, en consecuencia, el acreedor sigue siéndolo por la parte restante? ¿quiso el acreedor remitir parcialmente la deuda? ¿se enajenó el crédito? En la duda, se presume una subrogación parcial, limitada a la cuantía realmente pagada (60); pero se trata de una norma dispositiva, y, en todo caso, es igualmente aplicable al acuerdo de cesión de créditos (61). Por lo demás, nada impide un acuerdo de remisión, que favorezca al deudor, a quien sólo se podrá reclamar en regreso por el importe realmente desembolsado; o su enajenación por un precio inferior, en favor del tercero *solvens*, adquirente del crédito, que recibirá éste íntegro pese a haber satisfecho una cuantía inferior. En el primer caso, en el que el acreedor condona parte del débito, el tercero *solvens* se subroga realmente en la

(59) Resulta llamativo que el Derecho francés acuda a la doctrina de la subrogación convencional para regular el *factoring*, a fin de evitar el formalismo con que la cesión de créditos aparece en el Código Civil francés, pues es difícil dudar del carácter especulativo de este negocio de *factoring* y es claro que choca con la finalidad puramente recuperatoria de la subrogación. Sobre esta cuestión, vid. Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contrato de factoring y cesión de créditos* (Civitas, Madrid, 1995), pág. 54; Christian GÁVALDA, «Subrogation und Cession des Crédit dite Dailly. Ihr Einfluß auf Factoringverträge in Frankreich», en *Handbuch des nationalen und internationalen Factoring* (Fritz Knapp Verlag, 3.^a ed., Frankfurt am Main, 1997), 309-317; y, Juana PULGAR EZQUERRA, «Derecho francés», en *El contrato de factoring*. Coordinado por Rafael García Villaverde (McGraw-Hill, Madrid, 1999), 138-156, pág. 143.

(60) Cf., respecto del fiador *solvens*, artículo 1839.2 del Código Civil; y, en cuanto al codeudor solidario que paga el crédito, vid. artículo 1145.2 del Código Civil.

(61) De hecho, el artículo 1.535 del Código Civil lo impone cuando se ceden créditos litigiosos por el carácter «odioso» que tiene el «comprador de procesos». Cf. Federico DE CASTRO Y BRAVO, «Cesión de crédito litigioso: aplicación del artículo 1.535 del Código Civil. Comentario a la sentencia de 4 de febrero de 1952», en *Anuario de Derecho Civil* 6 (Ministerio de Justicia - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1953), 259-268, pág. 266; Gabriel GARCÍA CANTERO, «Artículos 1.445 a 1.541 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales. 19*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (Edersa, 2.^a ed., Madrid, 1991), 1-830, pág. 754, y Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Artículos 1.526 a 1.536 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil. 2* (Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid, 1993), 1019-1044, en especial pág. 1042. Vid. también el artículo 1.699 *Code*. Sin embargo, una disposición similar no aparece en códigos posteriores, como el alemán, el italiano de 1942, o el portugués de 1966. De todos modos, vid. artículo 1.261 *Codice*.

totalidad, que es ahora el crédito remitido; en el segundo supuesto, el tercero negocia con el acreedor la transmisión onerosa del crédito (62).

Tampoco es distintivo el hecho de que, con la subrogación, el deudor de buena fe en ningún caso pueda ver empeorada su posición jurídica, pues esta regla es igualmente aplicable a la cesión de créditos, y se justifica en el principio de relatividad negocial (*res inter alios acta non nocet*). Pero la subrogación tampoco tiene porqué favorecer al deudor. Así, es irrelevante que el nuevo acreedor sea más exigente que el anterior, o que esté menos dispuesto a negociar el crédito con él. Tampoco parece que agrave injustificadamente la posición del deudor que el cesionario adquiera el crédito por un importe inferior: en este caso, el deudor ve inmutada su situación y nada puede alegar; estamos ante una cesión convencional, pero no porque el deudor vea agravada su posición, sino simplemente porque se ha negociado el crédito (63). Sin embargo, de esta regla sí deriva la carga de notificar al deudor la transmisión del crédito, y, la pertinencia de las excepciones que el deudor tuviere contra el cedente.

En efecto, de un lado, el deudor —principal o subsidiario (fiador)— queda obligado para con el nuevo acreedor desde el preciso instante de la cesión, si bien no asume el riesgo del pago al acreedor aparente (sea el cedente o un tercero), sino desde el momento en que tiene conocimiento de la cesión (art. 1.527 CC, y art. 7 del Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de créditos en el Comercio Internacional, 2001 = CC) (64). Al cesionario legítimo no le queda más recurso que dirigirse contra el acreedor

(62) Se invocan razones de equidad y ética jurídica, en protección del deudor, para defender un reintegro limitado a lo abonado, también para la cesión convencional del crédito. Vid., en este sentido, Luis PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, págs. 274-275. Esta doctrina tiene su origen en la ley anastasiana del año 506 (C. 4.35.22.1; si bien no es aplicable a la cesión gratuita, C. 4.35.22.3, lo que servía de portillo para eludir su aplicación hasta que intervino Justiniano, C. 4.35.23.1 y 2). Esta disposición fue duramente criticada a lo largo del siglo XIX, y definitivamente desechada con la entrada del BGB. Sobre la cuestión, cf. Maren RENNPFERDT, *Lex anastasiana. Schuldnerschutz im Wandel der Zeiten* (Muster-Schmidt Verlag, Gotinga-Zurich, 1991), págs. 107-110, para quien el deudor dispone de otras vías de protección, sin necesidad de limitar el tráfico jurídico. Vid., sin embargo, la Ley 511 del Fueno Nuevo de Navarra.

(63) Con razón señala Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 835, que limitar el regreso a la cuantía desembolsada supondría reembolso, no subrogación. Según este autor, el fenómeno subrogatorio no es una operación especulativa, pero tampoco exigencia del principio *favor debitoris*; si acaso, sería derivación del *favor creditoris*, pues más bien trata de favorecer al *solvens*.

(64) Según José Luis NAVARRO PÉREZ, *La cesión*, pág. 114, la carga de notificar corresponde al cedente. Pero esta solución suscita dudas. La carga de notificar corresponde al cesionario, que es el realmente interesado, si bien es cierto que podrá compelir al cedente para que le entregue los documentos y medios de prueba necesarios, y nada impide que sea realizada por el cedente. De hecho, poco más adelante, el autor citado se encontrará en la necesidad de aclarar que, a falta de notificación, «la carga de la prueba de que el deudor tenía conocimiento de la cesión habrá de recaer sobre el cesionario» (pág. 120).

originario por enriquecimiento injustificado. Lo mismo sucede cuando se paga al cesionario aparente en caso de doble cesión (cf. art. 17 CC) (65). En realidad, la cesión es inmediatamente eficaz frente a los obligados; el artículo 1.527 del Código Civil es expresión del mismo principio que inspira el artículo 1.164 del Código Civil: el deudor que, sin conocimiento de la cesión, paga al cedente se libera, no por pagar al auténtico acreedor —que es el cesionario—, sino pese a pagar a quien ya no es acreedor. Asimismo, el deudor que, por desconocimiento de la primera cesión, paga a un segundo cesionario se libera, aunque el pago fuese realizado a quien sólo aparentemente era acreedor. Se trata, pues, de una norma dirigida a proteger al deudor que confía en una situación objetiva de apariencia jurídica. A mi entender, la misma solución se aplicará en caso de cesión legal por pago de tercero, como resulta expresamente del artículo 1.842 del Código Civil, respecto del fiador, y, en todo caso, como se desprende del artículo 1.164 en relación con el artículo 1.527 del Código Civil, según el cual el pago de buena fe al que aparece como acreedor libera al deudor (66).

Por otra parte, ceder un crédito consiste en transmitirlo tal cual es, esto es, con todas sus cualidades y vicios. En consecuencia, el crédito se transfiere al cesionario junto con los derechos destinados a asegurarlo (art. 1.528 CC) y, pese al silencio legal, con cualquier otro tipo de accesorio que pudiera acompañarlo (privilegios, cláusulas penales, intereses y rendimientos, pretensiones indemnizatorias) (67). Se trata de una regla de derecho dispositivo y nada impide el pacto en contrario; lo mismo sucede cuando el tercero *solvens* se subroga en el derecho del acreedor satisfecho, como resulta del artículo 1.212

(65) El deudor que paga al cesionario aparente sólo queda liberado de su obligación si existe constancia cierta de la cesión en determinada fecha (art. 1.526 CC). Sobre las posibles interpretaciones del artículo 1.526 del Código Civil respecto de la necesidad de forma, vid. Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Cesión*, págs. 1085, 1099-1101.

(66) Cf., en este sentido, Tomás RUBIO GARRIDO, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación* (McGraw-Hill, Madrid, 1997), pág. 114. En cuanto al artículo 1.164 del Código Civil, la doctrina es unánime en el uso poco técnico del término «posesión», y en que se trata de una manifestación concreta del principio de protección de la apariencia jurídica. Al respecto, vid. el artículo 1189.1 *Codice*. Cf. también, Ángel CRISTÓBAL MONTES, «Artículos 1.163-1.169 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*. 2 (Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993), 186-199, págs. 189-191.

(67) Según doctrina alemana dominante, sólo se transmiten los intereses convencionales pendientes de vencimiento y las pretensiones indemnizatorias surgidas con posterioridad a la cesión; cf. Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Cesión*, págs. 1108-1109. Vid. también el artículo 1.263 *Codice*. Esta postura debe aceptarse con reparos, pues, a mi entender, el vencimiento de los intereses, ya sean convencionales o indemnizatorios, no es suficiente para que queden excluidos de la cesión, sino que es preciso, además, que el cedente los haya percibido. Sólo a partir del momento de su percepción pueden considerarse, desde un punto de vista económico, con independencia del principal; hasta entonces, constituyen un todo con el crédito y, por tanto, en la duda, se transmiten juntamente con él.

del Código Civil (68). Pero, la transmisión del crédito en la misma condición y estado que tuviere al realizarse la cesión no determina únicamente la comunicación de sus cualidades (garantías y accesorios), sino también de sus servicios (69). Se dice, entonces, que el cedente responde de la *veritas nominis*.

La cesión implica un acto de disposición sobre un crédito, el cedido, que, en principio, aunque no necesariamente, existe con anterioridad (70). Como todo acto de disposición, la cesión requiere un *prius* lógico: la existencia y validez del crédito objeto de cesión y sobre el que se dispone, así como su carácter disponible y la capacidad y legitimación del cedente. En la medida en que su validez depende de un hecho antecedente, se dice que la cesión es un acto o negocio «accesorio». Debido a su carácter accesorio o dependiente, la cesión sólo será eficaz cuando: *a*) sea válido el título que dé origen al crédito cedido (validez del negocio jurídico constitutivo del crédito a no ser que se haya vendido como dudoso: art. 1.529 CC); *b*) el crédito cedido sea transmisible (no exista una exclusión natural, legal o convencional), y *c*) ninguna vicisitud posterior del crédito cedido impida su cesión (ausencia de excepciones sobrevenidas). Puesto que la existencia y validez de la cesión depende de la del crédito cedido, el deudor podrá alegar frente al nuevo

(68) La doctrina es unánime en señalar que el artículo 1.528 del Código Civil admite pacto en contrario. Del mismo modo, nada impide la renuncia de garantías y accesorios en caso de cesión legal o judicial del crédito. Cf. Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Cesión*, pág. 1105. Los autores contrarios a una auténtica transmisión del crédito con la subrogación reconocen que el crédito nuevo queda revestido de las garantías del anterior, como excepción del principio de accesoriad. Cf. Philippe-Antoine MERLIN, *Reueil alphabétique 14*, pág. 391. Vid., asimismo, Ana CAÑIZARES LASO, *El pago*, págs. 71, 131-134.

(69) Cf., en este sentido, el artículo 12 del Código Civil. Ahora bien, a fin de proteger al cesionario de buena fe, la propia Convención sobre cesión de créditos en el comercio internacional dispone que el crédito y la garantía se transfieran aunque exista un acuerdo del cedente con el deudor o el fiador por el que se limite de algún modo el derecho a ceder el crédito o la garantía, sin perjuicio de la pertinente responsabilidad por incumplimiento de lo acordado (art. 10.2 y 3 CC). Por esta razón, ni el deudor ni el fiador podrán oponer al cesionario los derechos indemnizatorios que les correspondiese contra el cedente por incumplir tal acuerdo (art. 18.3 CC). La renuncia de excepciones por parte del deudor no impide su oposición por el fiador, a menos que hubiese constituido la garantía con posterioridad. Sobre la posibilidad de hacer valer derechos potestativos, vid., respecto de la compensación, el artículo 1.198 del Código Civil.

(70) Nada impide una cesión anticipada de un crédito futuro, aunque su efectividad quedaría pendiente hasta su nacimiento. A efectos de concurso, Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Cesión*, pág. 1095, siguiendo la doctrina alemana imperante, distingue según el crédito futuro provenga de un contrato celebrado con anterioridad o con posterioridad a la fecha de la declaración de quiebra. En el primer caso, el cedente transmite su crédito cuando aún tiene libre disposición sobre sus bienes y, en consecuencia, éste queda fuera de la masa concursal (cesión del crédito surgido de una relación duradera existente antes de la cesión o, en todo caso, de la quiebra). En la hipótesis contraria, el crédito debe integrarse en la masa de la quiebra, pues se cedió cuando no se tenía libre disposición sobre los bienes (cesión del crédito surgido de una compraventa proyectada pero todavía no celebrada).

acreedor todas las excepciones que tuviere contra el cedente. Los efectos serán distintos según la cesión acaezca por pago o por enajenación: salvo excepción, *condicione indebiti*, en el primer caso; acción resolutoria o de cumplimiento, en el segundo. En realidad, estas acciones no derivan propiamente del efecto transmisor, que es el mismo, sino del convenio que lo origina, sea de pago o de enajenación. Tratándose de un crédito viciado, al *accipiens* no le queda otra vía que resolver el negocio transmisor y exigir al *tradens* que restituya o cumpla por equivalente, o, de ser posible, que subsane los vicios que pudieran existir, o reduzca el precio si el crédito no se malogra en su totalidad (71). Si la subrogación es consecuencia, no de negociación con el acreedor, sino del pago hecho por un tercero, éste adquiere una *condicione indebiti* (arts. 1.895 a 1.901 CC).

Para determinar los efectos del crédito que se enajena con vicios, habitualmente se acudía al artículo 1518.1.º del Código Civil, al que se remite el párrafo segundo del artículo 1.529 del Código Civil (72). En la actualidad, sin embargo, un cierto sector doctrinal aconseja recurrir a la disciplina de la evicción, en concreto al artículo 1.478 del Código Civil (73). A mi modo de ver, cualquiera de los dos preceptos aporta una solución plausible. La existencia de defectos en el crédito origina, pues, la obligación de restituir el precio recibido a cambio; aunque, como se ha señalado, también es posible exigir su exacto cumplimiento. En ambos casos, puede surgir, además, un deber de sufragar los gastos del contrato y la obligación de indemnizar. A mi entender, es posible y deseable una construcción unitaria de la doctrina del incumplimiento (arts. 1.124, 1.478, 1.486, 1.529 CC). Respecto a la existencia y validez del crédito, el primer inciso del artículo 1.529 del Código Civil,

(71) Como hace notar Valerio CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel Diritto odierno* (Fratelli Bocca, Turín, 1902), pág. 51, el cedente no sólo responde frente al cesionario por los vicios del crédito garantizado, sino también de la propia garantía.

(72) A juicio de Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Cesión*, el párrafo segundo del artículo 1.529 del Código Civil, que se remite al 1.518 del Código Civil, se refiere de modo exclusivo a la *bonitas nominis* (responsabilidad del cedente por la insolvencia del deudor) y no a la *veritas nominis* (responsabilidad del cedente por la ineficacia del crédito cedido). Este autor se ampara en el artículo 1.694 *Code*, precepto referido exclusivamente a la responsabilidad por insolvencia del cedido y del que deriva el español. En su opinión, «se trata de un límite de derecho imperativo (...), a fin de impedir a los usureros la adquisición de créditos incobrables, asegurándose un recurso integral contra el cedente» (pág. 1111). A mi entender, puede ser que dicho párrafo se refiera exclusivamente a la *bonitas nominis*; en todo caso, también es cierto que, respecto a la *veritas nominis*, ni supone un límite imperativo, ni puede considerarse completo.

(73) Cf. Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Cesión*, para quien acudir al párrafo segundo y tercero del artículo 1.529 del Código Civil «es completamente erróneo. Las consecuencias hay que buscarlas al mismo lugar donde las buscan los juristas franceses (...) e italianos (...): a la disciplina de la evicción y en concreto, en nuestro Derecho, al artículo 1.478 del Código Civil» (pág. 1113). También hace referencia a esta posibilidad Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, págs. 818-819.

más que una genuina obligación de garantía, determina la nulidad de la cesión por falta de un presupuesto necesario para su eficacia. La nulidad del acto transmisor determina, a su vez, la posibilidad de resolver el negocio de enajenación o exigir su cumplimiento (por *aestimatio rei*, al no ser posible *in natura* por no ser acreedor).

Con la resolución, el contrato queda sin fuerza jurídica, no vincula; se da tan sólo una situación de apariencia negocial. La declaración de ineficacia lleva frecuentemente aparejada una acción de repetición a fin de recuperar lo entregado sin causa o fundamento jurídico (74). La acción de cumplimiento se inspira, por el contrario, en el mantenimiento de todos los efectos producidos *ex contractu, pendente evictione*. La parte perjudicada conserva una posición equivalente a aquélla en que se hallaría si el negocio hubiese llegado felizmente a término, esto es, *in quantum emptori interes evictionem factam non fuisse*. A ella se refiere el artículo 1478.1.^º del Código Civil. Este precepto da derecho al comprador a exigir del vendedor el valor de la cosa vendida al tiempo de la evicción, sea superior o no a su precio de venta; del mismo modo, el cesionario tiene derecho al valor actual del crédito que ha dejado de recibir. Pero, puede suceder que, además de estos derechos, surjan otros, indemnizatorios, a favor de una de las partes (art. 1478.2.^º a 5.^º CC) (75). Son derechos distintos a los anteriores, pero complementarios, que surgen únicamente cuando la ineficacia resulta imputable a una de las partes; y, del mismo modo que la entrega de una cosa ajena es imputable al vendedor (art. 1.475 CC), la cesión del crédito viciado debe imputarse al cedente (76).

(74) No lo ve así Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, *Cesión*, pág. 1111. Del mismo modo, Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 812. Al parecer, ambos consideran la acción de repetición como efecto consustancial y exclusivo del régimen de nulidad. A mi entender, la cesión es nula por falta de objeto. Por el contrario, la enajenación del crédito es perfectamente válida —pues no se trata de un negocio puramente dispositivo, sino también obligacional—, pero resoluble por incumplimiento. La acción de repetición resulta de cualquier supuesto de ineficacia (nulidad, resolución).

(75) Federico A. RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción. Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa* (Bosch, Barcelona, 1990), págs. 208-222, quien habla de un doble efecto de la resolución del contrato por evicción: uno restitutorio (art. 1478.1.^º CC) y otro rescisorio, de carácter secundario, eventual y complementario (art. 1478.2.^º a 5.^º CC). Según este autor, se trata de una resolución impropia y específica que opera irretroactivamente y el efecto restitutorio debe entenderse como una restitución atípica del modelo general previsto por el artículo 1.124 del Código Civil. A mi entender, el artículo 1478.1.^º no encierra propiamente un efecto restitutorio, sino de cumplimiento por equivalente.

(76) Ésta comprende el daño emergente y el lucro cesante (art. 1.106 CC). El daño emergente, a su vez, incluye: *a) los intereses y rendimientos que el cesionario ha de entregar al verdadero acreedor* (art. 1478.2.^º CC); *b) los gastos de juicio* (art. 1478.3.^º CC), y *c) los gastos ex contractu* (art. 1478.4.^º CC). El lucro cesante es el beneficio que el cesionario habría obtenido directamente del ejercicio o negociación del crédito y que fue previsto o se hubiera podido prever al tiempo de constituirse la obligación. El cedente que actúa con dolo ve agravada su responsabilidad y, de esta manera, se hace extensiva a las

Ahora bien, no todo negocio jurídico de cesión determina, siempre y en todo lugar, una obligación de cumplimiento o, en su caso, de repetición a cargo del cedente. Así, el cedente queda eximido del deber de responder por nulidad de una cesión *donandi causa*, a menos que sea onerosa, caso en que habrá de responder por evicción hasta la concurrencia de la carga o gravamen (art. 638 CC). Tampoco responde cuando el crédito nulo fue vendido como dudoso, pues el cesionario asume el *aleas* del negocio; riesgo que, por otra parte, se compensa con la correspondiente disminución del precio. Cuestión dudosa es si y en qué medida el cedente responde cuando la contraprestación aún no ha sido realizada. Ciertamente, en tal caso, nada cabe restituir; pero, aun así, es claro que le puede haber acarreado determinados perjuicios.

Por lo demás, según el artículo 1529.1 del Código Civil *in fine*, el cedente no responde de la solvencia del deudor, salvo que se hubiese estipulado expresamente, o que la insolvencia fuese anterior y pública. A mi entender, lo mismo sucede cuando un tercero paga sin estar a ello obligado. La responsabilidad por la *bonitas nominis* no constituye una auténtica obligación de fianza, ni es una garantía en sentido técnico. Aunque, *prima facie*, pueda parecer lo contrario, el cedente no es fiador, pues no garantiza el pago del crédito; sólo se obliga a restituir el precio recibido y los gastos originados por la cesión (art. 1529.2, que remite al art. 1518.1.º CC), de ser insolvente el deudor (77). En realidad, la obligación de restituir es consecuencia de la ineficacia de la cesión, bien sea por vicios en el consentimiento, cuando el cesionario ha sido víctima de un engaño sobre la solvencia del deudor cedido (caso de insolvencia anterior y pública) (78); bien por incumplimiento de condiciones, cuando las

mejoras realizadas sobre el crédito y a las ganancias dejadas de obtener aunque, de ningún modo, fuesen previsibles (art. 1478.5.º en relación con el 1107.1 CC).

(77) Según Pietro PERLINGIERI, «Arts. 1.260-1.267», en *Commentario del Codice Civile. A cura de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca* (Zanichelli, Bolonia-Roma, 1982), pág. 284, la diferencia de la *bonitas nominis* respecto de la fianza deriva de la distinción entre «garantía de la solvencia» y «garantía del cumplimiento». No me parece del todo exacto. A mi entender, nada impide una fianza que —por acuerdo de las partes— sólo garantice la solvencia del deudor y no el cumplimiento. En realidad, la razón por la que no cabe configurar como fianza la responsabilidad por la *bonitas nominis* reside en el hecho de que no se garantiza nada: simplemente, la cesión resulta ineficaz y, en consecuencia, se debe restituir el precio e indemnizar los gastos. Vid., en este sentido, Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 821.

(78) Sobre la insolvencia anterior y pública del deudor cedido, cf. Jacinto GIL RODRÍGUEZ, *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión* (Tecnos, Madrid, 1988). Este autor asimila la obligación *ex lege* del cedente por insolvencia del deudor cedido con la del deudor originario por insolvencia del nuevo (art. 1.206 CC), y acude a las normas que regulan el saneamiento por vicios ocultos y la responsabilidad por incumplimiento. De esta manera, los conceptos de mala y buena fe del artículo 1.529 del Código Civil hacen referencia al conocimiento o desconocimiento por parte del cedente de la insolvencia del deudor. El cedente responde cuando conoce la situación de insolvencia (párrafo tercero) y, aun sin tener conocimiento, cuando ésta fuera pública (párrafo primero). Según Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos 2*, pág. 821, el supuesto tendría que confi-

partes han acordado la solvencia del deudor como presupuesto necesario para que pueda operar la cesión. Y, del mismo modo que puede ser ineficaz el acuerdo de enajenación, puede serlo el de pago del crédito, siempre que no se trate de un tercero interesado o que pague por estar obligado (79).

6. EL FIADOR Y EL PAGO DE TERCERO

La exacta y puntual ejecución por el fiador de la prestación debida extingue la relación fideiusoria: el acreedor ve satisfecho su interés y el fiador queda liberado de su obligación. Sin embargo, la relación garantizada no se extingue, pues la accesoria es unidireccional y solamente opera en sentido inverso. Respecto del crédito garantizado, el fiador es un tercero que paga; al pagar, se subroga en la posición jurídica del acreedor y, de este modo, puede dirigirse contra el deudor en vía de regreso. Así pues, la acción de regreso comprende el derecho del acreedor satisfecho, en cuya posición se subroga el fiador *solvens* (art. 1.839 CC en relación con el 1838.1.º CC), y una eventual indemnización que incluye los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido de pago (art. 1838.2.º, 3.º y 4.º CC) (80). Por regla general, la prestación del fiador coincide con la debida por el principal obligado. Pero no es necesario que así sea. Las prestaciones pueden ser diferentes. Lo único que se exige es que una y otra satisfagan el mismo interés *creditoris*. En efecto, puesto que el fiador puede obligarse a menos que el deudor (art. 1.826 CC), puede suceder que la ejecución de la garantía satisfaga el crédito sólo en parte. En este caso, la subrogación será parcial.

Ante la reclamación de pago, el fiador puede oponer al acreedor las excepciones propias de su obligación, así como las que derivan de la relación garantizada (art. 1.853 CC). El derecho a hacer valer excepciones del principal obligado constituye, a su vez, una carga para el garante, que ha de recabar in-

gurarse como anulabilidad del negocio de cesión por dolo o por error sobre la base del negocio.

(79) No excluye esta posibilidad, Tomás RUBIO GARRIDO, *La subrogación por pago*, págs. 71-72. En contra, vid. Ana CANIZARES LASO, *El pago*, pág. 69.

(80) La doctrina española se encuentra dividida al respecto. Según una primera postura, se trata de una única acción de subrogación en el crédito, de modo que el artículo 1.838 lo único que hace es concretar la regla del artículo 1.839 (cf., por ejemplo, Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad*, págs. 287-290). Para otros autores se trata de dos acciones diferentes, de ejercicio opcional y cumulativo cuando la primera utilizada no cubra todos los perjuicios que ocasionó el pago. Cf. Vicente GUILARTE ZAPATERO, «Artículos 1.822 a 1.862 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*. 2 (Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993), 1781-1873, pág. 1821. Por último, según otra tesis, el derecho de reembolso se produce por el hecho del pago; la subrogación, sólo si el deudor tenía conocimiento de éste (cf. Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* 2, pág. 441).

formación sobre la relación garantizada y, de existir excepciones, debe negarse a pagar y soportar el eventual litigio; de no hacerlo, el deudor podrá hacerlas valer cuando pretenda repetir contra él (81). Con el pago queda abierta la vía de regreso. El fiador *solvens* se subroga en la posición jurídica del acreedor satisfecho y, en principio, el deudor puede alegar contra él todas las excepciones que tuviera contra el acreedor. Ahora bien, si el garante comunica al deudor su intención de pagar, la buena fe exige que éste le informe sobre las excepciones que existen y le facilite los medios de prueba pertinentes; de no hacerlo, tampoco podrá alegarlas cuando el fiador procure repetir contra él lo pagado (art. 1.840 CC). El deudor garantizado que, de buena fe, pague al acreedor aparente, ya satisfecho por la prestación del fiador, queda, pese a ello, libre de toda obligación. Al fiador *solvens* no le queda otro recurso que dirigirse contra el acreedor por enriquecimiento injustificado (art. 1.842 en relación con los arts. 1.164 y 1.527 CC). Así pues, el garante debe informar al deudor sobre su intención de pagar, así como notificarle el pago ya realizado (82).

En el caso de un crédito garantizado mediante fianza, la prestación de tercero puede realizarse en interés del deudor, del fiador o, bien, en exclusivo interés propio. El tercero que ejecuta la prestación en interés del deudor o del fiador puede hacerlo en nombre propio, o bien mediante apoderamiento y en nombre de éstos. La prestación del tercero en su exclusivo interés puede tener lugar en cumplimiento de una obligación o para facilitar el ejercicio y efectividad de un derecho propio o, finalmente, para adquirir el crédito en virtud de una relación negocial con el acreedor (enajenación del crédito). La prestación realizada por un tercero con autorización del deudor para representarle extingue la obligación garantizada y, con ella, la de fianza; si bien, eventualmente, puede surgir un derecho de reembolso, del que el fiador queda, en cualquier caso, liberado, pues, en principio, no responde de la anticipación de fondos llevada a cabo por el representante del deudor principal. Si el tercero *solvens* es un representante directo del fiador, se extingue la fianza, pero no el crédito garantizado, pues la accesoriad opera en sentido inverso. Por consiguiente, el fiador puede dirigirse en vía de regreso contra el deudor. En caso de que el representante haya anticipado fondos, podrá reclamar al garante el reembolso de lo entregado en satisfacción del acreedor.

Puede ser que el tercero satisfaga el crédito en interés del deudor o del fiador, pero en nombre propio, o bien en exclusivo interés propio. Este pago

(81) Cf. Ángel CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriad y contrato de garantía* (La Ley, Madrid, 1992), págs. 9-10. En efecto, los fiadores profesionales son los primeros interesados en eludir este derecho-carga; su omisión no hace más onerosa la condición del fiador. En realidad, es la posición del deudor la que resulta agravada.

(82) Como señala Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ, *Solidaridad*, pág. 180, tratándose de cofianza solidaria asumida para garantizar una deuda contraída solidariamente, el fiador habrá de comunicar a cada uno de los deudores su propósito de pagar y también advertirles del pago ya realizado.

de tercero efectuado sin poder de representación origina regularmente la apertura de la vía de regreso; en casos excepcionales, extingue la obligación (prestación realizada *animus donandi* o en cumplimiento de una obligación). Ahora bien, de subrogarse un tercero en el crédito garantizado, ¿qué sucede con la garantía? ¿en qué situación queda el fiador? En principio, podría parecer que el crédito se transmite con todos sus accesorios y, por ende, también con sus garantías, aunque sean de tercero. Sin embargo, si el tercero es, a su vez, un obligado, no termina de entenderse por qué se ha de beneficiar al tercero frente al fiador, sobre todo, si, como de hecho puede suceder, este tercero es otro garante del crédito. Por el contrario, podría pensarse que la prestación de tercero extingue la fianza y no genera ningún derecho frente al fiador: el tercero que paga puede dirigirse posteriormente contra el deudor principal, pero no contra el fiador (83).

En mi opinión, el fiador sigue obligado, al igual que el deudor. Uno y otro responden frente al *solvens* del crédito y de la garantía, respectivamente. La prestación de tercero sólo cumple uno de los efectos del pago: el satisfactorio del acreedor; pero ni la obligación se ha extinguido, ni el deudor queda liberado. A mi entender, el fiador tampoco queda liberado. Me parece injusto que el tercero que se ofrece a prestar no pueda disponer después de las garantías que hubiese tenido el primer acreedor. No veo ningún motivo que justifique privar al tercero de tal garantía; ninguna razón impide entender que el fiador siga obligado para con el tercero. Lo que al fiador importa es el crédito, el cual se ve inmutado; no el acreedor. No hay, pues, en este sentido, ninguna distinción entre la cesión del crédito y la prestación de tercero. El efecto de la prestación por tercero no es otro que la cesión legal del crédito. De lo contrario, habría que determinar primeramente si se trata de una prestación por tercero, o si lo que ha habido realmente es una cesión, de manera que el fiador quede liberado. A mi entender, el fiador queda obligado en todo caso. Esta es la solución que me parece más justa; y es también la más

(83) Esta última es la opinión dominante en la doctrina alemana, de manera que la prestación de tercero (§ 267 BGB) extingue la fianza y el fiador no debe responder siquiera por el enriquecimiento injustificado. Ahora bien, esta misma doctrina precisa que, en caso de cesión legal (§§ 268.3.1; 426.2.1; 774.1.1; 1143.1; 1255 BGB) y en los supuestos de cesión convencional conforme al § 401 BGB, la prestación por tercero ha de verse como retribución por la adquisición del crédito cedido. La fianza se transmite, por consiguiente, a dicho tercero juntamente con el crédito principal. Cf. Norbert HORN, «§§ 765-778 BGB», en J. von Staudingers. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 765-778* (Sellier-de Gruyter, 13.^a ed., Berlín, 1997), pág. 85; Mathias HABERSACK, «§§ 765-778 BGB», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Schuldrecht. 5. Besonderer Teil 3. §§ 705-853* (C. H. Beck, 5.^a ed., Munich, 2004), 861-1029, pág. 904; Hans Georg Graf LAMBSDORFF - Bernd SKORA, *Handbuch des Bürgschaftsrechts* (C. H. Beck, Munich, 1994), pág. 66. Respecto a la jurisprudencia, cf. BGH Urteil vom 22-10-1975 (JZ 1976, págs. 24-25); BGH Urteil vom 13.6. 1966 (WM 1966, págs. 942-944).

práctica, pues no siempre es fácil determinar si lo que ha habido es una cesión o una simple prestación de tercero.

Otra cosa resulta cuando el tercero realiza la prestación por estar a ello obligado frente al acreedor, es decir, cuando el tercero que paga es otro garante del crédito (fiador, deudor solidario, garante de un derecho real). En estos casos, el tercero que paga se subroga en la posición del acreedor, pero ¿se transfieren las garantías? En principio, la respuesta se antoja negativa. Los artículos 1.212 y 1.528 del Código Civil no parecen enteramente aplicables. No puede aceptarse que el garante y, casualmente, *solvens* pueda exigir el crédito a los restantes obligados subsidiarios; supondría beneficiar al garante más astuto y podría dar lugar a resultados injustos e, incluso, fraudulentos. Por esta razón, el artículo 1.844 del Código Civil dispone que los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda responden entre sí solidariamente. Este precepto resulta de aplicación aunque los fiadores asuman su obligación por separado y quizás en distintos momentos y sin conocimiento por uno del afianzamiento del otro. A igual solución se ha de llegar cuando se trate de garantías de distinta naturaleza (una garantía personal concurre con otra real) (84).

Puede suceder que varios fiadores garanticen una misma obligación sin tener originariamente relación alguna entre sí (así, el fiador que asume su obligación sin conocer la existencia de otros fiadores, o bien el caso de fiadores de distintos deudores solidarios). Es doctrina común excluir cualquier tipo de interferencia entre ellas o afirmar su parcialidad: no hay confianza, sino pluralidad de fianzas independientes (85). En mi opinión, las cosas funcionan de otro modo. El fiador y, casualmente, *solvens* se subroga en la posición jurídica del acreedor y, en consecuencia, puede dirigirse en regreso contra el deudor. Ahora bien, ¿qué sucede con las demás garantías del crédito? ¿subsisten o decaen? En mi opinión, ni lo uno ni lo otro: todos los

(84) Este tema ha sido profusamente tratado por la jurisprudencia y doctrina alemana. Cf., entre otros, BGH, Urteil vom 29-6-1989 (*NJW* 1989, págs. 2530-2532 = *ZIP* 1989, págs. 1044-1048); BGH, Urteil vom 9-10-1990 (*WM* 1990, págs. 1956-1957); BGH, Urteil Vom 24-9-1992 (*NJW* 1992, págs. 3228-3229 = *EWiR* 1992, págs. 1173-1174). Respecto a la doctrina, cf. Volker EMMERICH, *BGB-Schuldrecht. Besonderer Teil* (Müller, 11.^a ed., Heidelberg, 2006), pág. 162, y Karl LARENZ - Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrecht. II. Besonderer Teil*. 2 (C. H. Beck, 13.^a ed., Munich, 1994) pág. 16. En contra de la opinión propuesta, cf. Dietrich REINICKE – Klaus TIETKE, *Bürgschaftsrecht* (Luchterhand, 2.^a ed., Neuwied, 2000) págs. 183-190. Según estos autores, el fiador puede tomar a los demás garantes en regreso, pero no puede ser tomado en regreso por los demás garantes —principio de primacía de rango del fiador con base en el § 776 BGB—. Esta teoría cuenta cada vez con menos apoyo y ha sido finalmente rechazada por la jurisprudencia alemana.

(85) Cf. Vicente GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios* 23, págs. 230-231; Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos* 2, pág. 445; Antonio GULLÓN BALLESTEROS, «Artículos 1.822 a 1.856», en *Comentario del Código Civil*. 8. Presidente y coordinador: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Bosch, Barcelona, 2000), 154-203, pág. 177. En contra, cf. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos* 2.2, pág. 352.

fiadores han de soportar de igual modo el riesgo de insolvencia del deudor principal. Es claro que no cabe establecer una división parcial de responsabilidad, pues cada fiador prestó garantía por la totalidad del crédito. Un reparto de cobertura del crédito sólo es posible si hay pacto y, evidentemente, nada acuerda quien asegura sin conocer o sin considerar otras garantías. Más dudas ofrece la posibilidad de mantener el carácter independiente de las fianzas. Sin embargo, razones de justicia exigen rechazar esta solución. De lo contrario, como ya señalé, se beneficiaría al fiador más astuto (el *solvens*, si se entiende que las garantías subsisten; o, el resto, si se afirma que decaen) y podría dar lugar a resultados injustos e incluso fraudulentos (86).

Considerar al fiador *solvens* como un tercero pagador respecto del crédito asegurado, explicar el pago de tercero a partir de la doctrina de la representación, y aproximar la figura subrogatoria a la cesión del crédito, plantea dos cuestiones de gran interés: *a) ¿Qué sucede si un fiador negocia con el acreedor garantizado la cesión del crédito litigioso?*, y *b) ¿Puede el fiador de un comisionista que actúa en nombre propio dirigirse en regreso contra el comitente?* Sobre la primera cuestión, es claro que el *acciépens* de un crédito litigioso puede suceder al actor en su posición procesal (art. 17 LEC), incluso en fase de ejecución (87); y, por lo regular, tendrá interés en hacerlo, pues le ahorra costes procesales y le permite beneficiarse de los embargos trabados. Esta regla es aplicable para la cesión negociada del crédito litigioso, así como para su subrogación por pago de tercero (88); es más, en este caso, la distinción entre uno y otro se atenúa aún más si cabe, pues, siendo litigioso el crédito, el precio negociado siempre beneficiará al deudor, conforme al artículo 1.535 del Código Civil.

(86) Vid. Pablo GÓMEZ-BLANES, *El principio de accesoriiedad*, págs. 133-135.

(87) Cf. Francisco RAMOS MÉNDEZ, *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso* (Editorial Hispano-Europea, Barcelona, 1974), págs. 312-313, y Carmen SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil* (La Ley, Madrid, 2000), pág. 172.

(88) Cf. José Manuel CASTELLA ALMIÑANA, «Sucesión procesal del fiador solidario codemandado en la posición del acreedor demandante en virtud del pago efectuado de la deuda avalada», en *Revista Jurídica La Ley* 2 (La Ley-Actualidad, Madrid, 1993), 829-841, en especial págs. 836-838, y Pascual RAGA GIL, *Subrogación por pago*, págs. 180-185. La jurisprudencia es ambivalente. Parece aceptarlo la SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 12 de diciembre de 1989 (*Revista General del Derecho*, Valencia, 1990, 4887-4888), ponente: María José de la Vega Llanes, FJ 1.^o; el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) de 15 de junio de 1990 (*Revista General del Derecho*, 556-557, Valencia, 1991, 582-587), ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos, en especial FJ 4.^o a 8.^o; la SAP de Navarra (Sección 1.^a) 11/1999, de 27 de enero, ponente: María Esther Erice Martínez, FJ 2.^o, y la SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 28 de mayo de 1998 (AC 1998/1017), ponente: Inmaculada Zapata Camacho, FJ 1.^o. Sin embargo, lo rechaza la SAP de Murcia (Sección 2.^a) 164/1998, de 1 de junio, ponente: Enrique Quiñonero Cervantes, FJ 2.^o, que distingue según se trate de un cambio en la posición del actor de un tercero o de uno de los deudores, y la SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 3 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/134800), ponente: María Pilar Muriel Fernández-Pacheco, FJ 3.^o, que distingue entre la cesión del objeto litigioso y el cumplimiento de la sentencia.

A mi entender, lo mismo acontece cuando el subrogado es un fiador o un deudor solidario, incluso, aunque haya sido demandado juntamente con los demás obligados (se habla entonces de «sucesión endógena»). El fiador subrogado asume la condición de parte actora en el proceso y podrá dirigirse por el precio que pagó contra el principal obligado (art. 1839.2 CC); y, por la parte proporcional que corresponda, contra los demás fiadores (art. 1.844 CC). El fiador, del mismo modo que se coloca en la posición del acreedor respecto del derecho material, también lo hará en la relación procesal, perdiendo el carácter de demandado y adquiriendo la condición de actor. Ahora bien, al igual que sucede con la subrogación material, la sucesión procesal, en ciertos casos, no se dará de forma plena, sino limitada, como resultará de haber cofiadores, pues entonces correspondería un reparto de la deuda entre todos ellos con cobertura recíproca de insolvencia.

Por supuesto, si, con la sucesión procesal, el fiador *solvens* pretendiera dirigirse contra los demás fiadores por el íntegro importe pagado, entonces mediará fraude y procederá la aplicación de la norma eludida (art. 6.4 CC), sin necesidad de denegar la sucesión procesal (89). Por ello, efectuado el pago, la sucesión no es automática, sino que deberá ser solicitada y aprobada por el juez, previa audiencia a la parte contraria (deudor y, en su caso, fiadores), que podrán alegar los derechos y defensas que les correspondan, conforme al artículo 17.2 LEC (90).

La segunda cuestión, la posibilidad de que el fiador del comisionista se dirija en regreso frente al comitente, plantea un problema de normativa aplicable: *a) la condictio de regreso por pago de tercero* (arts. 1.158 y 1.210 CC);

(89) La STS (Sala de lo Civil, Sala 1.^a) 50/2006, de 7 de febrero, ponente: Francisco Marín Castán, FJ 3.^º, entiende que hay fraude de ley por ampararse en las normas reguladoras de la cesión de créditos, eludiendo la normativa de regreso aplicable al fiador, que sólo le permite dirigirse contra los cofiadores en la parte que proporcionalmente les corresponda satisfacer. Esta sentencia analiza un caso de sucesión procesal en juicio ejecutivo dirigido contra el deudor principal y sus fiadores, en el que dos de ellos acuerdan con el acreedor la cesión del crédito por su importe nominal, que reciben del propio acreedor mediante un préstamo con garantía hipotecaria, y solicitan su resolución por incumplimiento, al haber desistido el acreedor del juicio en el que los cesionarios querían subrogarse. Pero, como señala, José-Ramón GARCÍA VICENTE, «Sentencia de 7 de febrero de 2006 (RJ 2006, 876)», en *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil* 73 (Civitas, Madrid, 2007), 179-195, en especial pág. 187, su recalificación como subrogación es superflua por mor del artículo 1.085 del Código Civil y porque, en ningún caso, el acuerdo puede alterar la posición de los cofiadores sin su consentimiento. Por lo demás, negar la sucesión también se antoja excesivo, pues sería suficiente con incluir en el auto una mención especial de la relación del fiador-actor con el resto de cofiadores. Sobre la bilateralidad del desistimiento, cf. artículo 20 LEC.

(90) Según José-Ramón GARCÍA VICENTE, *Sentencia de 7 de febrero de 2006*, pág. 195, en un juicio ejecutivo, los fiadores demandados podrán alegar las excepciones de pago, pluspetución o compensación, en el escrito de oposición a la demanda ejecutiva (art. 557 LEC). Asimismo, vid. Ángel CARRASCO PERERA, «Garantías personales», en *Tratado de los derechos de garantía* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002), 1-446, pág. 269.

b) la acción de regreso propia y específica del fiador *solvens* (arts. 1.838 y 1.839 CC), o *c)* la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil. A mi juicio, esta última solución debe descartarse decididamente, pues el fiador no ejerce un derecho del acreedor, que ya ha visto satisfecho su interés; ni del comisionista, que no pagó y, por tanto, no dispone de derecho alguno. Pienso que debemos acudir, una vez más, a la *condictio* de regreso. El derecho del fiador *solvens* no es más que una aplicación concreta del regreso por pago al supuesto fideiusorio, al igual que sucedería en la relación entre el deudor *solvens* y el resto de deudores solidarios (arts. 1.144 y 1.145 CC). La acción del fiador o codeudor *solvens* es concreción particular de la acción por pago de tercero, y, en realidad, regula un único y mismo derecho de regreso. Esta doctrina unitaria de la vía de regreso no implica necesariamente uniformidad en su aplicación. Ciertamente, comprende la subrogación del *solvens* en la posición jurídica del acreedor, pero también puede englobar otros contenidos, según la particular relación que una al pagador con el deudor (91).

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz, *Protección del fiador en vía de regreso* (Tecnos, Madrid, 1993).
- ÁLVAREZ-CAPEROCHEPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa* (Comares, 3.^a ed., Granada, 1993).
- AMORTH, Giorgio, «Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regreso nell'obbligazione solidale», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 12 (Giuffrè, Milán, 1958), 133-152.

(91) La STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) 242/2006, de 7 de marzo, ponente: Alfonso Villagómez Rodil, niega al fiador de una deuda tributaria la condición de tercero *solvens* del artículo 1.158 del Código Civil, respecto del cliente del deudor garantizado, un agente de aduanas, que actúa en nombre propio y como declarante frente a la Agencia Tributaria, de conformidad con el artículo 2.1 del Reglamento (CEE) 1031/1988, de 18 de abril. Sin embargo, a mi entender, el representante declarante se obliga de modo solidario con su comitente, al menos en la relación privada de regreso. La nueva normativa aduanera parece confirmar la responsabilidad solidaria en la propia deuda tributaria. Vid., en este sentido, el artículo 48.3 del Reglamento (CEE) 450/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado). Vid., asimismo, los artículos 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 1299/1986, de 28 de junio, por el que se modifica el texto refundido de los Impuestos integrantes de la Renta de Aduanas. Cf. también los artículos 36.1 *in fine* y 43.1.e) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En la doctrina, vid. Santiago IBÁÑEZ MARSILLA, «Tributos aduaneros», en *Manual de Derecho Tributario* (Thomson-Aranzadi, 4.^a ed., Cizur Menor, 2007), 779-836, págs. 791-794. Esta solución es coherente con la relación entre el pago de tercero y la doctrina de la representación. Sobre el derecho de regreso de una deuda tributaria, vid. Mercedes NAVARRO EGEA, *El responsable tributario* (Iustel, Madrid, 2006), págs. 73-76.

- ARNAU RAVENTÓS, Lidia, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil* (Cedecs, Barcelona, 2000).
- BARASSI, Lodovico, *La teoria Generale delle Obbligazioni. 3. L'attuazione* (Giuffrè, Milán, 1964).
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *El cumplimiento de las obligaciones* (Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956).
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo - VALLADARES RASCÓN, Etelvina, «Artículos 1.157 a 1.169 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. 16.1.* Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (Edersa, 2.^a ed., Madrid, 1991), 8-151.
- BETTI, Emilio, *Teoria generale delle obbligazioni. 3.2. Vicende dell'obbligazione* (Dott. A. Giuffrè, Verona, 1955).
- BILLAU, Marc, *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations* (LGDJ, París, 1989).
- BONFANTE, Pietro, *CORSO di Diritto Romano. 4. Le Obbligazioni* (Giuffrè, Milán, 1979).
- BUCCISANO, Oracio, *La surrogazione per pagamento* (Giuffrè, Milán, 1958).
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge, *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva* (Edersa, Madrid, 1980).
- CAMPOGRANDE, Valerio, *Trattato della fideiussione nel Diritto odierno* (Fratelli Bocca, Turín, 1902).
- CAÑIZARES LASO, Ana, *El pago con subrogación* (Civitas, Madrid, 1996).
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Garantías personales», en *Tratado de los derechos de garantía* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002), 1-446.
- *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía* (La Ley, Madrid, 1992).
- CASANOVA MUSSONS, Anna, *La relación obligatoria de fianza* (Bosch, Barcelona, 1984).
- CASTÁN TOBENAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral. 3. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. Edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero (Reus, 16.^a ed., Madrid, 1992).
- *Derecho Civil Español, Común y Foral. 1. Introducción y parte general. 2. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. La cosa. Los hechos jurídicos*. Edición revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos (Reus, 14.^a ed., Madrid, 1987).
- CASTELLA ALMIÑANA, José Manuel, «Sucesión procesal del fiador solidario codemandado en la posición del acreedor demandante en virtud del pago efectuado de la deuda avalada», en *Revista Jurídica La Ley 2* (La Ley-Actualidad, Madrid, 1993), 829-841.
- COROMINAS, Joan - PASCUAL, José A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico. 5* (Gredos, Madrid, 2002).
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *El pago o cumplimiento de las obligaciones* (Tecnos, Madrid, 1986).
- «Artículos 1.163-1.169 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil. 2* (Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid, 1993), 186-199.
- CRUZ, Sebastiao, *Da solutio. Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins. 1. Épocas arcaica e clássica* (Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1962).

- *Da «solutio». Época post-classica occidental. «Solutio» e «Vulgarrecht»* (Gráfica de Coimbra, Coimbra, 1974).
- D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano* (Eunsa, 10.^a ed., Pamplona, 2006, Pamplona), pág. 476.
- *Crítica romanística* (Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano, Servicios de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 1999).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Cesión de crédito litigioso: aplicación del artículo 1.535 del Código Civil. Comentario a la sentencia de 4 de febrero de 1952», en *Anuario de Derecho Civil* 6 (Ministerio de Justicia - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1953), 259-268.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro, «Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar», en *Anuario de Derecho Civil* 52 (Ministerio de Justicia - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999), 145-207.
- *Pago de tercero y subrogación* (Civitas, Madrid, 1998).
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «La fianza», en *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones. 2. Contratos y cuasicontatos. 2. Delito y cuasidelito* (Dykinson, 2.^a ed., Madrid, 2002), 323-354.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* (Civitas, Madrid, 1988), 7-133.
- *La representación en Derecho Privado* (Civitas, Madrid, 1992).
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. 2. Las relaciones obligatorias* (Civitas, 5.^a ed., Madrid, 1996).
- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. 1. Introducción. Teoría del contrato* (Thomson-Civitas, 6.^a ed., Madrid, 2007).
- EMMERICH, Volker, *BGB-Schuldrecht. Besonderer Teil* (Müller, 11.^a ed., Heidelberg, 2006).
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «Sobre el pago con subrogación», en *Revista de Derecho Privado* (Edersa, Madrid, 1942), 300-327.
- FERNÁNDEZ VILLA, José, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil Español* (Comares, Granada, 1999).
- FRESSE, Benedikt, «Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten», en *Studi in onore di Pietro Bonfante. 4* (Fratelli Treves Editori, Milán, 1930), 397-457.
- FUENTESECA, Margarita, *El problema de la relación entre novatio y delegatio desde Roma hasta las codificaciones europeas* (Dykinson, Madrid, 2000).
- GALGANO, Francesco, *Diritto Civile e Commerciale. 2. Le obbligazioni e i contratti. 1. Obbligazioni in generale. Contratti in generale* (Cedam, 3.^a ed., Padua, 1999).
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Artículos 1.445 a 1.541 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales. 19. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart* (Edersa, 2.^a ed., Madrid, 1991), 1-830.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, *Contrato de factoring y cesión de créditos* (Civitas, Madrid, 1995).
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Cometa, Zaragoza, 1974).
- GARCÍA VICENTE, José-Ramón, «Sentencia de 7 de febrero de 2006 (RJ 2006, 876)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 73 (Civitas, Madrid, 2007), 179-195.

- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil. 2. Edición revisada con la colaboración de F. Sánchez Calero* (Imp. Aguirre, 8.^a ed., Madrid, 1980).
- GAVALDA, Christian, «Subrogation und Cession des Créance dite Dailly. Ihr Einfluß auf Factoringverträge in Frankreich», en *Handbuch des nationalen und internationalen Factoring* (Fritz Knapp Verlag, 3.^a ed., Frankfurt am Main, 1997), 309-317.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión* (Tecnos, Madrid, 1988).
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, «Mandatum und Bürgenregreß», en *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*. Hersg. Dieter Nörr, Shigeo Nishimura (Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg, 1993), 169-177.
- GÓMEZ-BLANES, Pablo, *El principio de accesoriadad de la fianza* (Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008).
- GUILLARTE ZAPATERO, Vicente, «Artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. 23*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (Edersa, 2.^a ed., Madrid, 1990), 1-683.
- «Artículos 1.822 a 1.862 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil. 2* (Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid, 1993), 1781-1873, pág. 1821.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Artículos 1.822 a 1.856», en *Comentario del Código Civil. 8*. Presidente y coordinador, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Bosch, Barcelona, 2000), 154-203.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano. 2* (Editorial Jurídica de Chile, 1996, Santiago de Chile).
- HABERSACK, Mathias, «§§ 765-778 BGB», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Schuldrecht. 5. Besonderer Teil 3. §§ 705-853* (C. H. Beck, 5.^a ed., Munich, 2004), 861-1029.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras completas. 3. Derecho de obligaciones* (Espasa-Calpe, Madrid, 1988).
- HERNÁNDEZ MORENO, Antonio, *El pago de tercero* (Bosch, Barcelona, 1983).
- HORN, Norbert, «§§ 765-778 BGB», en *J. von Staudingers. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 765-778* (Sellier-de Gruyter, 13.^a ed., Berlín, 1997).
- IBÁÑEZ MARSILLA, Santiago, «Tributos aduaneros», en *Manual de Derecho Tributario* (Thomson-Aranzadi, 4.^a ed., Cizur Menor, 2007), 779-836.
- KASER, Max, *Das Römische Privatrecht. I. Das Altrömische, das Vorklassische und Klassische Recht* (Ch. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2.^a ed., Múnich, 1971).
- KLEIN, Peter, *Die Natur der causa solvendi. Ein Beitrag zur Causa- und Kondicitionen Lehre* (Hermann Behrendt, Bon, 1903).
- KRETSCHMAR, Paul, *Die Erfüllung* (Veit, Leipzig, 1906).
- LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando, «Delegación», *Temis 3* (Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1958), 157-178.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, «Pago», en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Seix, Barcelona, 1986), 770-791.
- LAMBSDORFF, Hans Georg Graf - SKORA, Bernd, *Handbuch des Bürgschaftsrechts* (C. H. Beck, Munich, 1994).

- LARENZ, Karl - CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrecht. II. Besonderer Teil. 2* (C. H. Beck, 13.^a ed., Munich, 1994).
- LLÁCER MATACÁS, María Rosa, «La extinción de las obligaciones por confusión», en *Revista de Derecho Privado* (Edersa, Madrid, 1990), 13-38.
- MAGDELAIN, André, «Note sur la "Purgatio Morae"», en *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl* (Publications de l'Institut de Droit Romain de l'Université de Paris, París, 1959), 199-204.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Señor don Francisco de Cárdenas*. 8.2. Edición revisada por Miguel Moreno Mocholí (Reus, 6.^a ed., Madrid, 1967).
- MELILLO, Generoso, *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto* (Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1970).
- MERLIN, Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique de questions de droit. 14* (H. Tarlier, 4.^a ed., Bruselas, 1829).
- MITCHELL, Charles - WATTERSON, Stephen, *Subrogation. Law and Practice* (Oxford University Press, Nueva York, 2007).
- NAVARRO EGEA, Mercedes, *El responsable tributario* (Iustel, Madrid, 2006).
- NAVARRO PÉREZ, José Luis, *La cesión de créditos en el Derecho Civil español* (Ibarra de Arce, Granada, 1988).
- NICOLÒ, Rosario, *L'adempimento dell'obbligo altrui* (Giuffré, Milán, 1936).
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando, «Cesión de créditos», en *Anuario de Derecho Civil 3* (Ministerio de Justicia - Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1988), 1033-1131.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Artículos 1.526 a 1.536 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil. 2* (Ministerio de Justicia, 2.^a ed., Madrid, 1993), 1019-1044.
- PASCUAL ESTEVILL, Luis, *El pago* (Bosch, Barcelona, 1986).
- PASCUAL LIAÑO, Miguel, *La gestión de negocios ajenos. Estudio crítico de sus caracteres y de su función práctica en el ordenamiento jurídico español* (Montecorvo, Madrid, 1986).
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Solidaridad en la fianza* (Aranzadi, Pamplona, 1985).
- PERLINGIERI, Pietro, «Arts. 1.260-1.267», en *Commentario del Codice Civile. A cura de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca* (Zanichelli, Bolonia-Roma, 1982).
- PULGAR EZQUERRA, Juana, «Derecho francés», en *El contrato de factoring. Coordinado por Rafael García Villaverde* (McGraw-Hill, Madrid, 1999), 138-156.
- RAGA GIL, Pascual, *Subrogación por pago y juicio ejecutivo basado en pólizas de contratos mercantiles y escrituras públicas* (Revista General del Derecho, Valencia, 2000).
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *La sucesión procesal. Estudio de los cambios de parte en el proceso* (Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1974).
- RAVAZZONI, Alberto, «Regreso», en *Novissimo Digesto Italiano 15* (Unione tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1968), 356-360.
- REINICKE, Dietrich - TIEDTKE, Klaus, *Bürgschaftsrecht* (Luchterhand, 2.^a ed., Neuwied, 2000).

- RENNPFERDT, Maren, *Lex anastasiana. Schuldnerschutz im Wandel der Zeiten* (Muster-Schmidt Verlag, Gotinga-Zurich, 1991).
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Venta de cosa ajena y evicción. Estudio de las reglas del saneamiento por evicción en la compraventa* (Bosch, Barcelona, 1990).
- ROUSSIER, Jules, «*Satisfacere*», en *Studi in onore di Pietro de Francisci*. 2 (Dott. Antonino Giuffrè, Milán, 1956), 113-157.
- RUBIO GARRIDO, Tomás, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación* (McGraw-Hill, Madrid, 1997).
- SAMANES ARA, Carmen, *Las partes en el proceso civil* (La Ley, Madrid, 2000).
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Artículos 1.203 a 1.213 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. 16.1.* Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (Edersa, 2.ª ed., Madrid, 1991), 593-792.
— *La novación de las obligaciones* (Nauta, Barcelona, 1964).
- SERRA CALLEJO, Javier, «Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero», en *Revista Jurídica La Ley* 2 (La Ley-Actualidad, Madrid, 1991), 1089-1091.
- SOLAZZI, Siro, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano* (Jovene, Nápoles, 1935).
- VAQUER ALOY, Antoni, *El ofrecimiento de pago en el Código Civil* (Marcial Pons, Madrid, 1997).
- ARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral* (Livraria Almedina, 2.ª ed., Coimbra, 1973).
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos, «Contribución al estudio de las obligaciones accesorias», en *Revista de Derecho Privado* 1 (Edersa, Madrid, 1980), 28-49.
— «Notas sobre la subrogación personal», en *Revista de Derecho Privado* (Edersa, Madrid, 1985), 491-514.

RESUMEN

**PAGO
ACCIÓN DE REGRESO**

Salvo excepción, quien paga una deuda ajena puede repercutir en vía de regreso contra el deudor. El derecho de regreso aparece regulado con carácter general en el artículo 1.158 del Código Civil español de 1889 (= CC), pero también se alude a él en el ámbito de la fianza (arts. 1.838 y 1.839 CC) y en el de la solidaridad de obligaciones (arts. 1.144 y 1.145 CC). En este artículo estudio el derecho de regreso por prestación de tercero. Previo excursus sobre las personas legitimadas para el pago, expongo las diversas posiciones legales

ABSTRACT

**PAYMENT
ACTION OF RE COURSE**

Save in exceptional cases, a person who pays off another person's debt may take action against the original debtor to recover the sum paid. The right to recovery is regulated in general terms in section 1158 of the 1889 Spanish Civil Code (CC), but it is also alluded to regarding deposits (CC, sections 1838 and 1839) and several liability for obligations (CC, sections 1144 and 1145). This article looks at the right to recovery due to fulfilment by a third person. After an excursus on the persons who hold sufficient legal standing to make payment, the au-

y doctrinales sobre los efectos del pago de tercero, y procedo a su valoración crítica. Luego propongo una construcción unitaria del derecho de regreso por pago de tercero, que también comprende el regreso del fiador y del codeudor solventes. Finalmente aproximo la subrogación por pago a la figura de la cesión del crédito, y me refiero al supuesto especial de regreso por pago del fiador.

thor explores the various positions of law and doctrine concerning the effects of payment by a third person and subjects those views to a critical evaluation. Then the author proposes a unitary construction of the right to recovery due to payment by a third person, which also includes recovery by the surety and the solvent codebtor. Lastly the author examines how closely subrogation through payment resembles debt assignment and refers to the special case of recovery due to payment by the surety.

(Trabajo recibido el 15-01-09 y aceptado para su publicación el 29-09-09)