

Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor

SUMARIO: INTRODUCCION.—1. IDEAS PRELIMINARES.—2. LAS DOS FORMAS DE SUBROGACION POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EXISTENTES EN DERECHO ESPAÑOL: 2.1. LA SUBROGACIÓN POR PAGO ESPECIALMENTE AUTORIZADO POR EL DEUDOR. 2.2. LA SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1.211. LA JUSTIFICACIÓN DE SUS REQUISITOS FORMALES.—3. LA COORDINACIÓN ENTRE LOS DOS CASOS DE SUBROGACION CONSENTIDA POR EL DEUDOR.—4. CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

En este trabajo se presentan las dos formas de subrogación, por voluntad del deudor, existentes en nuestro Derecho. Se propone una explicación para ellas y se estudia el problema de cómo coordinarlas.

El trabajo está ordenado de la siguiente manera:

1. En primer lugar se recogen algunas ideas preliminares sobre el pago de un tercero y sus efectos, convenientes para seguir la exposición.
2. Después, se explica el origen y funcionamiento de la subrogación por pago de tercero autorizado por el deudor para subrogarse (art. 1.210.2.º) y el origen y significado de la subrogación por préstamo (art. 1.211), así como las razones que llevaron al legislador a introducir en esta última unos determinados requisitos formales.
3. Se explican, por último, los problemas de coordinación entre estos dos tipos de subrogación y se propone una solución.

1. IDEAS PRELIMINARES

El punto de partida para estudiar los casos de subrogación por voluntad del deudor está en la noción de pago de tercero. Con esto no nos estamos

remontando demasiado lejos, ya que la subrogación por pago no es más que uno de los posibles efectos que puede desencadenar un pago de tercero.

En mi opinión, como ya he dejado escrito en otro lugar, estamos ante un pago de tercero en sentido estricto cuando el *solvens*, siendo consciente de la ajenidad de la deuda y ofreciendo una prestación conforme a la debida, no justifica su aparición en el acto del pago ni por referencia al hecho de ser parte en la obligación, ni por referencia a una legitimación específica que el deudor o la ley le hayan conferido (1). Desde este punto de vista, el pago de un tercero es perfectamente compatible con una relación interna entre el *solvens* y el deudor (2).

(1) Véase, DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998. Esta opinión se basa en ideas de Dr MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bolonia-Roma, 1986, pág. 527. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milán, 1990, págs. 283-284. Igualmente, CARPINO, «Del pagamento con surrogazione», en *Commentario Scialoja-Branca* (arts. 1.201-1.205), Bolonia-Roma, 1988, pág. 47. Bajo el *Codice* anterior, MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Turín, 1924, pág. 124.

(2) En los casos de asunción simple de deuda estamos ante casos de pago de tercero. Véase, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., pág. 283. CANNATA, «L'adempimento in generale», en *Trattato di diritto privato*, 9.º, 1.º, Turín, 1984 (reimpresión de 1991), pág. 82. CICALA, «Accollo», en *Enciclopedia del Diritto*, I, 1958, pág. 284. RESCIGNO, «Accollo», en *Novissimo Digesto Italiano*, I, 1981, pág. 142. Dr MAJO, *Le modalità...*, cit., pág. 527. SCHLESSINGER, *El pago al tercero*, Madrid, 1971, pág. 46. RESCIGNO, «Delegazione» (diritto civile), en *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, pág. 945. Para una crítica de esta concepción del *accollo*, véase, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1974, pág. 182. En nuestra doctrina, ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en Derecho Civil*, Granada, 1996, págs. 246 y 247, entiende también que el asumente interno paga como tercero en nombre propio (sin embargo, expresa algunas dudas en pág. 269). Ideas similares, recientemente, en RUBIO GARRIDO, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, Madrid, 1997, págs. 122 y sigs. En contra, BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, pág. 274, entre otros autores. También en contra, últimamente, TUR FAUNDEZ, *El derecho de reembolso*, Valencia, 1996, pág. 46. También el representante indirecto del deudor paga como tercero. Véase, entre otros, GIORGIANNI, «Pagamento», *Noviss. Dig. It.*, XII, 1957, pág. 330, o PESSOA JORGE, *Ligoes de direito das obrigacoes*, Lisboa, 1975-76, pág. 351. Hay alguna duda más sobre si el delegado de pago paga como tercero o no. BARASSI (*La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1948, pág. 142), y BIANCA (*Diritto...*, IV, cit., págs. 280 y 283) defienden una aproximación entre estas dos figuras. De forma similar, en nuestra doctrina, LAGUNA IBÁÑEZ, «La delegación en el Derecho Civil español», *Temis*, 1958, pág. 168. Véase también BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pág. 136. Por el contrario, hay otros autores que entienden que la posición del delegado de pago se debe aproximar a la del representante directo; en este sentido, véase NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., págs. 179-180 y 195. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 7.ª ed., Milán, 1986, pág. 413. MICCIO, «Delle obbligazioni in generale», en *Commentario del Codice Civile redatto a cura di magistrati e docenti*, Turín, 1982, pág. 91. RESCIGNO, «Delegazione», *Enc. Dir.*, XI, cit., pág. 945. GRECO, «Delegazione» (dir. civ.), *Noviss. Dig. It.*, V, 1957, pág. 347. Véase también, SCHLESSINGER, «Adempimento del terzo e delegazione di pagamento», *Temis*, 1958, 572 y sigs. En la doctrina portuguesa parece apuntar en esta dirección ANTONES VARELA, *Das obrigacoes em geral*, II, 5.ª ed., Coimbra, 1992, pág. 27, nota 1.

El pago de un tercero produce efectos que no son fáciles de establecer en nuestro Derecho porque los artículos que el Código Civil dedica a esta materia no son un ejemplo de claridad. Si leemos con detenimiento los artículos 1.158, 1.159, 1.209 y 1.210 podemos deducir que, para determinar esos efectos, hay que atender, en primer término, al interés del tercero en la obligación y, en segundo lugar, a las voluntades de los sujetos involucrados. De esa manera, tendremos que:

- a) Cuando paga un tercero interesado se produce la subrogación del mismo en los derechos del acreedor pagado (art. 1.210.1.º y 3.º), independientemente de cuál sea la voluntad del acreedor y la del deudor.
- b) Cuando paga un tercero no interesado, los efectos dependerán de la voluntad del acreedor y de la actitud del deudor.
 - b.1) Si el tercero no interesado cuenta con la voluntad favorable del acreedor, podrá producirse lo que se denomina tradicionalmente subrogación convencional consentida por el acreedor (art. 1.209).
 - b.2) Cuando paga un tercero no interesado y no obtiene del acreedor la subrogación convencional, todo dependerá de la actitud del deudor: si éste se muestra conforme con la intervención de ese tercero, se puede producir hasta la subrogación, sea la prevista en el artículo 1.210.2.º, sea la prevista en el artículo 1.211.
 - b.3) Por último, en los casos en los que ni el deudor ni el acreedor están dispuestos a colaborar con la intención del tercero (recordemos, no interesado) de subrogarse, no se produce la subrogación y nos veremos obligados a movernos en el ámbito de los dos últimos párrafos del artículo 1.158 (3). Ese precepto, en mi opinión, establece una remisión a los supuestos de hecho y a las consecuencias jurídicas de las normas sobre mandato, sobre gestión de negocios y sobre el enriquecimiento sin causa (4).

También conviene aclarar la construcción de la subrogación por pago que se va a manejar en este trabajo. La mejor manera de explicar el **funcionamien-**

(3) Evidentemente, en los posibles efectos del pago de un tercero que se acaban de describir, también influye la voluntad del *solvens*: puede elegir no subrogarse aunque la calidad de su interés le permitiera la subrogación, puede renunciar a la misma una vez producida, puede ejercitar el derecho personal en vez del crédito adquirido por subrogación, etc.

(4) Para esta opinión, véase DEL OLMO, *Pago...*, cit. págs. 61 y sigs. Esta monografía está dedicada a estudiar los efectos del pago de un tercero, con y sin subrogación.

to de la subrogación por pago, en mi opinión, consiste en decir que la subrogación supone que el tercero (*solvens* o prestamista) adquiere el crédito originario *en garantía* del derecho personal subyacente que deriva de los pactos y circunstancias que rodearon su intervención (5). Es decir, que el tercero va a adquirir un derecho que le pertenece *iure proprio* por el hecho de haber pagado en determinadas circunstancias y que, para reforzar ese derecho personal, la ley le va a permitir ejercitar el crédito originario del acreedor satisfecho. La situación, entonces, se asemeja a una prenda de créditos: el derecho personal jugaría el papel de derecho *principal* y el crédito adquirido por subrogación jugaría el papel de *accesorio* (6).

En los casos de subrogación que se estudian en este trabajo, el crédito originario del acreedor subrogante se pondrá *en garantía* del derecho personal de mandato (art. 1.210.2.º) o de préstamo (art. 1.211) que corresponda al tercero, según los casos.

2. LAS DOS FORMAS DE SUBROGACION POR VOLUNTAD DEL DEUDOR EXISTENTES EN DERECHO ESPAÑOL

Según el artículo 1.210.2.º: «Se presumirá que hay subrogación: ... 2.º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor».

Por su lado, el artículo 1.211 dice: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

Estos dos artículos son los que, en nuestro Derecho, regulan las formas que tiene el deudor de promover un cambio de acreedor a través de la subrogación. Los Códigos francés e italiano (tanto el actual como el de 1865) sólo recogieron la segunda figura, denominada tradicionalmente subrogación *ex mutuo*. En cambio, el Código argentino y los dos Códigos portugueses sí regulan estas dos formas de subrogación por voluntad del deudor, lo que los coloca en una situación similar a la de nuestro Derecho (7). En el Código

(5) Normalmente, el derecho personal subyacente deriva del hecho de haber pagado la deuda ajena por mandato del deudor, o del hecho de haber pagado en el desarrollo de una gestión de negocios, o del hecho de que, si así no fuese, se produciría un enriquecimiento injusto, o del hecho de haber prestado dinero para el pago. Hay otros dos derechos personales subyacentes típicos: el del fiador y el del codeudor solidario, sujetos que también se subrogan por el pago.

(6) Esta construcción, sus implicaciones y ventajas, en DEL OLMO, *Pago...*, cit., págs. 280 y sigs.

(7) En Portugal, bajo el Código de 1867, véanse los artículos 778 y 780; bajo el Código actual, los artículos 590 y 591. En Argentina, los artículos 768.3.º y 770. Para

suizo de las Obligaciones no se regula la subrogación por préstamo (la que recoge nuestro art. 1.211), sino que sólo se regula la subrogación por pago de tercero especialmente autorizado por el deudor (la recogida en nuestro art. 1.210.2.º).

Estos artículos 1.210.2.º y 1.211 plantean algunos problemas. El primero de ellos es el de justificar cómo una intervención del deudor (que manda pagar o que toma dinero a préstamo con determinados requisitos) puede permitir a un tercero *no interesado* adquirir el crédito del acreedor sin que la voluntad de ese acreedor sea tenida en cuenta para nada. La subrogación transmite el crédito pagado al margen de la voluntad del acreedor y ello es justificable, en los casos de los números primero y tercero del artículo 1.210, por la especial posición del *solvens*, que es responsable personal o realmente de la obligación (art. 1.210.3.º), o bien porque ese tercero cuenta con el apoyo del legislador para superar la posición de *monopolio* que tiene el acreedor preferente (art. 1.210.1.º) (8). Pero en el 1.210.2.º la *única* justificación posible está en ese consentimiento del deudor: ¿puede un deudor disponer del crédito del que es titular el acreedor?

Este problema teórico ha sido señalado por casi todos los autores que se han ocupado de estas cuestiones (9). Es el mismo problema a que se enfrentan los autores que estudian la subrogación *ex mutuo* y que hace decir a DEMOLOMBE, como primera frase del capítulo que dedica a esta figura, «voici certainement Tune des plus grandes hardiesses de la subrogation» (10).

poder decir que la situación de nuestro Código es análoga a la de los Códigos citados, es necesario recordar que el artículo 1.210, pese a su tenor literal, no contiene auténticas presunciones. Nuestro artículo 1.210 contiene casos de subrogación que funcionan, por la fuerza de la ley y sin necesidad de presumir nada, al margen de la voluntad del acreedor. Sobre esto, véase, DEL OLMO, *Pago...*, cit., págs. 161 y sigs.

(8) Sobre la *ratio* de la subrogación del acreedor que paga a otro acreedor preferente, las ideas más claras están en MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, II, 6.ª ed., París, 1863, pág. 705.

(9) Véase, por todos, VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, pág. 28. THARWAT, *Le paiement avec subrogation en droit français et en droit suisse*, Ginebra, 1963, pág. 56. VAZ SERRA, *Subrogacao nos direitos do credor*, Lisboa, 1953, pág. 24. ALVES MOREIRA, *Instituições de direito civil português*, II, Coimbra, 1911, pág. 216. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1928, pág. 554. RUIZ-RICO RUIZ, «Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código Civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios», en *RJN*, 1994-9.º, pág. 11, nota 8.

(10) Véase, por todos, DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXVII, París, 1872, pág. 334 y págs. 271 y sigs. TOULLIER, *Droit civil français*, VII, París, 1830, pág. 132. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, II, Milán, 1915, pág. 646. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVIII, 3.ª ed., Bruselas, 1878, pág. 55. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Civil*, V, 2.ª ed., París, 1883, pág. 351. Para Italia, GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII, Madrid, 1930, pág. 202. BORSARI, *Commentario del Codice Civile italiano*, III, 2.º, Turín, 1877, pág. 662. MAGINI, *La surrogazione...*, cit., pág. 185.

En efecto, tanto en la subrogación por pago de tercero autorizado por el deudor, como en la subrogación *ex mutuo*, se podría decir que, de alguna forma, el deudor *dispone* de un crédito que no es suyo. La justificación de que el deudor pueda promover un cambio de acreedor se suele colocar en ideas prácticas de utilidad: por un lado, el acreedor pagado recibe lo que se le debe y no puede verse perjudicado porque su situación es exactamente igual a la que se hubiera producido si el pago hubiese sido puramente extintivo (o, incluso, a la situación producida por el pago del mismo deudor) (11); por otro lado, el deudor consigue liberarse del concreto acreedor mediante el pago gracias a los fondos proporcionados por el tercero (que paga personalmente o presta), el cual está dispuesto a participar en semejante operación debido, precisamente, a que se le puede ofrecer a cambio la misma posición, con las mismas garantías, que ocupaba el acreedor pagado (12).

Desde este punto de vista, es muy interesante una observación de VON TUHR. En Derecho suizo basta una declaración del deudor al acreedor para que el *solvens* obtenga la subrogación (art. 110 del Código de las Obligaciones). Dice este autor que «esta eficacia de la declaración (del deudor) es fácil de comprender cuando se trata de las garantías reales vinculadas a cosas de propiedad del deudor, pero ya no es tan evidente respecto a las fianzas y garantías constituidas sobre cosas ajenas y que el deudor, con su declaración, impide que se extingan» (13). Pero, incluso para esta objeción, VON TUHR encuentra respuesta: si el deudor no pudiera mantener en vida las garantías reales y las fianzas, no encontraría quien se prestara a efectuar el cumplimiento de la deuda, con lo que éstas quedarían al descubierto y esos terceros garantes (o dueños de las cosas comprometidas) sufrirían la agresión del acreedor (14).

(11) Esta idea está muy extendida; se puede encontrar, entre otros muchos, en autores tan distintos como LAROMBIÈRE, *Theorie et pratique des obligations*, II, Bruselas, 1862, pág. 145. LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., pág. 480. AUBRY y RAU por BARTIN, *Cours de droit civil français*, IV, 6.^a ed., París, pág. 223. NICOLÓ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936 (reimpresión 1978), pág. 197. MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padua, 1933, pág. 59. MOSCATI, «Indebito», en *Enc. Dir.*, XXI, 1971, pág. 91. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, pág. 255. HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, III, Madrid, 1958, pág. 137. VON TUHR, *Tratado...*, II, cit., pág. 27, y ALVES MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., pág. 243.

(12) Véase, entre otros, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., págs. 339-340. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pág. 647. LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., pág. 57. Para Italia, GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., págs. 202-203. LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, II, 2.^a ed., Turín, 1925, pág. 93. MERLO, *La surrogazione...*, cit., págs. 303-305. En Portugal, por todos, VAZ SERRA, *Sub-rogacao...*, cit., pág. 24, y ALVES MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., pág. 216.

(13) VON TUHR, *Tratado...*, II, cit., pág. 28. Sobre los intereses de esos terceros, véase también, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., págs. 383-385.

(14) Los problemas ahí señalados son tradicionales en la subrogación. Así, DURANTON (*Cours de droit civil suivant le Code français*, VII, 4.^a ed., Bruselas, 1841, págs. 77-

A continuación vamos a estudiar el significado de estos dos cauces para que el deudor pueda hacer la subrogación y, más tarde, se estudiará la manera de coordinarlos.

2.1. LA SUBROGACIÓN POR PAGO ESPECIALMENTE AUTORIZADO POR EL DEUDOR

Decía GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 1.117.2.º de su Proyecto (similar al actual art. 1.210.2.º) que «este caso, *omitido* en el Código francés y demás modernos, envuelve mandato expreso o tácito de parte del deudor» (15).

Se trata, pues, como ponen de manifiesto las palabras de GARCÍA GOYENA, de una norma que sí existía en la tradición jurídica anterior al *Code* (16). En este sentido, cabe destacar la presencia de una norma similar a la nuestra en algunos textos anteriores al *Code*, como las Leyes Civiles de Cerdeña y en la *Constitución* del Piamonte, seguidores en este punto de la tradición del Derecho Común (17). Por su parte, MIRABELLI también destaca esos extremos, al tiempo que recuerda que el Código austríaco sigue también la tradición del Derecho Común y observa que el legislador italiano de 1865 adoptó el sistema que se acogió en el *Code* y que es contrario a esa tradición (18). En efecto, en Derecho Común se concedía el beneficio de cesión de acciones al fiador y al *mandatario* (19). En la doctrina francesa, MESTRE señala que la

78) estudia si era necesario contar con la voluntad del fiador para que éste quedara obligado frente al prestamista. Es una cuestión en la que se refleja una discusión tradicional sobre los efectos de la subrogación frente a los fiadores y que los Códigos modernos, enfrentándose a DUMOULIN, vienen a resolver afirmando que la subrogación produce siempre los mismos efectos. Para información sobre esa disputa, véase, por ejemplo, RENUSSON, *Trattato della surroga*, Siena, 1864, págs. 191 y sigs., Cap. XIII. Sobre la solución definitiva de los Códigos modernos, por todos, MERLO, *La surrogazione...*, cit., pág. 323. Nuestro artículo 1.212, que menciona al fiador expresamente, al igual que el artículo 1.252 del *Code*, está en la misma línea de solución de este debate. Véase, por ejemplo, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pág. 692.

(15) Véase, GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 596 (las cursivas son mías).

(16) En contra, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, pág. 198, nota 321, donde dice que el artículo 1.210.2.º es una creación «exclusiva» de GARCÍA GOYENA. La misma idea, que está muy extendida, en CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación*, Madrid, 1996, pág. 89.

(17) Véase, MERLO, *La surrogazione...*, cit., págs. 25 y 114. MAGINI, *La surrogazione...*, cit., págs. 50-51. Estos autores dan copiosa información histórica sobre la subrogación (véase, págs. 11-64 de MAGINI, y págs. 1-67 de MERLO).

(18) Véase, MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo el Codice Civile italiano*, II, Turín, 1891, págs. 25-26.

(19) Lo explica BLANCA (*Diritto...*, IV, cit., pág. 347) con toda claridad. Recordemos, por otro lado, que las Partidas de nuestro Alfonso X regulan el mandato en el mismo Título que la fianza: la Ley 20, Título 12, Partida 5, dice que el mandato «es otra manera de obligación, que es semejante de la fiadura».

subrogación por pago de mandatario del deudor sí se encuentra en la obra de POTHIER y RENUSSON (20). Incluso en los comentaristas del Código francés se puede encontrar ecos de esas ideas anteriores a la codificación y, acaso, alguna confusión sobre esto (21).

Desde la concepción de la subrogación que me parece preferible, la explicación de esta figura de subrogación es muy clara: el *solvens* que está autorizado para subrogarse por el deudor adquiere el crédito pagado en garantía del derecho personal subyacente derivado de la relación de mandato que le une a ese deudor (22).

(20) Véase, MESTRE, *La subrogation personnelle*, París, 1979, pág. 31, nota 36. Se puede ver, en efecto, RENUSSON, *Trattato...*, cit., págs. 129 y sigs. (Cap. X). MESTRE cita a POTHIER en *Coutume d'Orléans*, núm. 78.

(21) Véase, por ejemplo, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pág. 301, donde da por buenas ideas de RENUSSON que, sin embargo, no fueron recogidas por el *Code*. También, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pág. 684, donde admiten que se subroga (y por el art. 1.250.3.º, que es análogo a nuestro art. 1.210.3.º!) el mandatario del deudor que acepta pagar con dinero propio, sin condicionar el efecto, como sí hace DEMOLOMBE (*Cours...*, XXVII, cit., pág. 527), al dato de que el acreedor hubiese aceptado el compromiso personal de ese mandatario.

Para ilustrar esas dudas y confusiones, también se puede ver la polémica sobre si puede un tercero no interesado presentarse en casa del acreedor, acompañado por el deudor, y obtener la subrogación contra la voluntad de ese acreedor. El caso, como es obvio, se resolvería afirmativamente en España con el artículo 1.210.2.º En la doctrina francesa del siglo XIX se discute. Por un lado, se dice, esa subrogación no podría ser sino una subrogación convencional consentida por el acreedor (pues la especie no encajaría en ningún otro artículo del *Code*) y para esa figura se necesita, por definición, la voluntad favorable de ese acreedor. Además, se dice, el tercero no actuaría sino como mandatario del deudor allí presente, por lo que no tendría más derecho que el que tenga el deudor/mandante, y entre esos derechos del deudor/mandante no está el promover la subrogación más que por el cauce del artículo 1.252 (subrogación por préstamo). Para defender la postura contraria, se dice que la imposibilidad de que el tercero no interesado imponga la subrogación al acreedor es una exigencia que se pone en beneficio del deudor (para evitar que un tercero «malicioso o vengativo», decía GARCÍA GOYENA, se interponga para vejar al deudor), con lo que, si ese deudor consiente, la operación debería permitirse. Además, si el acreedor se niega a que el tercero que viene acompañado por el deudor se subrogue, estará imponiendo abusivamente la necesidad de que recurran a la subrogación *ex mutuo*, que implica demoras y gastos notariales. En cualquier caso, lo cierto es que la mayor parte de los exégetas defendieron la primera postura, pero creo que en esta polémica (en la que citan, por ejemplo, a RENUSSON, que es una de las mayores autoridades sobre la subrogación en los tiempos anteriores a la codificación) se deja ver esa tradición del Derecho Común que permitía la subrogación de un mandatario del deudor y a la que se vino a enfrentar el derecho codificado. Véase, para todo esto, la buena recensión de opiniones de DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., págs. 311-313. Estas cuestiones tuvieron su reflejo, igualmente, en Italia; por todos, GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., pág. 192.

(22) Que el derecho personal del *solvens* del artículo 1.210.2.º deriva del mandato, ya lo tenía claro GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, cit., pág. 596). Al hablar de un *solvens* que paga por mandato del deudor es tradicional advertir que el caso del pago de un representante del deudor *no* es un supuesto de pago de tercero: en esos casos, es como si el mismo deudor hubiese pagado. No es necesario advertir que, para que se pueda

Sin embargo, el comentario de este precepto por parte de nuestra doctrina no está muy desarrollado. La generalidad de nuestros autores se limita a señalar que este precepto viene a confirmar la interpretación *a contrario* que cabe hacer del artículo 1.159, de forma que ambos artículos vendrían a decir lo mismo, y se centran en el estudio de cuándo se subroga un tercero no interesado (23). Al realizar esa observación, se discute si la «ignorancia» a que se refiere el artículo 1.159 (que, entendiéndolo *a contrario*, significará «conocimiento») equivale a la «aprobación» del artículo 1.210.2.º o si existe una «zona gris» de actitudes del deudor que el Código no resuelve con claridad (los casos en que el deudor conoce el proyecto de pago, pero guarda silencio sobre el mismo) (24). En mi opinión, lo que el deudor tiene que aprobar para que el *solvens* se subrogue al amparo del artículo 1.210.2.º no es sólo el proyecto de pago sino, especialmente, el hecho concreto de que el *solvens* se va a subrogar. Es decir, que cuando un tercero paga por mandato del deudor, lo normal es que no se subrogue en el crédito pagado: ese tercero sólo se subrogará si el deudor le autorizó especialmente para ello (25).

Aparte de esas observaciones generales sobre que un tercero no interesado se subroga cuando paga con aprobación del deudor, poco más se ha dicho. Sólo HERNÁNDEZ MORENO ha investigado un poco más sobre el significado del artículo 1.210.2.º Este autor se centra en estudiar qué relación puede haber entre el precepto en cuestión y el contrato de mandato, y llega a la conclusión de que la aprobación a que alude el artículo 1.210.2.º es «una autorización atípica distinta del contrato de mandato y del negocio de apoderamiento» y la de que «podría decirse que sería una institución absolutamente ineficaz e

hablar de subrogación por pago en el artículo 1.210.2.º, es necesario que se trate de un mandato *sin* provisión de fondos.

(23) Véase, CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, III, 15.ª ed., Madrid, 1988, pág. 400, nota 1. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993, pág. 830. SANCHEZ REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 784, y *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, págs. 313-314. VATTIER FUENZALIDA, «Notas sobre la subrogación personal», en *RDP*, 1985, pág. 512, y «Pago por subrogación», en *NEJS*, XVIII, pág. 834. CAMPUZANO TOMÉ, «La intervención del tercero en una deuda ajena», en *AC*, 1989-III, pág. 3516. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sujetos del pago», en *BIMJ*, 1985, pág. 14. BONDÍA ROMÁN, «La subrogación en el crédito», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor doctor Lacruz*, II, pág. 1008. Para la doctrina más reciente, TUR FAUNDEZ, *El derecho...*, cit., págs. 35-36.

(24) Véase, por todos, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones. Obras completas*, III, Madrid, 1988, págs. 212-213, y LACRUZ y cols., *Elementos de Derecho Civil*, II, 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1994, pág. 233, frente a BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, pág. 33.

(25) Estas ideas, más desarrolladas, en DEL OLMO, *El pago...*, cit., págs. 132 y sigs. Son ideas que están especialmente claras en SANCHEZ REBULLIDA, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., págs. 785-786, y Díez-Picazo, *Fundamentos...*, II, cit., pág. 485.

injustificada de no ser porque la ley "crea" dicha posibilidad» (26). El camino que emprende está bien elegido ya que el artículo 1.210.2.º recoge el número segundo del artículo 1.117 del Proyecto de 1851, y ya GARCÍA GOYENA lo ponía en relación con el mandato (27). Pero el resultado que HERNÁNDEZ MORENO propone no me parece convincente.

El argumento fundamental que este autor emplea para afirmar la incompatibilidad entre mandato y el supuesto del artículo 1.210.2.º se basa en la necesidad de que el mandatario gestione el interés ajeno (28). El mandatario ha de gestionar el interés del deudor y ese interés del deudor consiste (parece que *necesariamente*) en ver extinguida la deuda, lo cual es justamente lo contrario de pagar con subrogación (29). Según este autor, «lo que no puede darse es que el mandatario reciba el encargo de pagar la deuda del mandante,

(26) Véase, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., pág. 212.

(27) Ese artículo 1.117.2.º del proyecto de 1851 era del siguiente tenor literal: «La subrogación tiene lugar por disposición de la ley á favor: 2.º Del tercero no interesado que pague, consinténdolo espresa ó tácitamente el deudor». El comentario que GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, cit., pág. 596) coloca a este precepto es el siguiente: «Este caso, omitido en el Código francés y demás modernos, envuelve *mandato espreso ó tácito* de parte del deudor; y debe presumirse que este por librarse de un acreedor más incómodo quiso que su favorecedor quedase subrogado en lugar de aquel; y que igual *fué* la intención del tercero que hizo el pago: se presume, en una palabra, un *pacto tácito* sobre la subrogación: vé el párrafo 2 del artículo 1.099» (las cursivas son mías). El artículo 1.099 del Proyecto, relativo a la legitimación para realizar el pago, dice en su segundo párrafo que: «Puede hacerse también (se refiere al pago) por un tercero, no interesado, que obre consinténdolo espresa ó tácitamente el deudor».

(28) Véase, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., pág. 207. Este autor aporta dos argumentos más que tampoco me parecen convincentes. Por un lado (en págs. 206-207), la idea de que si el artículo 1.210.2.º «se estuviera refiriendo al mandatario, configurando a éste como tal obligado, la norma legal no tendría por qué requerir para un pago de tal tenor el consentimiento (...) del deudor (...) ya que en tales circunstancias, este último habría conferido el encargo (aceptado) de pagar con subrogación y, consiguientemente, el mandatario estaría obligado a pagar de la misma manera, por lo que no tiene que aprobar el primero aquello a lo que se ha obligado el segundo». En realidad, hay muchos menos problemas si entendemos que esa «aprobación» se refiere a un mandato de «pagar», de forma que la primera sería lo que convierte al simple mandato de pago en un «mandato de pago con subrogación». Por otro lado, HERNÁNDEZ MORENO (en págs. 210-212) se pregunta si cabría imaginar un «mandato atípico» y también lo descarta diciendo que «nadie puede obligarse a autoprocursarse un beneficio», que el artículo 1.210.2.º habla de un «mero autorizado por el deudor y no de un obligado a cumplir» y que el mandato como fuente de legitimación tampoco es capaz de explicar la figura. Hay que advertir que si, efectivamente, el mandato da lugar a que el *solvens* pague en nombre del deudor, como representante directo suyo, estaremos ante una imposibilidad casi física de subrogación, ya que cuando paga un representante directo del deudor es como si ese mismo deudor hubiese pagado. Sobre diferencias entre pago de un tercero y pago de un representante, ideas muy claras en DI MAJO, *Le modalità...*, cit., págs. 528-529. NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pág. 196. BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., pág. 279.

(29) Cfr. HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., págs. 140-142, entre otras. En página 28 este autor dice: «el pago efectuado en interés del deudor es de todo punto contradictorio con la subrogación, en cuya obtención se centra el interés del que paga».

en exclusivo interés del primero, que es lo que inevitablemente **sucedería** si el mandatario pudiera obtener la subrogación» (30); también dice que «la ajenezidad del interés del mandatario viene impuesta, por lo tanto, por la naturaleza del negocio de mandato, que no faculta al pagador sino para pagar con efectos extintivos» (31).

Esta idea de que el **único** interés del deudor es ver extinguida la deuda y de que el interés del tercero que se subroga es un interés propio e incompatible con el interés del deudor no lleva a buenos resultados. Además, sólo es defendible con una concepción de la subrogación que implique que el tercero adquiere el crédito pagado por su importe nominal en cualquier caso y que haga prescindir a los terceros de los derechos personales que les corresponden, ideas ambas que llevan a desdibujar el contenido más propio de la subrogación (32).

En mi opinión, no hay ningún obstáculo insalvable en que el deudor tenga interés en cambiar de acreedor y que encauce ese interés a través de una subrogación. Es más, la subrogación *ex mutuo* del artículo 1.211 parece obedecer a ese mismo interés del deudor en cambiar de acreedor. Si el deudor se preocupa de buscar un prestamista que le anticipe las cantidades necesarias para pagar será porque le interesa el cambio de acreedor.

El deudor preferiría, lógicamente, ver extinguida su deuda (y, si es posible, con espíritu de liberalidad: miel sobre hojuelas), pero no hay ningún obstáculo dogmático que le impida encargar a un tercero que gestione su interés en cambiar de acreedor. El interés del deudor sobre el que se basa el mandato puede perfectamente consistir en acometer una operación distinta a un pago extintivo. No hay nada que se oponga a la idea de un mandato de pagar con subrogación, cuando el interés que el mandante quiere ver gestio-

(30) Véase, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., pág. 150.

(31) Véase, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., pág. 153. Hay que advertir que este autor no parece estar diciendo que un mandato de pago, por sí mismo, sólo implica un encargo de pagar y extinguir y no un «mandato de pago con subrogación» (esta idea es perfectamente asumible). Lo que está diciendo es que es *imposible* que el deudor dé un mandato de pago con subrogación, pues «en ese caso el mandante **estaría** legitimando al mandatario para pagar en el **único** y exclusivo interés de éste y, por tanto, para intervenir en el pago de deuda ajena de una manera heteroeficaz adquiriendo el crédito del acreedor a quien paga; le estaría recomendando, en suma, que adquiriera el crédito a cambio de un pago, lo que no creemos que en absoluto pueda distinguirse (...) de una cesión de crédito» (véase la pág. 151 de la obra citada). Sin embargo, sí parece posible encontrar una diferencia: si el deudor recomienda a un tercero que adquiriera un crédito por cesión, este tercero tendría que convencer al acreedor de que se lo vendiese; por el contrario, la figura del artículo 1.210.2.º opera al margen de la voluntad del acreedor.

(32) La idea de que en la subrogación el tercero adquiere siempre el crédito original por su importe nominal está muy extendida en nuestra doctrina. Sin embargo, en el resto de los ordenamientos de nuestro entorno, la idea contraria y más fundada (la de que el crédito original se adquiere por subrogación sólo en la medida del pago efectivo) es unánime.

nado es compatible con la idea de transmisión del crédito (por ejemplo, evitar la ejecución de una hipoteca con que amenazara el acreedor originario). Un deudor podría, incluso, encargar a un mandatario que hiciese las gestiones necesarias para *comprar* para el mandante el crédito del acreedor; pero para poder alcanzar el resultado apetecido, sería necesario que el mandatario lograra convencer al acreedor, «dueño» del crédito. La especialidad del artículo 1.210.2.º es la de facultar al deudor a promover una transmisión del crédito sin contar con la voluntad del acreedor.

Desde ese punto de vista, se puede encontrar una explicación de la figura del artículo 1.210.2.º: la transmisión del crédito por subrogación puede derivar de la voluntad del acreedor (que, como titular del mismo, podría consentir hasta una cesión) o de la voluntad del tercero interesado (art. 1.210.1.º y 3.º), cuyo interés justifica el desplazamiento del crédito al margen de la voluntad del acreedor. Un tercero sin interés no puede compeler al acreedor a otorgarle la subrogación, puesto que, en palabras de GARCÍA GOYENA, «tampoco puede permitir la ley que un tercero malicioso o vengativo tenga derecho para subrogarse en los privilegios, hipotecas y facultad del acreedor para el apremio personal: la ley fomenta los sentimientos generosos, no los ruines y rencorosos» (33). Si, por el contrario, es el deudor el que apoya la intención subrogatoria del tercero no interesado, el problema que señalan las palabras de GARCÍA GOYENA no se presentará: esa es la explicación del artículo 1.210.2.º (34).

En este orden de ideas, me parecen muy acertadas las palabras de LACRUZ, según el cual, el legislador «ante una contraposición de intereses así, ha tratado de equilibrarlos exigiendo un *plus* a la posible voluntad del tercero que paga para suceder en la deuda: sea la voluntad del acreedor a quien va a sustituir (...), sea la del deudor, sea un cualificado interés en el cumplimiento de la obligación» (35).

2.2. LA SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1.211. LA JUSTIFICACIÓN DE SUS REQUISITOS FORMALES

El origen histórico de la subrogación *ex mutuo* que recoge nuestro artículo 1.211 es bien conocido en la doctrina. En 1575, un Edicto de Carlos IX

(33) Véase, García Goyena, *Concordancias...*, cit., pág. 590.

(34) Una idea parecida a ésta la podemos encontrar en DEMOLOMBE (*Cours...*, XXVII, cit., pág. 301), pese a que el Código francés no recogió el supuesto de nuestro artículo 1.210.2.º, cuando explica que el tercero no interesado no puede compeler al acreedor a una subrogación convencional debido a que ese acreedor es el titular del crédito y el *solvens* es un extraño. Añade este autor, citando a RENUSSON cuyas enseñanzas sí recogían un supuesto similar a nuestro 1.210.2.º, que para vencer esa resistencia del acreedor sería necesario el consentimiento del deudor.

(35) Véase, LACRUZ y cols., *Elementos...*, II, 1.º, cit., pág. 233.

de Francia había elevado el tipo de interés para lo que hoy sería un préstamo hasta alcanzar el 8,33 por 100 (*denier douce*) (36). En 1601, el crédito se había estabilizado a resultas de un período de paz, por lo que un Edicto de Enrique IV bajó el tipo aplicable hasta el 6,25 por 100 (*denier seize*). A raíz de aquello, los deudores de rentas nacidas bajo el Edicto de 1575 estaban interesados en acogerse a las nuevas condiciones, más ventajosas para ellos. Les convenía tomar dinero prestado al 6,25 por 100 para extinguir sus deudas que devengaban el 8,33 por 100. Pero los «prestamistas» no estaban dispuestos a entrar en semejante operación, excepto si tenían asegurada la deuda. Se acude por ello, según los distintos territorios de Francia, bien a la vieja figura del derecho romano similar a la actual subrogación *ex mutuo*, bien a la figura de la subrogación consentida por el acreedor, conservada en el derecho consuetudinario.

En aquellos territorios en los que sólo podían acogerse a la subrogación consentida por el acreedor, los deudores de rentas al 8,33 por 100 se encontraron con el problema de que eran esos acreedores, precisamente, los que se oponían a liberarlos de sus dudas al viejo interés. En efecto, a los que gozaban de la posición acreedora en negocios que devengaban el 8,33 por 100 no les convenía dejar extinguir sus créditos porque sabían que después del Edicto de 1601, sólo iban a poder pactar el 6,25 por 100.

Para hacer frente a este problema, Enrique IV da en 1609 el célebre Edicto por el que los prestamistas que presten su dinero a deudores de rentas constituidas al 8,33 por 100, al efecto de extinguirlas, se pueden subrogar en los derechos del antiguo acreedor, «sans autre cession ni transport» (37). Esta disposición es completada, en cuanto a requisitos de forma, por un *Arrêt de Règlement* del Parlamento de París de 1690, en el que ya aparece la necesidad de documentar la operación con una doble intervención de un notario (en el préstamo y en el pago), igual a la que exige el artículo 1.250.2.º del Código de Napoleón (38).

(36) BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pág. 347, advierten que el préstamo con interés estaba prohibido en aquella época. Según SANCHEZ REBULLIDA, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., pág. 788, la figura equivaldría al actual censo consignativo. Señala que en aquella época todavía estaba mal visto el prestar dinero con intereses y esa figura era la que se empleaba para desempeñar las funciones que hoy cumple el préstamo con interés. Hay exhaustiva información histórica en LUCAS FERNÁNDEZ, «La subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *ADC*, 1994-IV, págs. 23-29.

(37) DEMOLOMBE recoge el texto de ese Edicto en *Cours...*, XXVII, cit., pág. 388. Más accesible en LUCAS FERNÁNDEZ, en *ADC*, 1994-IV, págs. 23-25, nota 1.

(38) El Proyecto de GARCÍA GOYENA recogía unos requisitos formales para la subrogación *ex mutuo* similares a los exigidos por el Code. Después de que el artículo 1.119 estableciese la posibilidad de subrogación para el que prestase su dinero al deudor a los efectos de pagar su deuda, el artículo 1.120 decía: «Para que la subrogación surta efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, se requiere además:

1.º Que el préstamo y pago consten de escritura pública.

Lo que interesa destacar ahora de esta figura que en Derecho francés se denomina *subrogación convencional por voluntad del deudor* es justamente la idea de que para obtenerla es necesario que concurren determinados requisitos formales. La exigencia de estos requisitos formales se justifica con el argumento de que son necesarios para evitar posibilidades de fraude (39). Las posibilidades de fraude contra las que se advierte son, básicamente, de dos tipos.

- a) El primer tipo de fraude, contra el que ya RENUSSEON había advertido, consiste en la posibilidad de que los derechos del prestamista sean defraudados. Ese prestamista corría peligro si préstamo y pago no se hacían en el mismo momento: si el prestamista entregaba el dinero al deudor (bajo condición de obtener subrogación) en un momento anterior al pago, la garantía que ese prestamista esperaba obtener de la tal subrogación para su crédito dependía de que el deudor efectivamente llegara a pagar la deuda y, además, de que no lo hiciera de manera meramente extintiva sino que lo hiciera con subrogación (40). El mismo DEMOLOMBE desaconseja semejante operación por insegura (41).

Sobre estas posibilidades de fraude a los intereses del prestamista, es habitual en la doctrina reconocer que el préstamo y el pago se puedan hacer en el mismo acto y recomendar que sea el prestamista el que, por mandato del deudor, haga personalmente ese pago (42). Estas mismas ideas parecen haber sido acogidas por nuestro legislador de 1994 cuando, en el artículo 2 de la Ley 2/94, de 30 de marzo, establece que el pago sea realizado por la entidad subrogada (43).

2.º Que en la escritura de préstamo conste haberse tomado este para hacerse el pago, y en la de pago, que este se ha hecho con el dinero tomado á préstamo».

(39) Véase, DURANTON, *Cours...*, VII, cit., pág. 76. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pág. 649. LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., pág. 62, y COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., pág. 351. Para Italia, GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., pág. 212. BORSARI, *Commentario...*, III, 2.º, cit., pág. 666. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, 5.ª ed., Florencia, 1925, pág. 554. MERLO, *La surrogazione...*, cit., pág. 321. MAGINI, *La surrogazione...*, cit., pág. 189, y CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pág. 60. En Portugal, por todos, ALVES MOREIRA, *institugoes...*, II, cit., pág. 218.

(40) Véase, RENUSSEON, *Trattato...*, cit., págs. 152-153 (Cap. XI, núm. 2). Entre todos los exégetas del *Code* se siguen recogiendo discusiones sobre el plazo que debe mediar entre el préstamo y el pago.

(41) Véase, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pág. 308.

(42) Véase, por todos, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pág. 650. GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., pág. 209, y PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni...*, IV, cit., pág. 556. En nuestra doctrina, LUCAS FERNÁNDEZ, en *ADC*, 1994-IV, pág. 39.

(43) Para esto, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, pág. 119, nota 24, y RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA, «Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *AC*, 1994-4, pág. 794.

- b) Además del problema de fraude a las expectativas del prestamista, problema que no parece grave dejar encomendado al cuidado del propio prestamista, surgía el problema de fraude a los acreedores intermedios e, incluso, a los intereses de terceros garantes.

Ya TOULLIER señala que el problema de la subrogación *ex mutuo* está en hacer pasar al nuevo acreedor subrogado (el prestamista) por delante de los acreedores intermedios (44). Tratando el caso de que hubiese varios acreedores hipotecarios, dice que los acreedores siguientes al pagado tenían la esperanza de estar por delante de cualquier acreedor que apareciera con posterioridad. ¿Puede el deudor —dice TOULLIER— frustrar esa esperanza, «invirtiendo el orden natural», dando preferencia al nuevo acreedor?

Un poco más adelante, ese mismo autor dice que los requisitos formales del artículo 1.250.2 del Código francés se exigen no sólo para asegurar la fecha de la operación, sino también para comprobar que el destino previsto para la cantidad prestada (hacer el pago de determinada deuda) y el efectivo cumplimiento de ese destino se hacen cuando todavía está intacto el crédito del acreedor originario y para evitar un fraude en perjuicio de los acreedores intermedios (45).

También DEMOLOMBE maneja esas ideas, aunque las desarrolla con mayor profundidad (46). Dice este autor que los requisitos formales tratan de evitar que, a través de postdatar y antedatar operaciones, se haga revivir un crédito ya extinguido en perjuicio de otros acreedores del mismo deudor. Pone el ejemplo de un inmueble gravado con dos hipotecas a favor de dos acreedores distintos. En el momento del pago puro y simple al primer acreedor, el segundo pasa a ocupar el puesto preferente. Si luego el deudor necesita pedir más dinero a préstamo y el prestamista sólo está dispuesto a darlo si le ofrece como garantía una primera hipoteca, el deudor podría hacer un documento de préstamo con fecha anterior al pago que se hizo al primer acreedor, colocando así al prestamista en la posición (ya inexistente, en realidad) del primer acreedor hipotecario. Con este simple juego de fechas se podría hacer revivir el crédito extinguido del primer acreedor en perjuicio de los acreedores siguientes. El campo de posibilidades de fraude contra las que hay que prevenirse queda completo con la observación de que, en otros casos, el deudor puede convencer al acreedor pagado de que le dé un nuevo recibo de fecha posterior al préstamo. En estos dos ejemplos se deja sentir la necesidad de que, tanto el préstamo como el pago, tengan fecha cierta.

(44) Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., pág. 132.

(45) Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., págs. 164 y 210.

(46) Véase, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., págs. 353-356. Ideas igualmente profundizadas por LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., págs. 62-64, y COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., págs. 354-356.

Esta misma justificación de los requisitos formales que se exigen para la subrogación *ex mutuo* se encuentran en los comentarios que hace GARCÍA GOYENA a los artículos 1.119 y 1.120 del Proyecto de 1851, antecedentes del actual artículo 1.211 (47). En la actualidad, Díez-Picazo también recoge estas ideas, de alguna manera, cuando afirma que al deudor «no se le permite alterar unilateralmente la persona de su acreedor, más que con la concurrencia estricta de las condiciones establecidas por el artículo 1.211. Esta idea es importante en el caso de que existan acreedores intermedios, pues sólo frente a éstos la regla tiene verdadera transcendencia» (48).

En cambio, Ruiz-Rico Ruiz cree que la *vatio* de la exigencia de los requisitos formales del artículo 1.211 no está en la necesidad de evitar fraudes (49). Este autor cree, contra toda la tradición histórica, que se trata de requisitos formales no sustanciales y, además, que vienen justificados por la necesidad de que conste claramente el *iter* de la operación subrogatoria (realización de préstamo para el pago, entrega del dinero al deudor y pago con un recibo especial). Sin embargo, como veremos luego, su explicación sobre el motivo de que sea necesario que ese *iter* quede especialmente claro no resulta muy convincente. En cualquier caso, hay que destacar —como hace el mismo Ruiz-Rico— que el legislador español de 1994 ha entendido las cosas a la manera tradicional, exigiendo escritura pública (art. 2.º de la Ley 2/94, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

(47) Véase, GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., pág. 598. Esos comentarios de GARCÍA GOYENA dicen así: «La subrogación es favorable al deudor, que por este medio puede encontrar un acreedor menos riguroso; justo es, pues, reconocerle la facultad de encontrarlo. Pero al mismo tiempo era preciso prevenir los abusos que de esta facultad pudieran hacerse en perjuicio de terceros que tuvieran privilegios o hipotecas posteriores; y éste es el objeto de los requisitos que se exigen por el artículo 1.120. Podría un deudor después de haber pagado con su propio dinero suponer que lo había hecho con dinero tomado de otro para ese objeto, y hacer la subrogación para defraudar a los acreedores posteriores: los requisitos de haber de constar el préstamo y el pago en escritura pública y de expresarse en ambos casos lo que previene el artículo, bastan para tranquilizar y poner a cubierto el derecho de los acreedores posteriores; así no podrán éstos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, pues sin el pago la habría tenido el mismo acreedor».

(48) Véase, Díez-Picazo, *Fundamentos...*, II, cit., pág. 831. La idea estaba ya en Manresa, *Comentarios al Código Civil español*, VIII, 1.º, Madrid, 1967, pág. 925. En sentido similar y con más claridad, Vattier Fuenzalida, en AC, 1994-3, pág. 604, y Lucas Fernández, en ADC, 1994-IV, pág. 38. Este último autor (págs. 32-33) recoge con exhaustividad distintos casos posibles de fraude. Sancho Rebullida (*Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., pág. 789), en el mismo orden de ideas da un paso más al afirmar que el artículo 1.211 beneficia exclusivamente al prestamista, que pasa por delante de los acreedores intermedios sin que haya una justificación clara para ello.

(49) Véase, Ruiz-Rico Ruiz, en RJN, 1994-9.º, págs. 126-134. También, Ruiz-Rico Ruiz y Ureña, en AC, 1994-4, págs. 793 y 803.

3. LA COORDINACION ENTRE LOS DOS CASOS DE SUBROGACION CONSENTIDA POR EL DEUDOR

Además del problema de que el deudor disponga de un derecho que pertenece al acreedor, en nuestro ordenamiento se plantean problemas adicionales sobre la subrogación por voluntad del deudor. En concreto, se plantea el problema de coordinar los artículos 1.210.2.º y 1.211 (50). Ambos permiten al deudor operar un cambio en la titularidad activa del crédito y con los mismos efectos (adquisición del crédito pagado en garantía del derecho personal subyacente, derivado del mandato o del mutuo, que corresponde al tercero). Si el efecto es el mismo, ¿por qué el artículo 1.211 exige ciertas formalidades que no vienen exigidas por el artículo 1.210.2.º?

Cierto que el supuesto de hecho es *físicamente* distinto, dado que en el artículo 1.210.2.º es el tercero el que realiza el pago, mientras que en el artículo 1.211 es el mismo deudor el que paga aunque, eso sí, con dinero tomado en préstamo del tercero. Sin embargo, esa diferencia del supuesto de hecho no parece bastante para justificar la exigencia de unos requisitos formales tan estrictos como los que aparecen en el artículo 1.211, especialmente cuando tras esos supuestos de hecho parece subyacer la misma realidad económica consistente en que la deuda se satisfaga con cargo al patrimonio de un tercero no interesado que paga o presta (51).

Para tratar de solucionar el problema planteado, creo que es fundamental tener claros los siguientes extremos:

- a) La norma del artículo 1.210.2.º proviene de una tradición jurídica anterior a la codificación francesa y que ésta no recogió. Desde este punto de vista, se puede decir que es explicable que, en cierta medida, su lógica escape al modelo francés de subrogación al que responde fundamentalmente nuestro Código.

(50) Nuestra doctrina es consciente de la existencia del problema. Véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., pág. 199, nota 321. BONDÍA ROMÁN, «La subrogación...», *Estudios*, II, cit., págs. 1004 y 1009. RUIZ-RICO RUIZ, en *RJN*, 1994-9.º, pág. 116, entre otras. BADOSA COLL, *Dret...*, cit., pág. 237.

(51) RUIZ-RICO RUIZ (*RDN*, 1994-9.º, pág. 121) opina que las diferencias entre los distintos supuestos de hecho son decisivas. Sin llegar a tanto, en la doctrina portuguesa también se insiste en las diferencias entre los supuestos de hecho. Véase, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito civil*, V, Coimbra, 1931, págs. 43-45. GALVAO TELLES, *Direito das obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, 1989, págs. 276-277. ANTONES VARELA, *Das obrigacoes...*, II, cit., págs. 340-341. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigacoes*, 3.ª ed., Coimbra, 1979, págs. 566-567. RODRIGUES BASTOS, *Das obrigacoes em geral*, III, Viseu, 1972, págs. 163-168. MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigacoes*, 2.º, Lisboa, 1980, págs. 102-103. PIRES DE LIMA y ANTONES VARELA, *Código Civil anotado*, I, 3.ª ed., Coimbra, 1986, págs. 606-607. Conviene destacar que el actual Código portugués ha suavizado bastante los requisitos formales de la subrogación por préstamo.

- b) Los requisitos formales que se exigen para la subrogación por préstamo vienen justificados, tradicional y unánimemente, por la necesidad de evitar operaciones fraudulentas consistentes en hacer *revivir* créditos ya extinguidos por el pago, en perjuicio de acreedores intermedios y/o terceros garantes (52). Sin embargo, ahí tenemos sistemas como el argentino o el suizo que prescinden de formalidades especiales (53). Además, el Código portugués actual ha suavizado esos requisitos formales de la subrogación *ex mutuo* y se contenta con una simple declaración expresa en el documento (forma escrita) de préstamo (art. 591).
- c) La operación económica que subyace a las dos figuras de subrogación por voluntad del deudor que conoce nuestro derecho es la misma. En ambas se trata de que el deudor promueva un cambio en la titularidad del crédito a través de un pago realizado a expensas del patrimonio de un tercero. Desde este punto de vista, se puede decir que también un mandatario que, especialmente autorizado por el deudor, paga con sus propios fondos la deuda de su mandante está *prestando* a ese deudor (54). La opinión de que ambas operaciones sirven a los mis-

(52) RUIZ-RICO RUIZ (*RJN*, 1994-9.º, págs. 126-134), en una opinión aislada, mantiene que los requisitos del artículo 1.211 son requisitos de forma no sustancial. Sus argumentos se apoyan en que los demás tipos de subrogación no requieren formalidades especiales y que, de igual manera, podrían servir como instrumentos de fraude. Esta observación no me parece decisiva. La intervención del acreedor que da un recibo (en el que consta su voluntad favorable a una subrogación convencional, o en el que consta que le paga un tercero que, en el momento o más tarde, prueba haber estado incluido en el artículo 1.210.1.º ó 1.210.3.º cuando realizó el pago) hace estos casos distintos a los de subrogación promovida por voluntad del deudor. En estos casos de subrogación promovidos por el deudor, el tercero que se va a subrogar ha sido elegido por ese deudor y, además, en el momento mismo en que se plantea su interés en cambiar de acreedor. Por ello, las posibilidades de fraude parecen algo mayores en estos casos de subrogación promovidos por el deudor, aunque sólo sea desde el punto de vista de los menores *costes de transacción* entre deudor y subrogado y la no necesidad de participación del acreedor (que subroga o que permitió que el tercero se convirtiera, previamente, en fiador, por ejemplo).

(53) Este dato no debe exagerarse. Por un lado, es cierto que el artículo 770 del Código argentino *no* contiene requisitos formales similares a los que contiene, conforme a la tradición, nuestro artículo 1.211. Sin embargo, SALVAT (*Tratado...*, cit., pág. 555) dice que, a pesar de todo, los «principios generales» hacen que en esta subrogación *ex mutuo* haya que exigir determinados requisitos formales. Por otro lado, THARWAT (*Le paiement...*, cit., pág. 60) explica que el sistema hipotecario suizo es distinto del francés en el hecho de que un acreedor hipotecario no puede avanzar puestos ante otros acreedores hipotecarios y que, por ello, esa relativa desprotección de los acreedores intermedios derivada de la no exigencia de requisitos formales es menos grave.

(54) La similitud entre estas dos formas de subrogación era ya evidente para DEMO-LOMBE, cuando dice: «Le mandant, en effet, qui charge un mandataire d'avancer pour lui une somme d'argent, est, à cet égard, un véritable *emprunteur...*», (las cursivas son mías). Véase, DEMO-LOMBE, *Cours...*, XXX, cit., pág. 147.

mos fines está claramente establecida en la doctrina portuguesa y en la argentina (55). En la doctrina suiza —cuyo Código desconoce la modalidad de subrogación *ex mutuo*— se manejan, para comentar la subrogación por pago del mandatario, ideas similares a las que están presentes entre los exégetas del *Code* que comentan la subrogación por préstamo. En este sentido, es destacable el estudio de THARWAT, que comparte este planteamiento de que ambas figuras sirven a los mismos fines cuando compara el sistema suizo con el francés (56). Incluso MAGINI, incidentalmente, destaca que las normas de otros textos distintos al *Codice* que autorizan la subrogación del mandatario del deudor suponen un «allargamento» de la subrogación *ex mutuo* (57).

Una vez sentadas las premisas anteriores, se puede avanzar en dos frentes distintos para tratar de coordinar la subrogación por pago del mandatario del deudor que, especialmente autorizado por éste, paga la deuda con fondos propios y, de otro lado, la subrogación del prestamista que proporciona al deudor los fondos necesarios para pagar: se puede tratar de solucionar la cuestión trabajando sobre la consecuencia jurídica o trabajando sobre el supuesto de hecho.

1. La primera vía consiste en afirmar que los efectos jurídicos de cada uno de los dos preceptos no son los mismos. Desde ese punto de partida se podría intentar un argumento según el cual, si los requisitos formales del artículo 1.211 se exigen para prevenir fraudes a los derechos de terceros (otros acreedores del mismo deudor o garantes), la vía del artículo 1.210.2.º quedaría reservada para operaciones en las que tales terceros no existiesen o que, de existir, los efectos logrados a través del artículo 1.210.2.º no les serían oponibles. Así, la *única* forma de obtener una subrogación *plena* promovida por el deudor quedaría reducida a la prevista en el artículo 1.211. Por la vía del artículo 1.210.2.º, por el contrario, se obtendría una subrogación de efecto más limitado que no sería oponible a tercero (por no estar dotada de los requisitos de forma necesarios para ello): ni a los demás acreedores del mismo deudor ni a los terceros que hubiesen prestado garantía (se requeriría

(55) Véase, por todos, VAZ SERRA, *Sub-rogação...*, cit., págs. 24-25, y COLMO, *De las obligaciones en general*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1961, pág. 457.

(56) Véase, THARWAT, *Le paiement...*, cit., pág. 59, entre otras.

(57) Véase, MAGINI, *La surrogazione...*, cit., pág. 50. Que ambas operaciones son económicamente iguales también *podría* deducirse del hecho de que bajo el Código de Napoleón se admite, y aun se recomienda, que el deudor se sirva del prestamista como mandatario suyo para efectuar el pago. Véase, por ejemplo, DURANTON, *Cours...*, VII, cit., pág. 77. No hay que olvidar que, en este caso, a pesar de que físicamente se parece más al de nuestro artículo 1.210.2.º (el *mandatario* se subroga), se deben cumplir las formalidades prescritas para la subrogación *ex mutuo*.

su consentimiento para que la *subrogación* del mandatario, así entendida, les fuera oponible).

También por este primer camino de tratar de diferenciar los efectos jurídicos, se podría tratar de desarrollar las ideas del sector de nuestra doctrina que entiende que el artículo 1.210 contiene presunciones *inris tantum* de subrogación (58). Desde ese punto de vista, se diría que la subrogación del artículo 1.211 es una subrogación que se puede obtener incluso contra la voluntad del acreedor, mientras que la subrogación del artículo 1.210.2.º sería, en realidad, una presunción *iuris tantum* de subrogación convencional consentida por el acreedor. El principal inconveniente de esta vía consistiría en que también los números primero y tercero de ese artículo 1.210 parece que deberían quedar reducidos a simples presunciones *iuris tantum* de subrogación por voluntad del acreedor, lo cual, además de ir contra todos los antecedentes conocidos de la subrogación *moderna*, no parece deseable debido a la conveniencia de que esos terceros especialmente interesados (en sentido amplio) puedan esperar una subrogación sin necesidad de la voluntad favorable del acreedor (59).

Estas dos vías posibles abren el paso a caminos nuevos. La segunda creo que debe quedar descartada por sus negativas implicaciones respecto de los terceros interesados. La primera, que parece más sugestiva, también supondría la necesidad de argumentar que el número segundo del artículo 1.210 es distinto a los números primero y tercero y, por otro lado, reduciría ese artículo 1.210.2.º a un caso de novación (respecto de las garantías) o de acción contraria de mandato con régimen especial. En cualquier caso, resulta un poco artificiosa (60).

(58) Defienden la idea de que el artículo 1.210 contiene sólo presunciones de subrogación. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, II, cit., pág. 829. VALPUESTA FERNÁNDEZ y cols., *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1995, pág. 293. CAÑIZARES LASO, *El pago...*, cit., págs. 91-92 y 103-105, entre otros.

(59) Estas ideas, más en profundidad, en DEL OLMO, *Pago...*, cit., págs. 161 y sigs.

(60) Todavía desde el punto de vista de distinguir los efectos de cada una de las dos figuras de subrogación por voluntad del deudor, se puede encontrar otra vía para diferenciarlas partiendo de una observación de HERNÁNDEZ MORENO (*El pago...*, cit., pág. 152, texto y nota 236). Explica este autor que el artículo 1.210.2.º proviene del artículo 1.117.2.º del Proyecto de 1851 y que, en ese Proyecto (art. 1.602), el mandato era *esencialmente* gratuito. De ahí que se excluya toda posibilidad de que el mandatario pueda beneficiarse de su intervención, pues «la noción de gratuidad es incompatible de todo punto con un tipo u otro de interés en el mandatario pagador, siempre que dicho interés se entienda como un interés, no en cumplir la deuda ajena del mandante (a lo cual viene obligado) sino como un interés distinto a éste y propio y contradictorio con el interés del mandante mismo». Teniendo esto presente, la diferencia se podría poner en que en el artículo 1.210.2.º implica un mandato y, como para GARCÍA GOYENA el mandato era necesariamente gratuito, el tercero no podría obtener ninguna remuneración por su participación en la operación. El artículo 1.211, en cambio, serviría de cauce para operaciones en que la intervención del tercero/prestamista viene movida por el deseo de

RUIZ-RICO RUIZ ha sugerido otra idea que también supone distinguir las dos figuras de subrogación por voluntad del deudor atribuyéndoles efectos distintos. La idea consiste en decir que el artículo 1.211 permite hacer un cambio de acreedor al que se acompañen otros cambios en la obligación (tipo de interés, plazos de amortización, etc.), mientras que en el artículo 1.210.2.º hay un puro y simple cambio de acreedor (61). Este argumento no es muy convincente. Por un lado, RUIZ-RICO parece estar dando por supuesto, quizá movido por la reciente promulgación de la Ley 2/94, que en la subrogación *ex mutuo* estamos ante una obligación original también derivada de un préstamo, cosa que no tiene por qué ser así. Por otro lado, este autor concibe los efectos de la subrogación y las posibilidades de modificación que se abren a las partes de una forma un tanto exagerada (62).

En efecto, RUIZ-RICO RUIZ parece creer que deudor y prestamista, de común acuerdo, pueden modificar el régimen de la obligación original de la forma que deseen. En mi opinión, el deudor y el subrogado pueden configurar a su gusto el derecho personal subyacente del tercero (mutuo o mandato o lo que sea, pero sólo con efectos *inter partes*), pero las posibilidades de que alteren el régimen de la obligación original no son tantas, pues en ello se estarán jugando los intereses de otros acreedores del deudor y de los terceros garantes que no tienen participación en la operación.

2. El camino alternativo para tratar de coordinar los artículos 1.210.2.º y 1.211 consiste en trabajar sobre el supuesto de hecho. Desde este punto de partida, se puede destacar una idea que, incluso, parece contar con el apoyo de nuestro legislador de 1994. Esta idea consiste en afirmar que el supuesto de hecho del artículo 1.210.2.º presupone una obligación vencida y exigible, mientras que el artículo 1.211 será aplicable, además, a obligaciones en las que estuviera previsto un plazo no vencido. La especialidad del

obtener una ganancia, perfectamente compatible, ahora sí, con el contrato de préstamo sobre el que se apoya. Esta idea, sin embargo, tampoco parece servir de mucho. Por un lado está la cuestión de que en la actualidad el mandato es sólo *naturalmente* gratuito (art. 1.711). Por otro lado, y ahí radica el inconveniente principal, la idea de que el mandato sea gratuito no supone negar que el patrimonio del mandatario deba quedar indemne después de realizada la gestión.

(61) Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, pág. 116.

(62) Dice este autor que en la subrogación por préstamo «es lícito cambiar tanto el tipo de interés, remuneratorio o moratorio, simple o compuesto, como los plazos de amortización, la cuantía de cada plazo, el momento de vencimiento de cada plazo, la forma de pago de los mismos, las garantías, las causas posibles de resolución o de vencimiento anticipado, etc.». Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, págs. 168-169. Cfr., también, págs. 113, nota 13 y 116. Más información en RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA, en *AC*, 1994-4, pág. 804, y LUCAS FERNÁNDEZ, en *ADC*, 1994-IV, págs. 70-71. En contra, GARCÍA MÁZ, «Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, 1994, pág. 1954. Véase también, CAÑIZARES LASO, *El pago...*, cit., págs. 132-133.

artículo 1.211 radicaría, desde este punto de vista, en el hecho de que el deudor y el prestamista sean capaces de superar el beneficio del plazo establecido también (art. 1.127) en interés del acreedor. La vía del artículo 1.211 permitiría, de esta manera, los pagos anticipados sin contar con la voluntad del acreedor (63).

Así lo ha entendido el legislador en el artículo 1.º-2.º de la Ley 2/94, que establece que la subrogación también es posible en contratos de préstamo hipotecario en los que no constase la posibilidad de amortización anticipada. En ese artículo 1.º-2.º se está dando una solución radicalmente contraria a la que derivaría de la aplicación del artículo 1.127 del Código (64). Si fuese necesario esperar al vencimiento de la obligación, la operación perdería su interés porque quedaría condicionada a la voluntad del acreedor (65). Si recordamos, por otro lado, que al artículo 1.211 del Código Civil es el apoyo que el legislador utilizó para esa Ley 2/94, podremos afirmar que el propio legislador ha entendido que la vía del artículo 1.211 permite superar el beneficio del plazo previsto en interés del acreedor o en interés conjunto de acreedor y deudor (66).

Esta idea podría apoyarse, además, aludiendo a los orígenes históricos de la subrogación *ex mutuo*. Como vimos, en la Francia del siglo XVII, en la que nace esta figura, se trataba, precisamente, de obtener un cambio en la titularidad de un crédito *productivo* cuando el acreedor todavía tenía la posibilidad de seguir disfrutando del mismo durante un período de tiempo mayor.

Sin embargo, estas ideas plantean sus propios problemas. Puede ser más o menos justificable —incluso, desde un juicio de constitucionalidad (art. 33 de la Constitución)— que el legislador de 1994 disponga que el deudor y el tercero puedan, de mutuo acuerdo, privar al acreedor del beneficio del plazo, como medida *coyuntural* de política económica; pero es mucho más discutible que se pueda entender que el artículo 1.211 permite superar, en forma general y abstracta, cualquier beneficio de plazo y en cualquier tipo de crédito, cuando el plazo es lo decisivo del derecho del acreedor en muchas ocasiones. Además, conviene destacar que esta subrogación por préstamo se origina históricamente para casos en los que el crédito del acreedor inicial era, probablemente, *redimi-*

(63) Esta idea la defienden en la actualidad VATTIER FUENZALIDA, en AC, 1994-3, y CANIZARES LASO, *El pago...*, cit., págs. 117-118.

(64) Así, MARTÍNEZ-PINEIRO CARAMÉS, «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en RJN, 1994-9.º, pág. 79.

(65) Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en RJN, 1994-9.º, págs. 166-167. Por su parte, GARCÍA MÁS, en RCDI, 1994, pág. 1953, señala también que el interés social y la necesidad de soslayar ciertas cláusulas abusivas justifican la posibilidad de superar el beneficio del plazo prevista en la Ley 2/94.

(66) RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA (AC, 1994-4, págs. 806-807) predicen que en los nuevos préstamos hipotecarios se hará constar claramente que el plazo beneficia al acreedor para tratar de escapar a estas normas.

ble a voluntad (67). No se presentaba, pues, el problema de superar un beneficio de plazo. Cuando esta modalidad de subrogación se incorpora al *Code*, en el que —recordémoslo— no se recogió una figura similar a la de nuestro artículo 1.210.2.º, los intérpretes están de acuerdo en que el pago realizado con los fondos prestados ha de cumplir, como siempre, los requisitos de regularidad del pago (entre ellos, el relativo al plazo) (68): una de las grandes bases de la subrogación, que se origina en un pago de tercero, es el no perjuicio para nadie; en este caso y especialmente, no perjuicio para el acreedor, cosa que se obtiene con la exigencia de que el pago del tercero cumpla —como siempre— los requisitos de regularidad del pago.

También en la vía de estudiar las diferencias entre los supuestos de hecho de los artículos 1.210.2.º y 1.211, RUIZ-RICO RUIZ opina que las dos figuras de subrogación promovidas por el deudor que estamos estudiando se diferencian en que el artículo 1.211 requiere *necesariamente* que el pago haya sido realizado por el deudor, mientras que el artículo 1.210.2.º es el cauce para pagos realizados personalmente por el tercero. Para este autor, el motivo que hace que ese dato sea fundamental parece estar en las siguientes consideraciones: cuando paga un deudor lo normal es que la deuda se extinga, por lo que, si del pago del deudor se espera lograr una subrogación (*ex mutuo*), es necesario que esa intención conste claramente; de ahí, las exigencias formales de ese artículo 1.211. Por el contrario, cuando paga un tercero, si bien también se puede producir la extinción de la obligación (art. 1.158), «sería más probable imaginar una intención suya de preservar el crédito para subrogarse en él» (69).

En realidad, distinguir de esa manera las operaciones reguladas en los artículos 1.210.2.º y 1.211 no supone más que insistir en las diferencias *físicas* entre sus supuestos de hecho. Además, el planteamiento se tambalea cuando el mismo RUIZ-RICO admite que el deudor, en el artículo 1.211, se sirva de mandatario para pagar y admite, incluso, que ese mandatario sea el mismo prestamista (70).

(67) Véase, LUCAS FERNÁNDEZ, en *ADC*, 1994-IV, pág. 26, nota 23.

(68) Véase, entre otros muchos, LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., pág. 82 (y el tomo XVII, pág. 473). DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., págs. 360 y 378-380. GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., pág. 152. VON TUHR, *Tratado...*, II, cit., pág. 25, nota 5, y THARWAT, *Le paiement...*, cit., pág. 57.

(69) Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, pág. 121.

(70) Véase, RUIZ-RICO RUIZ, en *RDN*, 1994-9.º, pág. 121, nota 25. Por otro lado, habría que aclarar otra idea que también ronda por aquí. RUIZ-RICO tiene razón en que la voluntad del deudor ha de constar claramente respecto del concreto efecto subrogatorio que se va a desencadenar. Esa voluntad ha de quedar clara en la subrogación del artículo 1.210.2.º, ya que la voluntad favorable al pago del deudor no implica el deseo de que el *solvens* se subrogue, excepto cuando se haga constar expresamente. Esto ya lo había visto así RENUSSON, *Trattato...*, cit., pág. 132, (núm. 4, Cap. X), entre otras. Esa necesidad de claridad en la voluntad del deudor también se puede predicar de la subrogación *ex mutuo*. Lo que ocurre es que en esta última figura los requisitos formales

En esta vía de estudiar el supuesto de hecho de los artículos 1.210.2.º y 1.211, encontramos ideas nuevas en la doctrina portuguesa (71). Partiendo de que la realidad económica subyacente a ambas figuras de subrogación es la misma, se construye el siguiente argumento: si los requisitos formales de la subrogación *ex mutuo* se justifican por la necesidad de proteger los intereses de los terceros frente al fraude, habrá que extenderlos a los supuestos de subrogación por pago de tercero especialmente autorizado por el deudor, ya que en esos casos también existe el riesgo de fraude de los derechos de esos terceros (acreedores posteriores al pagado) a través de la artimaña de hacer revivir un crédito ya extinguido (72).

Pese a todo, creo que la cuestión no está decidida. Desde un punto de vista dogmático o sistemático parece clara la necesidad de que los artículos 1.210.2.º y 1.211 queden convenientemente coordinados. Ante este problema, y teniendo en cuenta todas las posibilidades apuntadas, me inclinaría, más bien, por tratar de extender los requisitos formales del artículo 1.211 a los casos del artículo 1.210.2.º, a la manera en que lo hacían ALVÉS MOREIRA y VAZ SERRA: la operación económica que subyace en ambas figuras es igual y los problemas de fraude también son idénticos.

Sin embargo, con criterios de *lege ferenda*, el problema que plantea la coordinación de esta figura, al que estamos queriendo dar solución, creo que queda un tanto desdibujado si tenemos en cuenta que hay sistemas que prescinden de requisitos formales para otorgar la subrogación promovida por el deudor (el argentino y el suizo) y que el Código portugués vigente ha suavizado los requisitos formales de la subrogación por préstamo (73).

despejan toda sombra de duda sobre el efecto querido. También lo ve de esta manera DEMOLOWBE, *Cours...*, XXVII, cit., pág. 361. Si un deudor cumple los requisitos del artículo 1.211 no va a ser por casualidad o por descuido sino porque pretende la subrogación del prestamista. Recordemos que una de las funciones que cumplen los requisitos formales es, entre otras, evitar decisiones poco meditadas. Para esta idea, Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, págs. 249-250.

(71) Véase, ALVES MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., págs. 216-219, y VAZ SERRA, *Sub-rogação...*, cit., págs. 8, 24 y sigs.

(72) Estas propuestas de VAZ SERRA fueron acogidas en el Código actual sólo en parte. En el Código portugués vigente los textos fundamentales son los artículos 590 y 591. Este último recoge la subrogación *ex mutuo* y sólo exige, como requisito formal, la necesidad de que conste en el documento (forma escrita) de préstamo el destino que se quiere dar a los fondos recibidos y la voluntad *subrogatoria* expresa. Con esta suavización relativa de requisitos formales se quiso dotar de mayor agilidad a la figura. Así, por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pág. 341, nota 1. Por su lado, el artículo 590 recoge una subrogación por pago autorizado por el deudor (similar a nuestro art. 1.210.2.º) y, como novedad, exige que la voluntad del deudor sea expresamente manifestada. Para esto, VAZ SERRA, *Sub-rogação...*, cit., pág. 32.

(73) Por otro lado, se puede argumentar diciendo que el artículo 1.526 es perfectamente aplicable a la subrogación, debido a que esta operación también implica una transmisión del crédito pagado (aunque no sea una cesión *plena* sino sólo una cesión *en*

4. CONCLUSIONES

1. La subrogación por pago de tercero autorizado por el deudor para subrogarse (art. 1.210.2.º) es una figura que proviene del Derecho anterior a la codificación y que supone que el *solvens* adquiere el crédito pagado en garantía del derecho personal subyacente derivado de la relación de mandato que le une con el deudor.

2. Las exigencias formales del artículo 1.211 se justifican por la necesidad de prevenir operaciones en fraude de los derechos de otros acreedores del mismo deudor.

3. Por otro lado, la operación *económica* que subyace en estas operaciones es la misma, tanto en la subrogación *ex mutuo*, como en la subrogación del artículo 1.210.2.º, ya que un mandatario que paga de sus propios fondos también está, en cierta manera, *prestando*. Por ello, teniendo en cuenta que las posibilidades de fraude son también iguales en ambas figuras, creo que debe extenderse al supuesto del artículo 1.210.2.º la exigencia de los mismos requisitos formales del artículo 1.211.

PEDRO DEL OLMO GARCÍA
Universidad Carlos III de Madrid

garantía). Si esto es así, las posibilidades de fraude para terceros a través del artículo 1.210.2.º no son tantas como para escandalizarse. Para esto, las mejores ideas están en BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., pág. 359. En contra, defendiendo los efectos *erga omnes* de la subrogación desde el momento del pago, MAGINI, *La surrogazione...*, cit., pág. 230. Para el significado del artículo 1.526, PANTALEÓN PRIETO, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, pág. 1024.