

Efectos de la acción subrogatoria

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA MATERIA.—2. EFECTOS CON RELACION AL ACREEDOR.—3. EFECTOS CON RELACION AL DEUDOR.—4. EFECTOS CON RELACION AL TERCERO.

1. PLANTEAMIENTO DE LA MATERIA

Se ha escrito con exactitud por parte de NICOLÓ que la atribución al acreedor de la potestad de ejercitar los derechos del deudor en relación a terceros tiene una finalidad exclusivamente conservativa, en cuanto el resultado jurídico de dicha actividad subrogatoria del acreedor se sustancia en la conservación y en la defensa de un bien del deudor o en la consecución de un bien debido al mismo, o sea, «en un efecto que se opera inmediata y exclusivamente en el patrimonio del deudor» (1).

De eso se trata. El acreedor que acude al remedio subrogatorio busca ciertamente la mejor y más segura satisfacción de su derecho, pero no lo hace de manera directa e inmediata, sino en forma indirecta («oblicua» se suele llamar en la doctrina tradicional a la acción subrogatoria) y mediata, procurando que ingresen en el patrimonio del deudor o no salgan de él aquellos bienes que por su inercia corren peligro de no incorporarse o de excluirse del acervo patrimonial del obligado.

El acreedor que sustituye al deudor en el ejercicio de aquellos derechos y acciones de «contenido patrimonial» (según reza la fórmula legal del artículo 2.900 del *Codice civile*) que su titular omite hacer valer, ni es un desinteresado defensor de intereses ajenos (a veces se ha querido ver en él equivocadamente un gestor de negocios), ni siente por su deudor una especial dedicación o entrega, ni actúa en línea de principio, ni atiende a planteamientos relativos a la recta ordenación de las cosas, sino que es un

(1) NICOLÓ, «Surrogatoria-revocatoria», en *Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1953, pág. 167.

sujeto jurídico interesado, comprometido, temeroso y egoísta (el «sistema del egoísmo disciplinado» que para siempre definiera Ihering al prototipo de todos los ordenamientos jurídicos, el romano) que busca reforzar la posición patrimonial de su deudor, hacer más vigorosa su solvencia, incrementar sus recursos o impedir que los mismos disminuyan, al objeto de que, llegado el momento, su derecho vea aumentadas las posibilidades de realización.

Es por ello que cabe hablar de una función recuperatoria o de integración de la acción *subrogatoria*. Los acreedores buscan prevenir una posible insolvencia del deudor acometiendo el ejercicio de todos los poderes jurídicos, excepto los personalísimos y los *in casu concreto* excluidos, que permaneciendo inactivos pueden provocar o ahondar dicho mal. Así, con las *matizaciones* que en su lugar se han formulado, se puede considerar que la acción *subrogatoria*, junto a la *revocatoria*, es un medio de conservación de la garantía del acreedor, en cuanto atiende de manera fundamental a tutelar la integridad patrimonial del deudor.

¿Resultará extraño, en consecuencia, que en la acción *subrogatoria* todo se oriente en la única dirección de incrementar las seguridades que el acervo patrimonial del obligado brinda a sus acreedores? ¿Podrá negarse que su actuación se sustancia en permitir que los bienes del deudor, esa responsabilidad patrimonial universal que consagra el artículo 1.911 del Código Civil, no sufran quebranto evitable en orden a la satisfacción de los créditos? Lo ha resumido de manera admirable MESSINEO al destacar que el resultado de la acción *subrogatoria* se refleja únicamente sobre el patrimonio del deudor, en el sentido de que, en virtud de ella, los beneficios consiguientes pasan desde luego al deudor mismo, aunque sea con el efecto mediato de que el acreedor encontrará una mayor abundancia de bienes en el momento en que pueda satisfacerse (2).

Al estudiar, pues, los efectos de la acción *subrogatoria* todo debe iluminarse bajo esa luz. Las variadas consecuencias jurídicas que quepa considerar a la hora de ponerse en movimiento el ciertamente insólito y extraordinario acontecimiento de que determinados derechos y acciones sean ejercitados por alguien que no es su titular, pero tampoco su representante ni *gestor rei alieni*, hay que observarlas bajo el prisma de que se trata de un recurso orientado a favorecer a quien no atiende debidamente sus intereses, pero en función de que semejante favorecimiento se decante *ex post facto* en beneficio del sujeto agraciado por la legitimación *subrogatoria*. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1911, el resultado de la acción *subrogatoria* «cede en beneficio del patrimonio del deudor».

(2) MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, pág. 149.

Pero ese resultado último, ese supremo efecto, esa consecuencia indeclinable y caracterizadora no puede oscurecer ni mucho menos excluir todo un rico y vivo tejido de efectos menores, de incidencias, de secuelas instrumentales que la puesta en marcha del mecanismo subrogatorio es susceptible de deparar, habida cuenta de que en su interior se mueven tres sujetos involuados: el acreedor que acciona *utendo iuribus*, el deudor que ve invadida su esfera jurídica mediante semejante actuación y el tercero, el *debitor debitoris*, que tiene que soportar el ejercicio de un derecho o una acción por parte de quien no es su titular ni por él está facultado.

Tres categorías de sujetos, tres vértices de un mismo triángulo que obligan a diferenciar respecto a cada uno de ellos los efectos jurídicos que provoca el ejercicio de la acción subrogatoria y a matizar con todo cuidado cuáles son las consecuencias jurídicamente relevantes que en relación a uno u otro deparará la actuación subrogada del acreedor. Veámoslas por separado.

2. EFECTOS CON RELACION AL ACREEDOR

Ya hemos visto en el capítulo anterior las condiciones relativas al acreedor y a su crédito en orden al ejercicio de la acción subrogatoria; por lo que nada debe añadirse en este lugar. Se trata de un recurso genéricamente abierto a los acreedores con gran amplitud y generosidad en razón del cometido que le concierne, por lo que no sirve, aunque sea en trance de ponderar los efectos que el mismo provoca en relación a quien lo actúa, introducir factores limitativos, de obstrucción o condicionantes a dicho ejercicio amplio, a la concesión abierta que la Ley plantea.

Bajo la peculiar concepción de que según sea el derecho o acción ejercitado por el acreedor ingresarán bienes en el patrimonio del deudor o bien serán hechas efectivas las deudas de manos del tercero, visión esta última que trastorna por completo el mecanismo subrogatorio y lo identifica con la acción directa en cuanto el acreedor actuaría *proprio nomine*, GULLÓN BALLESTEROS ha formulado una curiosa teoría.

En su opinión, si se ha ejercitado una acción que de manera inmediata no produce la satisfacción de la deuda, sino el ingreso de bienes, cualquier acreedor, privilegiado o no, puede hacerlo; en caso contrario, el acreedor privilegiado, derivado de su derecho preferente, tendrá la facultad de ejercitar la subrogatoria antes que aquéllos que no posean una preferencia como la suya. Habiendo intentado otro acreedor el artículo 1.111, el privilegiado podrá pedir al juez por los cauces procesales oportunos (tercerías de mejor derecho) que se le reconozca su derecho privilegiado al ejercicio y cobro. En este sentido sí que se puede afirmar que el artículo 1.111 no constituye privilegio a favor de los acreedores simples sobre los privilegiados. En caso de varios créditos

preferentes, la prioridad entre ellos habrá de determinarse por los artículos 1.921 y siguientes del Código Civil (3).

Cuando el punto de partida es errado, erradas deben ser las consecuencias. Si se admite que la acción subrogatoria en unos casos provoca el ingreso de bienes en el patrimonio del deudor y en otros el cobro directo del acreedor actuante, es inevitable concluir que en este segundo caso debe tener preferencia en el ejercicio el acreedor privilegiado, ya que si no se produciría el rechazable resultado de que por mor de la subrogatoria podrían cobrar antes los acreedores no privilegiados.

Cuando no es así, la acción subrogatoria está abierta al ejercicio indiscriminado por parte de cualquier deudor y el resultado de su ejercicio siempre es el mismo: únicamente tiene reflejo directo sobre el patrimonio del deudor. Dicho patrimonio ve incrementado su activo mediante la llegada de nuevos bienes o no sufre detracción a través de impedir que salgan indebidamente otros de él. Cualquier acreedor es libre de actuar en vía subrogatoria, pero debe saber que las secuelas patrimoniales inmediatas de su actuar no se producirán en su propio acervo sino en el del deudor.

Con precisión advierte MESSINEO que la subrogatoria no se debe concebir como un privilegio sólo a favor del acreedor preferente. Ni es en sí misma un privilegio, ni se concede preferentemente a los acreedores privilegiados, de manera que, como dice GULLÓN BALLESTEROS, éstos tengan la facultad de ejercitar la subrogatoria antes que los acreedores comunes, sino que opera con total libertad y está abierta a todo acreedor, privilegiado o no, que estime que la inacción del deudor respecto al ejercicio de sus derechos o acciones puede hacer peligrar la solvencia y, en consecuencia, poner en entredicho la plena satisfacción de su derecho en su momento.

Otra cosa es que integrados los bienes en el patrimonio del deudor por mor de la subrogatoria y llegado el momento del reclamo de los créditos que pesan sobre él, las preferencias credituales operen a plenitud, sin que el hecho de que un determinado bien haya sido recuperado en virtud de que cierto acreedor hizo valer la acción subrogatoria genere preferencia alguna a favor del mismo, pero ello nada tiene que ver ya con el recurso subrogatorio, pues emana de la propia naturaleza, causa y condición de cada crédito. Según escribe el propio MESSINEO, «en el momento de la ejecución forzada, todos los acreedores podrán concurrir sobre los bienes a la par, salvo las respectivas causas de prelación» (4).

Ello nos lleva de manera obligada a tener que estimar que el resultado de la acción subrogatoria beneficia a todos los acreedores, no sólo a aquéllos que

(3) GULLÓN BALLESTEROS, «La acción subrogatoria», en *Revista de Derecho Privado*, 1959, págs. 118-119.

(4) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 149.

acudieron a su ejercicio, sino también a los que no participaron en su actuación, porque en esta materia lo único que se contempla, no es el premio al acreedor diligente, sino la posibilidad de que el patrimonio del deudor pueda integrarse cumplidamente para que sea capaz (o esté en mejores condiciones) de satisfacer los derechos de crédito que pesan sobre él. «Quien acciona en subrogatoria —sentencia MESSINEO— beneficia virtualmente, no sólo a sí mismo, sino también a los demás acreedores».

El origen del equívoco se encuentra en GIORGI. Para el gran clásico italiano, si el acreedor tuvo el solo objeto de hacer entrar en el patrimonio del deudor el producto de la acción o derecho ejercitado, el beneficio se extenderá a los demás; mas si el acreedor tiende a recaudar el beneficio del derecho o de la acción, no puede ayudar a los restantes acreedores, sino cuando éstos se presenten y ejerciten sus acciones o cuando el deudor que intervino en el juicio se dirija contra el tercero y haga entrar en su patrimonio el resto del producto de la acción o del derecho, una vez pagado el acreedor promotor de la instancia (5).

Sobre el precedente de VALVERDE y DE BUEN, entre nosotros GULLÓN BALLESTEROS se lanza decididamente en esta dirección. Si el fin de la acción fue conservar la cosa, consiguiendo una garantía para el pago, aprovecha a todos los acreedores; si, por el contrario, se quiso conseguir el pago inmediato, apropiándose el producto o beneficio del derecho o acción, aprovecha sólo al que la ejercitó. En otro caso, habría que admitir que cuando un acreedor se satisface sobre los bienes de su deudor y otros acreedores por distintos motivos no lo han podido hacer, tendrían derecho a que el más diligente repartiese lo obtenido con ellos, ya que actúa sobre bienes que estaban afectos al derecho de garantía del artículo 1.911. Por lo que si el artículo 1.111 hace referencia a los «acreedores» no quiere decir, ni que quien tenga interés en usar del mismo tiene la obligación de contar con los demás, ni que el beneficio obtenido, debido a su diligencia y celo, tenga que compartirlo con los que no lo tuvieron o no quisieron ejercitar la acción subrogatoria (6).

La construcción es singular. Ahora ya no se trataría únicamente de que en el ejercicio de la acción subrogatoria con fines ejecutivos deben ser preferidos los acreedores privilegiados, sino de algo mucho más grave y temerario. Hecha valer la acción subrogatoria sobre los bienes que por su través ingresaron en el patrimonio del deudor, el acreedor actuante adquiriría privilegio en base a la única y exclusiva razón de haber sido diligente, de haberse molestado en ejercitar los derechos y acciones que el deudor mantenía inactivos.

(5) GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, II, Madrid, 1909, pág. 289.

(6) GULLÓN BALLESTEROS, *La acción subrogatoria*, *loc. cit.*, pág. 119.

Mas, ¿de dónde saldría semejante privilegio? «Privilegio es el derecho que concede la ley a un acreedor para que se le pague con preferencia a otros acreedores en consideración de la causa del crédito» (art. 1.866 del Código Civil vene). ¿Dónde concede la ley sustantiva tal preferencia? ¿Cómo puede existir un privilegio creditual sin contemplación legal? ¿En qué fue más diligente que los demás acreedores, en que él actuó con celo mientras los otros contemplaban impasibles la degradación patrimonial del deudor? Escuto e insuficiente apoyo, pues una apreciación de este tipo resulta absolutamente inadecuada (aparte de que la ley no la recoge *expressis verbis*) para justificar de manera suficiente la prelación para el cobro, habida cuenta de que nada tiene que con la «causa del crédito» en la que se sustancia toda preferencia creditual.

Ahora bien, si no hay privilegio, si la ley no premia con vistas al cobro al acreedor que decidió acudir a la vía subrogatoria, es obvio que tiene que operar en esta materia la *par conditio creditorum*: los acreedores tienen un derecho igual sobre los bienes del deudor si no hay causas legítimas de preferencia. Sin que quepa a estos efectos subdistinguir artificialmente entre bienes que ya estaban en el patrimonio del deudor y bienes que han entrado en el mismo por virtud del ejercicio subrogado de determinados derechos y acciones de dicho deudor, ya que ello es completamente intrascendente en relación al derecho de crédito del acreedor que actuó en subrogatoria. Ese derecho de crédito podrá o no ser privilegiado *ab initio*, pero si no lo es, el hecho de que su titular haya acudido al ejercicio de la acción subrogatoria no supone mutación alguna de su calidad ni le dota de preferencia respecto a los bienes fruto de aquélla; no existe privilegio alguno sobrevenido y, desde luego, en el largo listado de los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 del Código Civil respecto a créditos privilegiados no aparece el crédito de aquel acreedor que ha acudido a la acción subrogatoria, por lo que habrá que aplicar la prescripción negatoria de preferencia que establece el artículo 1.925 *eiusdem*.

Cuando GULLÓN BALLESTEROS afirma que «el principio general de la igualdad en la condición de todos los acreedores, mientras no exista un privilegio consagrado por la ley, no puede llevarnos a la consecuencia absurda del repartimiento» (7), no advierte que niega de entrada aquello que pretende (la existencia de un privilegio) y que no cabe calificar de absurda la pauta de que no existiendo excusa legal de preferencia, como en este caso no existe, todos los acreedores concurren en plano de igualdad con indiferencia de cuál sea el origen de los bienes del deudor o de qué participación hayan tenido para que algunos de ellos se encuentren presentes en el patrimonio del mismo el día del reclamo y ejecución de los créditos.

(7) *Ibid.*

Cierto que no puede llegarse al extremo estrambótico, cual pretendió ACOLLAS, de que el acreedor que acude a la subrogatoria esté en la obligación de hacer saber a los restantes acreedores el beneficio logrado a través del ejercicio de los derechos del deudor (8), pero de ahí a considerar que los bienes obtenidos mediante tal ejercicio quedan afectos preferentemente a la satisfacción del derecho del acreedor actuante media un buen trecho, ya que, amén de tratarse de un privilegio sin expresa contemplación legal (sic), estaríamos en presencia de una preferencia para el cobro incidente sobre unos bienes que no se sabían cuáles eran hasta que por virtud del ejercicio subrogado de las acciones y derechos del deudor inactivo fueron identificados e ingresaron en su patrimonio. Algo así como un privilegio expectante sobre bienes indeterminados o sujeto a concentración o especificación, que añadiría nuevas e insuperables dificultades a la materia.

CASTÁN, aunque estima que lo obtenido queda afecto no sólo al derecho de crédito del acreedor, sino a los que puedan ostentar otros acreedores (puesto que la ley no reconoce privilegio alguno en favor del que utiliza la facultad del art. 1.111), admite que el acreedor actuante, trabando embargo sobre los bienes de que se trate, puede ejecutarlos en su favor exclusivo (9). Con lo que ni quita ni pone nada en este punto, ya que ese es un derecho de todo acreedor que en nada se matiza ni refuerza por el hecho de que se trate de bienes habidos *ex actio subrogatoria*, ni por la circunstancia de quien trabe el embargo sobre los mismos haya sido el protagonista de este recurso jurídico; aparte de que también en este caso quedará a salvo todo lo legalmente previsto en materia de concurso y prelación de créditos.

Existe todavía una dificultad añadida para la admisión de la tesis que criticamos. Si sobre los bienes que por obra de la acción subrogatoria ingresan en el patrimonio del deudor el acreedor actuante tuviese o adquiriese privilegio para el cobro de su crédito, debería considerarse necesariamente que dicho acreedor, a la hora de ejercitar los derechos inactivos de su deudor, habría de limitarse a hacerlos valer hasta el límite tan sólo de lo que a él se le debe. Peregrina conclusión que produciría problemas insolubles en torno a dicho ejercicio, obligará a valoraciones y tasaciones sin cuento y generaría dificultades insuperables desde el momento en que el derecho del deudor hecho valer no fuera un crédito dinerario o no lo fuera el propio derecho del acreedor subrogante.

Claro que todavía el remedio puede ser peor que la enfermedad, si resulta, tal como hace CASTÁN, que aunque se admita que «el acreedor puede ejercitar las acciones de su deudor no sólo hasta el límite y cuantía de lo que a él se

(8) ACOLLAS, *Manuel de Droit civil*, II, París, 1874, pág. 811.

(9) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1992, págs. 321-322.

le debe, sino en su totalidad», se concluye que ello será «sin perjuicio de la obligación de devolver al deudor lo que sobre, una vez que se haya hecho pago del crédito y los daños y perjuicios» (10) porque entonces, a través de este camino torcido, se está reconociendo lo que más arriba se negaba: si el acreedor actuante sólo incorpora al patrimonio del deudor lo que reste una vez satisfecho su crédito, habrá que concluir que si eso no es privilegio para cobro preferente se le parece tanto que no habría forma de distinguirlos. Esto es, la actuación del acreedor en trámite subrogatorio no produciría a su favor privilegio alguno, tal como dice con razón el maestro CASTÁN, pero sin embargo le permitiría cobrar sobre los bienes habidos como acreedor preferente, al no soportar otra obligación que la de «devolver al deudor lo que sobre, una vez que se haya hecho pago del crédito». Se recibiría por la ventana a quien se acababa de desalojar por la puerta.

No parece, en consecuencia, que quepa otra solución razonable que no sea la de considerar que de la misma manera que el ejercicio de la subrogatoria está abierto tanto a los acreedores privilegiados como a los acreedores simples, el resultado de la misma aprovecha, en principio, por igual también a todos, porque los bienes obtenidos ingresan en el patrimonio del deudor y no se destinan a pagar de manera preferente al acreedor subrogante, por más que llegado el momento de la ejecución sobre dicho patrimonio hayan de tenerse en cuenta las correspondientes y originarias causas de preferencia. Como escribe con atino ATAR LÓPEZ, el ejercicio de la acción subrogatoria no otorga ningún privilegio especial al acreedor, sino que el bien que se haya podido conseguir pasa a formar parte del patrimonio del deudor y responderá de las deudas de éste, en igualdad de condiciones con los restantes bienes sobre los que no recaiga un privilegio especial (11). Criterio que tiene larga y asentada tradición en la civilística, ya que LAURENT aseveraba hace muchos años que el beneficio debía ser común a todos los acreedores, dado que el derecho ejercitado por un acreedor constituye la garantía de los demás, sin que deje de ser tal por haberse actuado sin otro concurso (12).

DISTASO y NICOLÓ han contemplado una hipotética excepción a la regla que comentamos. Si el objeto del derecho de crédito es un bien determinado (arrendatario que recupera del tercero, *utendo iuribus* del arrendador, la cosa que a él se le ha prometido en disfrute), una vez conseguida la posesión, el acreedor la puede legítimamente retener porque su derecho de crédito se realiza y la correlativa obligación del deudor se extingue por la consecución del objeto. Aparte de que en tal hipótesis la acción subrogatoria tendría di-

(10) *Ibid.*

(11) ATAR LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor*, Madrid, 1988, pág. 114.

(12) LAURENT, *Principes de Droit civil*, XVI, Bruselas, 1878, pág. 467.

rectamente una función ejecutiva, ¿cabría afirmar que la misma faculta al acreedor que la hace valer para quedarse con el bien obtenido mediante semejante ejercicio?

Difícilmente. La posibilidad de retención por parte del acreedor subrogante del bien obtenido mediante el ejercicio de acciones y derechos de su deudor no cabe referirla en ningún caso a los efectos de la acción *subrogatoria*, pues éstos se producen, como advierte MESSINEO, «únicamente sobre el patrimonio del deudor», sino que guarda relación directa con las características y conexión existente entre el derecho del acreedor y el derecho de su deudor actuado en vía *subrogatoria*, por lo que ésta es tan sólo la ocasión y la excusa. En realidad —*escribe en tal sentido NICOLÒ*—, el acreedor consigue la realización en forma específica de su derecho, no como consecuencia inmediata del ejercicio de la *subrogatoria*, sino por efecto de otros medios y de otros institutos (compensación, extinción de la obligación por consecución de su objeto) que comienzan a operar apenas acaba la fase de ejercicio de la *subrogatoria* (13).

3. EFECTOS CON RELACION AL DEUDOR

El ejercicio de los derechos del deudor por parte de su acreedor en vía *subrogatoria* no supone la expropiación de los mismos y, en consecuencia, no se priva al primero de su titularidad y de las facultades ínsitas a la misma. ¿Incluido el *ius disponendi* que, como es sabido, forma parte del contenido de los derechos alienables? ¿Podrá el deudor subrogante transigir, renunciar, ceder o cobrar el derecho que a través de la *subrogatoria* está ejercitando su acreedor, privando, por tanto, a éste de la obtención de los beneficios a que orienta su actuación?

GIORGI recuerda en torno a este punto la división de la doctrina francesa clásica, pues mientras LAROMBIÈRE, MOURLON y LAURENT optaron por la afirmativa, LABBÉ, COMET DE SANTERRE, PROUDHON y DEMOLOMBE opinaron negativamente, «con mucha seguridad y argumentos nada fútiles».

Para el gran clásico italiano, la disputa ha de resolverse distinguiendo entre la hipótesis en que el acreedor haya actuado la acción *subrogatoria* con el solo objeto conservativo y la hipótesis en que obre para cobrar. En la primera le parece obvio que al deudor ni siquiera se le pueda discutir la facultad de disponer de sus bienes «mientras el acreedor no tienda a otra cosa que a mantenerlos en el patrimonio del deudor». En la segunda, aunque pueda parecer ilusoria la facultad concedida a los acreedores por la ley para actuar en vía *subrogatoria* «si le queda al deudor la facultad de disponer a su gusto

(13) NICOLÒ, *Sur rogatoria...*, op. cit., pág. 15.

del derecho ejercitado por el acreedor», la previsión contraria convertiría la acción subrogatoria en una pignoración o embargo de los derechos del deudor, algo que no tiene contemplación legal ni parece consecuencia impuesta por la razón, porque la acción subrogatoria resulta útil tantas veces cuantas el deudor no tenga interés u oportunidad para entenderse con el tercero; en los demás casos, el acreedor puede proveer con el embargo conservativo o con la prenda.

En consecuencia, GIORGI se niega a reconocer a la subrogatoria judicial el efecto del secuestro o de la prenda, ya que «sería consecuencia demasiado atrevida atribuir a un procedimiento no trazado, ni aun recordado por la ley, la eficacia del embargo o de la ejecución», por más que considere que la subrogación puesta en conocimiento del deudor y del tercero pone a ambos en situación de mala fe, de manera tal que «cuando éstos procediesen después a disponer del derecho o de la acción en daño del acreedor que los ejercitaba, sería casi imposible sustraer su resultado a la acción revocatoria» (14).

Entre nosotros, ATAZ LÓPEZ considera que, en principio, la actuación subrogatoria del acreedor no priva al deudor de su poder de disposición respecto al derecho o la acción ejercitada, quedando siempre a salvo la posibilidad para los acreedores de impugnar en vía revocatoria la disposición fraudulenta realizada por el deudor. Mas como son conocidas las dificultades probatorias que la acción pauliana conlleva, no debe extrañar demasiado que la posibilidad de que el deudor pueda disponer del derecho que su acreedor ha comenzado a ejercitar sea considerada por la doctrina (DE BUEN, PUIG PEÑA, etc.) como injusta y grave inconveniente de la acción subrogatoria; por más que a dicho autor le parece conclusión inevitable, «porque la actuación de los acreedores no supone un embargo o traba del derecho o acción».

Con todo, para ATAZ LÓPEZ lo que a primera vista pudiera parecer un gran inconveniente, quizá no lo sea tanto en la práctica, porque la acción subrogatoria tanto puede interponerse para traer bienes al patrimonio del deudor como para convertir en embargables bienes que no lo eran o para defender un bien que ya estaba embargado. Con un añadido final, pues en los restantes casos el peligro se diluye sensiblemente porque en la práctica no es muy frecuente la disposición del derecho ejercitado por parte del deudor, algo que le lleva a una afirmación un tanto peregrina y ayuna de sustancia jurídica: «de hecho, no conocemos ningún supuesto en el que el deudor haya dispuesto gratuitamente —ni de ninguna otra forma— de un derecho cuyo ejercicio había iniciado el acreedor mediante la legitimación subrogatoria» (15).

¿*Quid inris*? Aquí tampoco tiene sentido la distinción que pretende GIORGI entre acción subrogatoria con fines conservativos y acción subrogatoria

(14) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, n. op. cit., págs. 287-288.

(15) ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, op. cit., págs. 109-110.

con fines de cobro, pues sabido es que la misma se sustancia siempre en una sola y constante finalidad: la recuperación o reintegración del patrimonio del deudor mediante el ejercicio de los derechos y acciones que descuide ejercitar. Por lo que todo matiz al respecto carece de fundamento y justificación.

Lo cierto es que cuando un acreedor recurre al ejercicio subrogado de los derechos de su deudor, en cuanto éste conserva las facultades dispositivas respecto a los mismos y en cuanto dicho ejercicio no supone sustracción o limitación de ellas, parece obligado considerar que al titular del derecho ejercitado se le debe seguir reconociendo que en cualquier momento su inactividad puede trocarse en actividad y que continúa abierta a su favor la posibilidad del acto dispositivo o de realización del derecho.

¿Qué de nuevo o de malo hay en ello? Si se trata de simple ejercicio por parte del deudor hasta ahora inactivo, no sólo no ocurre nada nocivo, sino que el acreedor debería felicitarle de que su iniciativa haya motivado al deudor y ahora pueda descargarse de continuar un ejercicio que ha retomado el titular del derecho. El fin de la subrogatoria, recuperar un bien o impedir que salga del patrimonio del deudor, se cumplirá también, aunque ahora conducido de la mano de quien hubo de ser sustituido en virtud de su desidia.

Si se trata de un estricto acto de disposición del derecho por parte del deudor, no parece que quepa conclusión diferente. Ejercitado dicho derecho en vía subrogatoria por el acreedor, no supone embargo o traba del mismo, ni queda sujeto a pignoración judicial alguna, por lo que no se acierta a ver a través de qué conducto jurídico cabría sustraer al titular del derecho el *ius disponendi* que forma parte de su contenido.

¿Es ello injusto o particularmente grave, según piensan algunos civilistas españoles? No lo veo así. ¿Cuál es la diferencia sustancial y no de mero matiz entre el hecho de que el deudor haya dispuesto de su derecho antes de la subrogatoria y el hecho de que dicha disposición se haya producido después de la misma? Si se miran bien las cosas y se evita obnubilación alguna en torno a la sustancia y finalidad del instituto subrogatorio, se observará que nada importante o relevante desde el punto de vista jurídico se produce por la circunstancia de que sea uno u otro el momento del acto dispositivo del deudor.

Si el deudor cobra lo que se le debe, miel sobre hojuelas, pues eso precisamente es lo que pretendía el acreedor cuando se aboca al ejercicio subrogado del derecho de aquél. Lo cobrado se incorpora al patrimonio del deudor, tal cual hubiera ocurrido si el cobro lo hubiese obtenido el acreedor subrogante, y la acción subrogatoria habrá servido para provocar exactamente el mismo efecto perseguido por su través, descargando incluso al solícito acreedor de continuar en los trámites y fatigas de la actuación subrogatoria.

Si tras la puesta en marcha del mecanismo subrogatorio el deudor subrogado interrumpe la prescripción, alega a su favor la prescripción consumada, opone determinada excepción y, en general, defiende de una u otra forma la integridad de su patrimonio, cosa que hasta entonces no hacía con la solicitud y cuidado precisos, ¿qué daño irroga al acreedor subrogante la renacida actividad de su deudor? Valga exactamente lo mismo apuntado en el párrafo antecedente.

Si transige o dispone onerosamente del derecho que el acreedor está procediendo a ejercitar en vía subrogatoria, ¿a quién perjudica el deudor mediante tales actuaciones? No se acierta a adivinar por dónde pudiera devenir el daño, pues no ocurrirá otra cosa que una simple mutación en el patrimonio del deudor que el acreedor no está legitimado para impedir o dificultar, por cuanto el deudor conserva la libre gestión de su acervo patrimonial, y que además puede tener repercusiones positivas en cuanto al objetivo final que los acreedores se plantean cuando deciden acudir al recurso extremo de la acción subrogatoria.

En efecto, ¿qué es preferible para los acreedores el no ejercicio de un derecho del deudor que puede provocar la insolvencia del mismo o la transacción o disposición respecto a dicho derecho que puede ocasionar una mejora patrimonial, en cuanto la nueva situación o el bien recibido a cambio ya no plantea los mismos peligros y contrariedades que la falta de ejercicio del derecho primigenio ocasionaba? Aunque, como fácilmente se comprenderá, resulta imposible una contestación absoluta afirmativa, parece razonable considerar que en una mayoría determinante de supuestos la renacida actividad del deudor, una vez puesta en marcha la actuación subrogatoria, no tiene por qué resultar perjudicial o impertinente para el acreedor que la practica.

¿Y si la disposición se ha hecho con el fin de defraudar a los acreedores que acudieran a la vía subrogatoria? No se ve por qué en este supuesto las cosas deban ser tratadas de distinta manera a como lo son en todo caso de enajenaciones fraudulentas para los acreedores, porque la situación sigue siendo la misma, sin que quepa alegar aquí como factor eximente «las dificultades probatorias que la acción pauliana conlleva», porque eso poco o nada tiene que ver con el tema que nos ocupa.

Sin perjuicio de las presunciones de fraude de las enajenaciones onerosas que recoge el párrafo segundo del artículo 1.279 del Código Civil, siempre que el tercer adquirente de las cosas enajenadas en fraude de acreedores actuase de mala fe quedará abierta la plasmación de la acción revocatoria, con las grandes facilidades que la moderna jurisprudencia reconoce en orden a apreciar esa mala fe del tercero. Mas aunque se abogase que aquí es donde entrarían precisamente a operar esas dificultades probatorias que antes se señalaban, cabría responder que con una mínima diligencia del acreedor actuante, aquéllas podrían rebajarse sensiblemente y aun disiparse, pues sigue siendo cierta la consideración de GIORGI en el sentido de que «la subrogación

puesta en conocimiento del deudor y del tercero, basta, casi siempre, para constituir a ambos en mala fe» (16).

Nos quedaría, por fin, la renuncia o en general la disposición gratuita por parte del deudor del derecho que ejercita en vía subrogatoria su acreedor. Aquí sí que en teoría el peligro y el daño por la actuación abdicativa del deudor podrían resultar reales para el acreedor, pues su acomodo a la acción subrogatoria, lejos de producir el buscado efecto de aportar al patrimonio del deudor nuevos bienes, produciría la consecuencia contraria de alejar definitivamente semejante posibilidad, al desasirse aquél sin compensación económica del derecho que la alentaba.

Vistas fríamente las cosas, se trata de un peligro teórico, pues sabido es que las dificultades probatorias en el campo de la acción pauliana se allanan sobremedida si el deudor ha procedido a la enajenación gratuita de sus bienes; y en tal sentido el artículo 1.297 del Código Civil, en su párrafo primero prescribe que «se presumen celebrados en fraude de acreedor todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenase bienes a título gratuito». Limpia y expedita, pues, la vía de la acción revocatoria.

A la vista de lo que queda dicho no parece que la innegable posibilidad dispositiva que respecto a los derechos y acciones ejercitados por los acreedores en vía subrogatoria sigue correspondiendo al deudor sea fuente de graves calamidades o inconvenientes para dichos acreedores, pues las secuelas del acto dispositivo, antes que perjudicar su situación expectante respecto al patrimonio del deudor, la beneficiarán, o quedará abierta la posibilidad de que el acto dispositivo del subrogado sea atacado en trámite revocatorio, tal como hubiera ocurrido si la enajenación fraudulenta se hubiese producido con antelación a la puesta en marcha del mecanismo subrogatorio. En aras de una mayor o menor dificultad del recurso pauliano y en función de que se haya iniciado ya el subrogatorio, no cabe desconocer y ni siquiera oscurecer que el deudor que ve intervenir a sus acreedores en el estricto recinto de su esfera jurídica no tiene por qué ser despojado de las posibilidades dispositivas que le conciernen respecto a unos derechos que siguen siendo suyos y que no han sufrido suerte alguna de traba, limitación o embargo por mor de que esté teniendo lugar su ejercicio subrogado.

Que el deudor inactivo se active precisamente por la circunstancia de que sus acreedores están procediendo a ejercitar sus derechos en trámite subrogatorio no tiene por qué resultar inconveniente o peligroso para los intereses de aquéllos, primero, porque el deudor está en su perfecto derecho para actuar así en ese o en cualquier otro momento, y luego, porque, tal como se acaba de ver, se producirán unos efectos en virtud de su acto dispositivo o existen recursos adecuados en el ordenamiento jurídico que impiden que la situación

(16) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 288.

de los acreedores se desmejore de manera apreciable, ya que, como bien dice GIORGI, a poco que éstos se preocupen, si el deudor y el tercero proceden a disponer del derecho o acción en daño del deudor, «sería casi imposible sustraer su resultado a la acción revocatoria».

Lo que quizá ya no tiene tanto sentido es intentar diluir el problema en base al curioso señalamiento que hace ATAZ LÓPEZ en el sentido de que «en la práctica no es muy frecuente la disposición del deudor» y que él no conoce supuesto alguno en que el deudor haya dispuesto de un derecho «cuyo ejercicio había iniciado el acreedor mediante la legitimación subrogatoria». Aparte de que carece de interés alguno el hecho de que se conozcan o dejen de conocerse casos concretos en tal sentido y que tal grado de conocimiento forzosamente habrá de estar limitado a lo que resulta de la jurisprudencia, la mayor o menor incidencia en la práctica de actos dispositivos del deudor subrogado apenas cambiaría en algo las características de la cuestión que nos ocupa, pues es obvio que las dificultades e inconvenientes que puede suscitar el reconocimiento de un determinado operativo jurídico (en nuestro caso la posibilidad de que el deudor disponga de los derechos hechos valer en vía subrogatoria), no se solventan mediante el dato ingenuo e inoperante en el ámbito conceptual de que en la práctica los mismos son mínimos.

¿Y en cuanto al alcance y efectos de la cosa juzgada? La sentencia dictada en el juicio en que se esgrima por parte de los acreedores una acción de su deudor, ¿producirá efecto de cosa juzgada en relación a éste cuando el mismo no haya participado en el pleito? La cuestión se ha resuelto drásticamente en el Código Civil italiano de 1942 al disponer el párrafo final de su artículo 2.900 que «el acreedor cuando accione judicialmente, debe citar también al deudor al cual quiere subrogarse», con lo que de manera obvia la cosa juzgada se extenderá sin problema alguno a dicho deudor. Pero, ¿ocurrirá lo mismo en aquellos otros ordenamientos civiles, como el español, en los que no existe dicha prescripción y en los que, por tanto, el juicio puede dirimirse sin que el deudor haya sido parte en él?

A la vista de los límites que modulan la cosa juzgada material no parece que la sentencia habida en juicio en el que no participó el deudor pudiera invocarse en otro en que sí interviniese ejercitando la misma acción hecha valer en el primero, habida cuenta de que como establece el artículo 1.252 del Código Civil «para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario..., concurra la más perfecta identidad entre... las personas de los litigantes», y de que la hipótesis que contemplamos no encaja en ninguna en las que la ley entiende se produce identidad de personas (causahabientes, solidaridad e indivisibilidad).

En su día, GIORGI argumentó que, a primera vista, un reconocimiento muy riguroso podría conducirnos a encontrar en la primera sentencia caracteres de cosa juzgada también hacia el deudor, porque de hecho el acreedor obra en

nombre y vez de su deudor, y lo representa mediante un mandato legal de que le provee el artículo 1.234 (del Código Civil italiano de 1865). Si el mandante y el mandatario no son más que una misma persona, de la misma manera que los acreedores y deudores solidarios se representan unos a otros en virtud de un mandato legal, así también cabría sostener que la sentencia proferida entre el acreedor y el tercero debía ser siempre cosa juzgada en relación al deudor.

Razonamientos y similitudes que no convencen al clásico civilista italiano, sobre todo porque chocan con los criterios dominantes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Recuerda, al respecto, que poquísimos autores conceden a la sentencia del primer juicio los efectos de la cosa juzgada hacia el deudor cuando le es favorable y ninguno cuando la sentencia resulte contraria. Unos niegan al acreedor la entidad de representante del deudor, o afirmándola, niegan, sin embargo, el efecto de cosa juzgada. Ante tal estado de la cuestión, GIORGI concluye que «la máxima de que la sentencia no puede causar estado contra el deudor constituye un *ius receptum*, del que no sería razonable apartarse» (17).

En base a los argumentos utilizados, pocas dudas puede haber de que ésa debe ser la respuesta. Ya se ha visto que aunque la posición jurídica del acreedor que ejerce derechos de su deudor en vía subrogatoria pueda parecer cercana a la del *procurator in rem propriam*, de ninguna manera cabe considerar que el mismo obre «en nombre y vez de su deudor», sea su mandatario o lo represente, porque todas ellas son figuras jurídicas que nada tienen que ver con la acción subrogatoria en cuanto ésta puede y debe caracterizarse tan sólo como un supuesto de legitimación subrogatoria.

Claro está que el acreedor ejerce los derechos de otro, precisamente los derechos de su deudor (acciona *utendo iuribus*), pero no los hace valer en nombre ajeno, en nombre de su deudor, sino en nombre propio y también en interés y en beneficio propio, algo que no advierten autores como MESSINEO y BARASSI, y que BARBERO rectifica en su obra cuando señala que «por una inadvertencia en la primera edición se me escapó "en nombre ajeno"», cuando lo correcto es considerar que «la acción subrogatoria es un derecho propio a ejercitar en nombre propio, en el propio interés y dentro de los límites de éste, un derecho o una acción de otro» (18).

Pensar, por otro lado, que cuando el artículo 1.111 del Código Civil faculta a los acreedores para ejercitar en vía subrogatoria los derechos y acciones del deudor está otorgando un mandato legal a favor de los mismos para que lo representen, los convertiría en una curiosa y anómala especie de representantes legales (¿cuál sería el interés general protegido mediante semejante concesión?), y abriría las puertas a la consideración de que siempre

(17) *Ibid*, págs. 279-280.

(18) BARBERO, *Sistema del Derecho privado*, III, Buenos Aires, 1967, pág. 139.

que la ley permite a alguien actuar en interés propio de manera que incida sobre la esfera jurídica de otro, convierte a aquél en representante de éste. Tampoco tiene mayor sentido recurrir a una aparente similitud o proximidad jurídica entre lo que sucede en la hipótesis en estudio y lo que se da en materia de solidaridad obligacional. Primero, porque es imposible encontrar un punto de conexión y parentesco entre el acreedor que ejercita derechos de su deudor en vía subrogatoria y el acreedor o deudor solidario que hace valer algunas de las facultades y posibilidades a que dan lugar la solidaridad activa o pasiva; y luego, porque como ha quedado dicho en otro lugar, hablar de mandato recíproco y tácito entre los acreedores solidarios a la manera tradicional francesa resulta inaceptable no sólo porque encuentra obstáculos insuperables (¿cómo pensar en el mandato en los casos de solidaridad legal?), sino también porque tornaría inservible la idea misma de solidaridad, ya que si frente a ésta siempre se ha alegado que encierra un *plus* de riesgo que puede alejarse mediante su sustitución por el mandato, si se regula la solidaridad activa sobre la base de un mandato tácito entre los acreedores, resulta inútil la figura, toda vez que puede reducirse a otra (19).

La doctrina francesa clásica al rechazar la utilización de la figura del mandato para extender hasta el deudor los efectos de la cosa juzgada se divide respecto a exigir o no la presencia de éste en juicio para que semejante extensión se produzca. DEMOLOMBE estimará que hace falta que el acreedor cite al deudor, además del tercero contra el que se dirige la demanda; AUBRY y Rou, PROUDHON y LAURENT, por el contrario, consideran que no hace falta que el deudor intervenga en el juicio para hacerle llegar los efectos de la cosa juzgada; y no faltará tampoco quien (BAUDRY-LACANTINERIE) estime que deben distinguirse los casos en que la sentencia haya sido favorable a los acreedores de aquélla en que resulte adversa, pues mientras en los primeros, en cuanto se aprovecha también el deudor, debe alcanzarle la cosa juzgada aun cuando no estuviese en juicio, en los segundos no se produce semejante extensión si no fue llamado al proceso.

En la doctrina italiana, GIORGI se inclinará decididamente por la tesis de DEMOLOMBE, aduciendo que el juez no debe juzgar sobre ninguna demanda sin la presencia en el juicio de todas las partes interesadas y que si el interés de las partes es el primero que ha de ventilarse, no queda extraño por lo demás el interés público de cerrar el camino a pleitos y la posible contradicción entre las sentencias, aparte de que «decir que el deudor no tiene interés en el pleito, mientras se ejercitan su derecho y su acción, nos parece una proposición inmerecedora de refutación seria» (20).

(19) CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, 1990, pág. 283.

(20) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, n, *op. cit.*, págs. 280-281.

En la doctrina española, DE BUEN adujo en su día que aunque la sentencia dictada en el primero de los juicios no parece ser *res inter alios acta* (*iudicata*, debería decir), para evitar dudas, resulta aconsejable dar intervención en la causa al deudor para que se le imponga la doctrina de la cosa juzgada (21). Y, por su parte, ATAZ LÓPEZ tampoco ve muy claro el origen de las dudas respecto al valor de cosa juzgada que la sentencia recaída pueda tener para el deudor no presente en juicio, porque el acreedor está legitimado expresamente por la ley para actuar, y su intervención no perjudica al deudor, sino que, muy al contrario, le beneficia (22).

En fin, para GULLÓN BALLESTEROS, en nuestro Derecho no se impone la llamada al deudor para que tenga eficacia respecto a él la cosa juzgada, pero no por ello dejará de producirse este efecto, ya que su derecho fue el mismo objeto de decisión. Si no se produjera esta extensión de la cosa juzgada al deudor, tendríamos la consecuencia injusta de que el tercero podría verse perseguido otra vez por dicho deudor, pues éste legalmente no tiene por qué conocer la satisfacción de los acreedores por aquél, dados los limitados efectos de la cosa juzgada (23).

Nadie duda que puede resultar conveniente y práctico citar al deudor a juicio cuando el acreedor accione derechos correspondientes a él, como tampoco cabe dudar de que en el Derecho italiano vigente la extensión al deudor de los efectos de la cosa juzgada sólo se producirá cuando semejante citación haya tenido lugar, porque, como dice MESSINEO, la ley exige la presencia del deudor en el juicio incoado por el acreedor en trámite subrogatorio «para que la sentencia pueda formar estado también respecto de él y porque los efectos de las sentencias, en relación al actor y al deudor a quien el acreedor quiere subrogarse, deben coincidir en extensión». Pero si en un ordenamiento civil, cual el español, en el que no existe tal prescripción, no se cita al deudor, ¿no operará en relación a él la cosa juzgada que procure la sentencia dictada en el primer litigio?

Tiene razón GIORGI cuando aduce que es conveniente (*publice expedit*) cerrar el camino a segundos pleitos y evitar la posible contradicción entre sentencias, como resulta razonable también excluir la idea de que el deudor no tiene interés en el pleito «mientras se ejercitan su derecho y su acción». Pero, ¿cabe derivar de ello que si dicho deudor no ha sido llamado a juicio no le alcanzarán los efectos de cosa juzgada de la sentencia dimanante del mismo? Parece excesiva semejante conclusión.

Que un deudor que ha visto intervenir a su acreedor ejercitando sus acciones precisamente porque él descuidaba dicho ejercicio, después de que se

(21) DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil de Colin y Capitant*, III, Madrid, 1924, pág. 153.

(22) ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, *op. cit.*, págs. 110-111.

(23) GULLÓN BALLESTEROS, *La acción subrogatoria*, *loc. cit.*, pág. 120.

ha dictado sentencia en el juicio instado por el acreedor pretenda hacer valer de nuevo su acción procesalmente en base al alegato de que no llega hasta él la presunción *res indicata pro veritate habetur* porque no fue parte en aquel juicio, parece grave inconsecuencia y hasta temeridad, y no tanto porque ese mismo proceso lo pudo incoar él con antelación a su acreedor, sino porque resulta repetición injustificada y esfuerzo baldío en torno a un asunto ya resuelto.

Por el simple hecho de que el deudor subrogado no sea citado a juicio no cabe aseverar que el mismo tendrá abierta la posibilidad de instar nuevo litigio, porque la acción que se haría valer en éste ya la ha intentado alguien que por ley está legitimado para ello y, en consecuencia, se ha extinguido o se ha convertido en la pretensión que emana y realiza la sentencia. Llevadas las cosas al absurdo resultaría que si su acreedor reclamase judicialmente en trámite subrogatorio un crédito de su deudor y lograra el cobro forzoso del mismo, caso de que no se hubiese llamado a juicio a dicho deudor, podría éste intentar y ganar nuevo pleito contra el *debitor debitoris* alegando que por no ser parte en el anterior proceso no se le pueden extender los efectos de la cosa juzgada dimanante del mismo.

Mas, ¿qué derecho de crédito reclamaría, qué acción haría valer si su acreedor ha logrado realizar coactivamente la acreencia mediante la ejecución de la sentencia dictada en el primer pleito? ¿Cabe que facultando la ley a un acreedor para que ejercite los derechos y acciones de su deudor, éstos subsistan en el mismo cuando han sido objeto de actuación judicial y han tenido plena satisfacción por mandato del juez? ¿Acaso la nueva omisión de no haber sido parte en el juicio precedente puede tener el importante efecto sustantivo de impedir la extinción de un derecho, cual ocurre en los de crédito, que al realizarse desaparece? Interrogantes de difícil y aun imposible contestación.

El deudor, ciertamente no ha sido parte en el proceso, pero ¿tal circunstancia será suficiente para aseverar que no se cumple la exigencia de la identidad entre las personas del artículo 1.252 del Código Civil para que opere la cosa juzgada en el ulterior proceso? Parece exagerado, porque el acreedor que insta el primer juicio, aunque actúa en nombre propio, ejercita derechos de su deudor, precisamente porque la ley le faculta para ello al sancionar la vía subrogatoria. ¿Tendría sentido forzar semejante posibilidad para a continuación despojarla de contenido en cuanto la acción ejercitada en juicio podría instarla de nuevo el deudor alegando que no fue llamado en el primero?

Una aplicación formal, mecánica y meramente literal del instrumento procesal de la cosa juzgada resultaría desmesurada y ayuna de toda justificación y sentido. Llevando de nuevo las cosas a supuestos límites, ¿debería el juez condenador al *debitor debitoris* a pagar de nuevo a su acreedor la deuda

que ya satisfizo en trámite subrogatorio al acreedor de éste? Si tal fuese, es obvio que podría devolverse contra el subrogante porque resulta inadmisibles que pague dos veces la misma deuda (aun prescindiendo ahora del dato «baladí» de que cuando pagó la segunda vez el débito ya se había extinguido).

Ahora bien, ¿a través de qué mecanismo jurídico obtendría la devolución del primer pago?, ¿de la *condictio indebiti*?; pero resulta que cuando satisfizo la deuda que el acreedor de su acreedor le reclamaba por conducto subrogatorio estaba pagando lo que realmente debía y a alguien a quien la ley faculta para actuar de esa manera a través de la legitimación subrogatoria que le confiere, y sabido es que la obligación de restituir sólo surge «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada» (art. 1.895 del Código Civil).

Pero no se acabarían ahí las dificultades en el supuesto que estamos considerando. Como hemos visto, el ejercicio del recurso subrogatorio determina que los bienes que el mismo procura no generen el cobro del acreedor (¿cómo se produciría éste cuando no hubiera identidad en las prestaciones de una y otra relación obligatoria?), sino que los mismos ingresan en el patrimonio del deudor subrogado para que en su momento con cargo a los mismos puedan realizar sus derechos los acreedores subrogantes; ahora bien, tratándose, por ejemplo, de deudas de dinero o de otros bienes fungibles, la no extensión al deudor de los efectos de la cosa juzgada daría lugar, no sólo a que el tercero pagase la deuda dos veces, sino además a que ambos pagos tuviesen un mismo y solo destinatario: el deudor que ejercita judicialmente de nuevo la acción, no obstante, su previo ejercicio por parte de su acreedor.

Ante tales absurdos e incongruencias, ¿no resulta mucho más sensato y tolerable considerar que aunque pueda haber algún leve chirrido en la letra del artículo 1.252 del Código Civil debe predicarse que los efectos de la cosa juzgada dimanante del juicio instado por el acreedor en vía subrogatoria alcanzan también al deudor, por más que el mismo no fuera citado a juicio por el acreedor accionante?

Ya hemos visto en su momento que el ejercicio subrogado de los derechos y acciones del deudor por parte del acreedor no puede ser reducido a un simple supuesto de sustitución procesal, aunque sólo fuera por la razón de que dicho ejercicio puede ser también extrajudicial, pero ello no obsta a que cuando su acreedor reclama judicialmente los derechos de su deudor en base a la subrogatoria nos hallemos en presencia, en ese concreto proceso, de una manifestación del fenómeno de la sustitución procesal, por más que la sustancia de la subrogatoria no sea procedimental sino material (variedad de legitimación). Pues bien, ha escrito BETTI que una variedad de la interposición gestoria es la sustitución procesal, que se produce cuando se hace valer o se niega en juicio una relación procesal ajena, en interés de otro, o también en el propio (por ejemplo, la acción subrogatoria); en tal supuesto, «los efectos

jurídicos del proceso conducido por el sustituto no vierten directamente sobre el interesado sino sobre el sustituto, desde el cual la cosa juzgada, resultante del proceso legítimamente conducido, se comunica a aquél» (24).

4. EFECTOS CON RELACION AL TERCERO

El *debitor debitoris* contra el que se dirija el acreedor subrogante en ejercicio de los derechos y acciones de su deudor, ¿qué podrá hacer?, ¿cuáles serán sus posibilidades de defensa y hasta dónde llegará su libertad de acción respecto a alguien que se presenta ante él amparado en la legitimación subrogatoria que la ley le reconoce?

Ha sido y es cuestión pacífica que dicho tercero puede hacer valer todas las excepciones de que podría disponer frente al deudor, pero no sólo aquellas excepciones que tengan fundamento anterior al ejercicio de la acción subrogatoria, sino también aquellas otras nacidas después, porque sus posibilidades de defensa no quedan circunscritas a aquellos recursos personales que atañan al deudor, ya que se extienden también a todas las circunstancias que por cualquier causa le permitan defenderse contra el acreedor actuante; por ello, como dice GIORGI, el tercero puede oponer, en compensación al acreedor que obra *ex iuribus debitoris*, incluso, un crédito nacido contra el deudor con posterioridad al ejercicio del derecho o acción hecho valer en vía subrogatoria (25).

La razón resulta obvia. La acción subrogatoria permite a los acreedores ejercitar en nombre e interés propios, derechos cuya titularidad corresponde a su deudor; luego el tercero que se vea afectado por semejante ejercicio fuera de la normalidad de las reclamaciones jurídicas, si se quiere evitar que sufra quebranto el *status iuris* que le concierne, deberá estar dotado de todos los medios de defensa que legítimamente le correspondan tanto frente a su acreedor como frente al acreedor de su acreedor. De esta manera, el esfuerzo jurídico que supone el ejercicio subrogado de los derechos de otro se puede justificar, bajo el ángulo que ahora nos ocupa, sobre la base de la consideración de que el tercero no queda desprotegido respecto a cualquier posibilidad de defensa que le corresponda, ni el acreedor actuante ve privilegiada su situación por la simple circunstancia de que ocurra frente al tercero ejercitando un derecho que no es suyo.

Queda claro, por tanto, que la posición del tercero ante la puesta en marcha del mecanismo subrogatorio debe ser contemplada tanto en relación al deudor inactivo como respecto al acreedor actuante. En el primer supuesto,

(24) BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, 1949, pág. 427.

(25) GIORGI, *Teoría de las obligaciones...*, II, *op. cit.*, pág. 285.

porque resulta del todo natural que dicho tercero pueda oponer todos los medios de defensa y alegar todos los derechos que podría haber hecho valer, caso de que el deudor hubiera obrado por sí mismo. En el segundo caso, porque no cabe desconocer la situación de que se ve sometido a una reclamación por parte de quien no es titular del derecho que le sujeta, y, en consecuencia, salvo que se esté dispuesto a colocarle en indefensión, no pueden dejar de contemplarse todos aquellos medios de defensa que le conciernan respecto al acreedor subrogante.

Por tanto, el tercero podrá deducir contra el acreedor todos aquellos derechos que guarden conexión con el derecho o acción ejercitado en vía subrogatoria y reclamar a dicho acreedor que dé cumplimiento a cuantas exigencias, condiciones o trámites serían reclamables al deudor en el supuesto de que el derecho o acción deducido contra el tercero hubiera sido ejercitado por él (*ad exemplum*, el reembolso del precio de la venta y abono de los gastos contemplados en el artículo 1.518 del Código Civil cuando el acreedor haya hecho valer contra el tercero los derechos de retracto que corresponda al deudor).

¿Podrá el tercero reconvenir al acreedor sobre la base de un derecho que le concierna frente al deudor? El hecho legítimo de que dicho tercero pueda hacer valer frente al acreedor todas las excepciones que podría haber alegado, caso de que el ejercitante del derecho fuere el deudor, no puede hacer perder la perspectiva de que todo medio de defensa, tanto en relación al acreedor como respecto al deudor, debe guardar conexión con el derecho que sea objeto de ejercicio. Que no se perjudique al tercero en la nueva situación de ejercicio subrogado de los derechos del deudor por parte de su acreedor, no puede suponer, empero, que se lleve su defensa más allá de lo razonable y se le permita acogerse a medios de defensa que no podría alegar caso de que el derecho en cuestión hubiera sido ejercitado por su titular. Quizá la regla sea la que propuso en su día GIORGI: debe contestarse afirmativamente la interrogante de si el tercero puede promover reconversiones que tengan por fundamento un derecho suyo ante el deudor cuando el objeto de la reconversión sea conexo con el derecho ejercitado por el acreedor; en cambio, la respuesta ha de ser negativa si no aparece dada tal conexión (26).

Hemos reiterado que en cuanto la acción subrogatoria se sustancia en el ejercicio por parte del acreedor de un derecho de su deudor, los resultados de dicho ejercicio no pueden reflejarse en la satisfacción directa del derecho que a su vez concierna al acreedor actuante frente al deudor, sino que el efecto inmediato de tal ejercicio se refleja en beneficio del patrimonio de éste, por más que también se dé un beneficio indirecto de aquél, llegado el momento del cumplimiento de la obligación o de la ejecución coactiva del crédito, ya

(26) *Ibid.*

que, como advierte MESSINEO, «el acreedor encontrará una mayor abundancia de bienes en el momento en que pueda satisfacerse» (27). ¿Significará ello que el acreedor actuante en vía subrogatoria en ningún caso podrá obtener *recta via* la satisfacción de su crédito por parte del *debitor debitoris*?

Si a través del mecanismo subrogatorio realiza el derecho de crédito frente a un tercero de su deudor, parece que aunque exista identidad prestacional entre una y otra relación obligatoria el acreedor subrogante no podrá apropiarse del fruto de la realización, en razón de que ese fruto se incorpora de inmediato al patrimonio del deudor en beneficio de todos los acreedores y no sólo en provecho del acreedor que acudió a la vía subrogatoria, pues ya se ha dicho que este mecanismo por sí solo no altera la *pars conditio creditorum*. ¿No podrá, en consecuencia, el tercero detener la actuación del acreedor subrogante por medio distinto al de la satisfacción del derecho de su deudor que el mismo ejercita?

La acción subrogatoria facilita, sin duda, aunque sea de manea mediata, la satisfacción de los derechos de los acreedores, pero ello no puede implicar que deje en suspenso o excluya la operatividad de aquellos otros mecanismos jurídicos que procuran la satisfacción de los derechos de crédito. Uno de estos mecanismos, ajeno por completo al juego de la subrogatoria, es la posibilidad del pago por tercero, porque, a tenor del artículo 1.158 del Código Civil, «puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor». La razón es obvia, ya que «por más que no exista motivo relevante desde el ángulo jurídico y ni siquiera justificación desde el simple plano afectivo deberá entenderse consumado el pago siempre que un tercero realice la prestación debida, porque la ley a tal efecto no considera el interés, la conveniencia o la motivación de éste, sino tan sólo el hecho de que, con el propósito de cumplir la deuda ajena, realice la prestación que constituya su objetivo» (28).

Esto es, un acreedor ejercita un derecho de su deudor en trámite subrogatorio y el tercero a quien afecta dicho ejercicio procede a satisfacer el crédito del acreedor actuante. Aparte de que semejante actuación por parte del tercero resulta perfectamente aceptable y legítima, ya que no cabe sustraer al mismo la posibilidad de pago que el artículo 1.158 consagra a favor de los *poenitus extranei*, y aparte de que este tercero sí estaría adornado de un interés de cara al acreedor satisfecho, en cuanto va a soportar las secuelas del ejercicio por parte de éste de un derecho de su deudor, parece lícito preguntarse sobre si tal pago del tercero detendrá o no el curso de la acción subrogatoria iniciada.

(27) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 149.

(28) CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pág. 55.

LAURENT hizo notar en su día que no bastaría la simple oferta verbal de pagar al acreedor lo que se le debe para detener el curso de la acción subrogatoria, ya que la oferta verbal no produce efectos liberatorios (opinión que a GIORGI le parece «justísima»), pero la cuestión no es esa, sino la de si puede el tercero, como gráficamente dice el mismo GIORGI, «truncar el curso de la acción, desinteresando al acreedor».

Pues bien, el propio LAURENT considera que el hecho de que el *debitor debitoris* pague al acreedor actuante no es suficiente para detener la acción ya iniciada, porque dicho acreedor no ha actuado sólo en su interés, sino también en el de los otros acreedores y en el del propio deudor (29). Trátese, en realidad, de una opinión aislada, pues la práctica generalidad de la doctrina ha entendido siempre que el acreedor subrogante que ve satisfecho su derecho de crédito por el pago que realiza el tercero pierde la legitimación que ostentaba para actuar en vía subrogatoria, ya que, como escribe, por ejemplo, HEMARD, en cuanto el derecho del acreedor a actuar en vía subrogatoria está limitado por su propio interés, si el deudor de su deudor le paga, desaparece todo interés (30).

En verdad que en razón de que el resultado de la acción subrogatoria se refleja únicamente de manera inmediata en el patrimonio del deudor y, en consecuencia, «quien acciona en subrogatoria beneficia virtualmente, no sólo a sí mismo, sino también a los demás acreedores» (31), parece que en un plano estrictamente teórico el hecho de que el tercero satisfaga el crédito del acreedor actuante no debería frenar la marcha de la acción subrogatoria ya iniciada. Estarían de por medio los intereses del deudor y de los otros acreedores para sostener la conveniencia de que el mecanismo subrogatorio prosiguiese su curso.

Descendiendo a la realidad de las cosas, la situación presenta otros matices. ¿Qué interés altruista podría adornar al acreedor subrogante para continuar un procedimiento, con su secuela de gastos e inconvenientes, cuando ya ha obtenido la satisfacción de su crédito? ¿Qué tercero estaría dispuesto a cancelar el crédito del acreedor actuante sin garantías de que el trámite subrogatorio puesto en marcha por éste no se va a detener en el preciso instante en que se produzca aquella cancelación?

Ante la evidencia de hechos de ese tenor difícilmente cabría defender la permanencia de la acción subrogatoria en la práctica a partir del momento en que quien la hace valer obtenga la satisfacción de su derecho de crédito, por más que pudiera pensarse que el acreedor que recurre a la vía subrogatoria ha puesto en marcha un procedimiento que puede, en teoría, mantenerse en razón

(29) LAURENT, *Principes...*, XVI, *op. cit.*, pág. 465.

(30) HEMARD, *Précis élémentaire de Droit civil*, II, París, 1932, pág. 210.

(31) MESSINEO, *Manual...*, IV, *op. cit.*, pág. 149.

de los otros intereses, distintos del estricto que representa su derecho, presentes también en la actuación desde el momento en que la misma cobra realidad y que, desde luego, no resultan afectados por el hecho de que el tercero haya procedido a satisfacer el derecho del acreedor.

Pero hay todavía otra razón de peso y ésta sí de enjundia teórica. ATAZ LÓPEZ, tras reseñar erróneamente que si el tercero contra quien el acreedor se ha dirigido ofrece pagar al acreedor el importe de su deuda, y éste acepta, perderá la legitimación para seguir actuando (la oferta de pago, aún aceptada, no entraña realización del crédito), advierte que «la legitimación para actuar en vía subrogatoria depende de que se sea realmente acreedor, y si se acepta el pago por otro se pierde la cualidad de acreedor» (32).

El señalamiento es correcto. Para poner en marcha el mecanismo subrogatorio hace falta ser acreedor, pero la condición de acreedor se pierde cuando un tercero cumple la prestación debida (art. 1.158 del Código Civil), *ergo* el procedimiento subrogatorio no puede mantenerse si ha desaparecido la cualidad jurídica que lo justificaba. Tan absurdo como sería considerar que la acción subrogatoria la puede intentar quien no es acreedor, lo es también estimar que la misma puede mantener su singladura por más que quien la impulsaba ha dejado de ser ya acreedor, por muy estimables y dignos de tutela que sean los intereses del deudor y de los demás acreedores.

Pero es que, además, vista rectamente la situación generada tras el pago efectuado por el tercero, ni siquiera tiene mayor sentido seguir considerando estos otros intereses, pues lo normal será que en cuanto dicho pago devendrá en utilidad del deudor, en razón de que dejará de soportar el crédito ya satisfecho del acreedor actuante, su crédito se extinguirá en la medida de dicha utilidad (art. 1.163 del Código Civil), y, en consecuencia, ni él mismo podría ya reclamarlo, ni los restantes acreedores podrían acudir a la vía subrogatoria para hacerlo valer. El pago hecho por el *debitor debitoris*, pago del tercero por lo que respecta al acreedor subrogante, es al mismo tiempo pago al tercero en relación al deudor subrogado, y, por tanto, debe ser susceptible también de generar los efectos propios de esta modalidad en el cumplimiento de las obligaciones (33).

ANGEL CRISTÓBAL MONTES
Catedrático de Derecho Civil

(32) ATAZ LÓPEZ, *Ejercicio por los acreedores...*, *op. cit.*, pág. 112.

(33) CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, *op. cit.*, págs. 73 y sigs.